

Lorsque le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel entraîne une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, et il y a infraction à l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

Jean-Pierre Marguénaud

NOTE

[1] Par un arrêt très attendu⁽¹⁾ du 25 mars 1992⁽²⁾, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France parce que son attitude en matière de transsexualisme constitue une violation du droit au respect de la vie privée, garanti par l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce n'est certes pas la première fois que le pays qui se flatte d'être le berceau des droits de l'homme est stigmatisé à Strasbourg pour les avoir bafoués⁽³⁾. C'est bien la première fois, cependant, que la violation qui lui est reprochée procède principalement de l'application de règles de son droit civil. On sait en effet que ses précédentes déconvenues devant la Cour européenne des droits de l'homme tenaient essentiellement aux conditions de la mise en oeuvre de sanctions pénales ou disciplinaires. L'arrêt *B... c/ Francemérite* donc une attention particulière : il inaugure le contrôle supranational de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme au droit civil français.

L'affaire qui est à l'origine de cette petite révolution⁽⁴⁾ est connue depuis déjà longtemps sous un nom dont il ne reste plus que l'initiale, la requérante ayant prié la Cour de ne pas divulguer son identité.

Né en 1935, B... fut déclaré de sexe masculin à l'officier d'état civil, sous les prénoms de Norbert et Antoine. Dès sa plus tendre enfance, il adopta un comportement féminin, mais c'est pourtant en tant qu'homme qu'il lui fallut accomplir son service militaire en Algérie. A son retour d'Afrique du Nord, il travailla, sous un pseudonyme, dans un cabaret parisien ; ce qui ne l'empêcha pas de continuer à être angoissé par sa féminité. Cette angoisse l'ayant jeté dans de graves dépressions nerveuses, son médecin en vint à prescrire, en 1967, une hormonothérapie féminisante qui entraîna rapidement un développement mammaire et la féminisation de sa physionomie. Encouragé par ces résultats, il se rendit en 1972 au Maroc pour y subir l'exérèse des organes génitaux externes et la création d'une cavité vaginale.

Peu de temps avant cette intervention chirurgicale, B... avait rencontré un homme qu'il avisa de la situation et dont il souhaita bien vite devenir la légitime épouse. C'est ce désir de mariage avec l'homme de sa nouvelle vie qui détermina ce moderne Tirésias à assigner le procureur de la République devant le Tribunal de grande instance de Libourne pour obtenir :

1°) la rectification de son acte de naissance de manière à indiquer enfin son appartenance au sexe féminin ;

2°) le changement de son prénom de Norbert Antoine en Lyne Antoinette.

Or, à son grand dam, la juridiction du premier degré le débouta de sa demande par un jugement du 22 nov. 1979 qui fut confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 30 mai 1985. Il forma donc un pourvoi en cassation avec d'autant plus de conviction que, par son arrêt du 30 nov. 1983⁽⁵⁾ la première Chambre civile, abandonnant toute référence au

principe de l'indisponibilité de l'état, venait de donner l'impression d'une hostilité moins farouche à la cause des transsexuels (6). Ses espoirs furent néanmoins déçus par un arrêt du 31 mars 1987 (7) qui rejeta le pourvoi au discutable (8) et transitoire (9) motif suivant lequel son état n'était pas le résultat d'éléments préexistants à l'opération et d'une intervention chirurgicale commandée par des nécessités thérapeutiques mais relevait de sa volonté délibérée.

Nullement découragé, B... décida alors de déclencher le mécanisme de contrôle international de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme dont il avait tardivement et vaguement compris qu'elle pouvait aider à faire avancer sa cause. La déclaration d'acceptation du droit de recours individuel, prévue par l'art. 25 de la Convention, ayant été souscrite par le Gouvernement français, il saisit donc la Commission le 28 sept. 1987 (10). Sa requête invoquait plus particulièrement les art. 8 et 12 de la Convention qui garantissent respectivement le droit au respect de la vie familiale et privée et le droit de se marier et de fonder une famille. La Commission a retenu la requête le 13 févr. 1990 à l'exception du grief tiré de l'art. 12 rejeté pour non-épuisement des voies de recours internes (11). C'est dire que, à partir de cette date, l'affaire était définitivement placée sous le signe de l'ambiguïté puisqu'il devenait impossible de répondre par référence au droit de se marier à une question que B... avait initialement posée pour pouvoir épouser son compagnon (12). La procédure s'est poursuivie par un rapport du 6 sept. 1990 dans lequel la Commission concluait, par 17 voix contre une, à la violation de l'art. 8 (13). L'affaire a alors été déférée à la Cour par la Commission le 12 nov. 1990. Les conclusions présentées par le requérant et par le Gouvernement français invitaient la Cour à se prononcer sur le fond mais aussi sur des questions de compétence et de recevabilité qui ne seront pas au coeur de ce commentaire même si elles ont appelé des réponses dont l'intérêt est loin d'être négligeable. Le Gouvernement avait en effet soulevé deux exceptions d'irrecevabilité déjà rejetées par la Commission, tenant l'une au non-épuisement des voies de recours internes, l'autre à la tardiveté de la requête (14).

Ces deux exceptions préliminaires ayant été examinées mais rejetées l'une et l'autre à l'unanimité, rien ne pouvait donc s'opposer à un nouvel examen du problème du transsexualisme par la Cour européenne des droits de l'homme. Il est regrettable qu'elle n'y ait pas procédé de manière moins alambiquée. En effet, tout en disant pour la première fois qu'il y a violation de la Convention européenne des droits de l'homme par un Etat qui avait refusé d'accéder à la demande d'un transsexuel, elle affirme expressément qu'elle n'entend pas consacrer des conclusions opposées à celles de ses arrêts *Rees* du 17 oct. 1986 (15) et *Cossey* du 27 sept. 1990 (16), défavorables aux transsexuels. Un arrêt marquant une évolution aussi ambivalente de la jurisprudence européenne (I) ne pouvait exercer qu'une influence équivoque sur la nécessaire évolution du droit civil français (II).

I. - Une évolution ambivalente de la jurisprudence européenne.

Il faudra ici découvrir et admirer les trésors de subtilité juridique qui auront permis à la Cour européenne des droits de l'homme de concilier, en matière de transsexualisme, stabilité des principes applicables (A) et bouleversement de la solution appliquée (B).

A. - Stabilité des principes applicables.

C'est dans l'arrêt *Rees c/ Royaume-Uni* que la Cour européenne des droits de l'homme a fixé les principes à suivre pour répondre à la délicate question de savoir si le refus, par les juridictions nationales, d'accueillir les demandes des transsexuels constitue une violation du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 de la Convention. La position qu'elle a adoptée dans cet arrêt de 1986 a été exposée par de nombreux auteurs mais de manière parfois un peu elliptique. Il n'est peut-être pas inutile d'essayer d'en saisir les nuances. La Cour commence par indiquer, comme elle le fait depuis l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979 (17), que « si l'art. 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale ». Ayant affirmé que le simple refus de modification opposé aux transsexuels « ne saurait passer pour une ingérence », elle se

demande s'il peut exister en la matière de telles « obligations positives » à la charge de l'Etat. Pour se prononcer, elle se réfère à nouveau (18) au manque de netteté de la notion de respect qui conduit à des exigences variant beaucoup d'un cas à l'autre « vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les Etats contractants » et qui commande de laisser auxdits Etats une grande marge d'appréciation pour déterminer les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention. Elle en déduit que, pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. Après avoir examiné la situation des transsexuels au Royaume-Uni et l'importance des modifications qu'il faudrait réaliser pour améliorer leur sort, elle en arrive aux conclusions suivantes : « Si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts d'autrui pour atteindre l'équilibre voulu, on ne saurait considérer que les obligations positives découlant de l'art. 8 vont jusque-là » (19). « Dès lors, il faut pour le moment laisser à l'Etat défendeur le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux (...) exigences des transsexuels » (20). C'est seulement ensuite et enfin que la Cour, affirmant avoir conscience de la gravité de leurs problèmes et de leur désarroi, leur accorde un peu d'espoir au nom du principe suivant lequel « la Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles ». Elle énonce en effet, suivant une formule largement diffusée, que « la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société » (21).

L'occasion d'un tel réexamen a été fournie à la Cour par l'affaire *Cossey* à la suite d'une autre requête dirigée contre le Royaume-Uni. Or, par son arrêt précité du 27 sept. 1990, elle a indiqué qu'elle n'avait connaissance d'aucun progrès scientifique significatif accompli depuis 1986 et considéré que (22) le transsexualisme restait un domaine dans lequel les Etats continuent à jouir d'une grande marge d'appréciation en raison du peu de convergences entre eux (23).

Un an plus tard, B... a donc invité la Cour à « pousser son analyse plus avant » que dans les deux affaires précédentes. Pour la convaincre que la « lumière des conditions actuelles » devait la conduire désormais à juger qu'un Etat contractant viole l'art. 8 s'il nie de manière générale la réalité du sexe psychosocial des transsexuels, il a fait état d'éléments scientifiques nouveaux (24). En s'appuyant sur la très vive opinion dissidente du juge Martens jointe à l'arrêt *Cossey*, il a aussi fait valoir que les dissemblances subsistant sur cette question entre les Etats membres seraient de plus en plus contrebalancées par l'évolution de la législation et de la jurisprudence de nombre de ces Etats et par les résolutions et recommandations de l'Assemblée du Conseil de l'Europe et du Parlement européen. Certes, la Cour a estimé indéniable que les mentalités ont évolué, que la science a progressé et que l'on attache une importance croissante au problème du transsexualisme. Néanmoins, elle a noté que toute incertitude n'a pas disparu quant à la nature profonde du transsexualisme et elle a considéré qu'il ne règne pas encore entre les Etats membres du Conseil de l'Europe un consensus assez large pour l'amener « à des conclusions opposées à celles de ses arrêts *Rees* et *Cossey* ». L'heure du triomphe de la cause transsexuelle n'est peut-être plus très éloignée mais elle n'a pas encore sonnée. En l'attendant, et comme pour faire patienter, la France est cependant condamnée.

B. - Bouleversement de la solution appliquée.

La Cour en est arrivée « à conclure, sur la base des éléments ... qui distinguent le présent litige des affaires *Rees* et *Cossey* que (la requérante) se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect de la vie privée. Dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, donc infraction à l'art. 8 ». S'en tenant logiquement à ses principes habituels, la juridiction européenne développe donc l'argumentation suivante : pour qu'il y ait infraction à l'art. 8 en matière de transsexualisme, il faut qu'il y ait obligation positive ; pour qu'il y ait obligation positive dans un domaine où les Etats doivent encore avoir une large marge d'appréciation, il faut qu'il y ait rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. Dès lors, tout son effort a consisté à faire apparaître cette rupture du juste équilibre, grâce à une comparaison des systèmes français et

anglais. A cette démarche parfaitement logique, la Cour a ajouté une touche de subtilité en énonçant que les différences observées plaçaient le transsexuel français dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée.

Il faut donc analyser successivement « les éléments qui distinguent le présent litige des affaires *Rees* et *Cossey* » et la notion-clé de « situation globale incompatible avec le respect dû à la vie privée ».

- Pour pouvoir condamner la France par application des mêmes principes qui avaient conduit à absoudre le Royaume-Uni, la Cour a pris le parti de comparer les deux systèmes et seulement les deux systèmes. Il est permis de penser qu'une comparaison avec d'autres Etats plus discrets sur la question eût été plus équitable²⁵. Quoiqu'il en soit, la confrontation a porté sur trois éléments : la rectification des actes de l'état civil ; le changement de prénom et les documents officiels.

En Angleterre, l'organisation de l'état civil n'a pas pour objet de noter l'identité actuelle d'un individu mais de relater un fait historique. Aussi, pour pouvoir réaliser la modification de l'indication du sexe, il faudrait modifier le système de fond en comble par une réforme législative dont l'ampleur excéderait largement la mesure des obligations positives engendrées par l'art. 8²⁶. En France, en revanche, l'acte de naissance viserait à refléter la situation présente de l'intéressé. Il serait donc déjà dans l'esprit du système d'admettre des modifications. Dès lors, celle que demandent les transsexuels pourrait se faire sans réforme législative : pour pouvoir, après jugement, rectifier leur état civil, il suffirait d'un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation dans un sens déjà exploré par de nombreuses juridictions du fond. En somme, pour la Cour européenne des droits de l'homme, s'il y a, sur ce premier point, une différence entre les deux pays, ce n'est pas parce que la France ferait aux transsexuels un sort plus rude que le Royaume-Uni, c'est parce qu'il lui serait plus facile de l'adoucir grâce à une Cour suprême juste un tout petit peu plus compréhensive.

Sur les deux autres points, au contraire, c'est la plus grande dureté de la France qui est nettement mise en évidence. Ainsi, au Royaume-Uni, les transsexuels peuvent, comme tout le monde, modifier leur prénom (et même leur nom) à leur gré²⁷. Au pays des mangeurs de grenouilles, l'art. 57 c. civ. subordonne le changement de prénom à une autorisation judiciaire et à la démonstration d'un intérêt légitime. Certes, cette réglementation n'empêche pas forcément les transsexuels qui n'auraient pas obtenu la reconnaissance du changement de sexe de se faire attribuer un nouveau prénom reflétant mieux leur apparence physique, mais la Cour européenne des droits de l'homme constate que la Cour de cassation ne semble pas avoir eu l'occasion de le confirmer et déplore que, de toute façon, le choix soit limité à quelques rares prénoms neutres. Quant aux documents officiels, ils peuvent, outre-Manche, indiquer le sexe que leur titulaire préfère²⁸. En France, certes, tous les documents administratifs délivrés aux personnes physiques n'indiquent pas le sexe²⁹, mais celui attribué par l'INSEE le mentionne nécessairement et oblige le transsexuel à trahir sa situation en de multiples occasions de la vie quotidienne.

- Il est essentiel de remarquer qu'aucune de ces trois différences relevées au passif de la France ne constitue, en elle-même, une violation de l'art. 8. Chacune d'elles entre seulement « en ligne de compte, avec d'autres, sur le terrain de l'art. 8 » ou se trouve simplement qualifiée d'« élément pertinent sous l'angle de l'art. 8 ». Ce qui entraîne une violation du droit au respect de la vie privée c'est la « situation globale » créée par ce « faisceau d'éléments ». Cette habileté de présentation permet surtout à la Cour de ne pas se lier pour l'avenir sur le redoutable problème du droit au mariage des transsexuels qui, en l'espèce, ne lui était pas à nouveau posé.

On sait que la plus grande hantise des opposants au transsexualisme c'est de voir la conception traditionnelle du mariage ruinée par la possibilité de célébrer l'union d'un transsexuel avec un individu qui, par hypothèse non réfutée, serait de même sexe chromosomique³⁰. On sait aussi que la Cour européenne des droits de l'homme les avait rassurés en indiquant, dans l'arrêt *Rees* et en confirmant, dans l'arrêt *Cossey*, qu'à ses yeux l'art. 12 de la Conv. EDH garantissant le droit de se marier visait « le mariage traditionnel

entre deux personnes de sexe biologique différent ». L'appréhension est cependant si vive que, dans la présente affaire, plusieurs juges ont émis des opinions dissidentes notamment parce que la décision ne dit pas assez clairement qu'elle n'a aucune incidence sur le droit de se marier⁽³¹⁾. Cette critique ne paraît pas fondée. Elle l'aurait été si la Cour avait dit que le refus de modifier l'indication du sexe du requérant constituait, en lui-même, une violation de l'art. 8. Alors la Cour s'interdisait effectivement de dénier aux transsexuels le droit de se marier avec un individu de leur ancien sexe après leur avoir ainsi reconnu le droit à la rectification de leur état civil. Or cet enchaînement est enrayé puisqu'il n'y a pas de reconnaissance du droit à la rectification : le refus par la France d'indiquer que B... est de sexe féminin ne fait que contribuer à une situation globale incompatible avec le respect dû à la vie privée. Certes, le danger redouté par les juges dissidents se rapproche - puisque le refus de tenir compte de la détermination du requérant à obtenir une modification de son état civil entre quand même en « ligne de compte, avec d'autres, sur le terrain de l'art. 8 » - mais il n'est pas encore là.

Autrement dit, en faisant entrer certains éléments en ligne de compte sous l'angle de l'art. 8, la Cour a certes franchi, de manière parfois sinieuse⁽³²⁾, une étape importante, mais en parlant de situation globale incompatible avec le respect de la vie privée, elle signifie qu'il s'agit au mieux d'une avant-dernière étape et que, pour la dernière, elle entend garder toute liberté de manoeuvre tant au regard de l'art. 8 que de l'art. 12. Avec le refus expressément formulé de tirer des conclusions opposées à celles des arrêts *Rees* et *Cossey*, c'est bien là la marque d'une ambiguïté caractérisée dont l'influence de l'arrêt *B...* sur le droit français ne pouvait manquer de se ressentir.

II. - Une influence équivoque sur l'évolution du droit civil français.

De cet arrêt *B...*, la France n'a retiré qu'une certitude : qu'il lui faudrait verser au requérant devenu requérante 100 000 F pour dommage moral et 35 000 F pour frais et dépens. En revanche, elle a été laissée dans le doute le plus opaque sur le point de savoir ce qu'il fallait précisément changer. En effet, la Cour se borne à indiquer sèchement que « plusieurs moyens de remédier à l'infraction à l'art. 8 s'offrent au choix de l'Etat mais qu'elle n'a pas à lui indiquer le plus adéquat » alors que ses célèbres arrêts *Kruslin* et *Huvig* du 24 avr. 1990 avaient précisé ce qu'il fallait modifier dans le droit français écrit et non écrit des écoutes téléphoniques pour le mettre en conformité avec la Conv. EDH⁽³³⁾. Il s'agit donc d'un retour au principe exprimé par l'arrêt *Marckx* suivant lequel les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sont « déclaratoires pour l'essentiel » et dont la conséquence est la suivante : « L'Etat n'est tenu que de prendre des mesures individuelles corrigeant la violation dans le cas d'espèce, mais reste libre de prendre des mesures générales débordant le cas d'espèce »⁽³⁴⁾.

Une telle liberté est cependant très équivoque sinon insidieuse car, dans l'incertitude où il se trouve, l'Etat, soucieux d'éviter l'humiliation d'une nouvelle condamnation, est entraîné à modifier son droit plus profondément qu'il ne faudrait pour satisfaire aux exigences de la Conv. EDH. C'est précisément ce qui vient d'advenir. En effet, alors que la portée virtuelle de l'arrêt *B...* est, somme toute, modeste (A) sa portée réelle vient d'être singulièrement amplifiée par les arrêts de l'Assemblée plénière du 11 déc. 1992 (B).

A. - Modestie de la portée virtuelle de l'arrêt *B...*

Il est clair que l'arrêt du 25 mars 1992 ne laissait pas à la France le choix de faire la sourde oreille. D'abord parce que, en réalité, la Cour s'est plutôt penchée sur la question *in abstracto* de la situation réservée aux transsexuels français au lieu de s'en tenir strictement aux termes concrets de la demande⁽³⁵⁾. Ensuite parce qu'il convenait de tirer les leçons de la mésaventure récemment arrivée à la Belgique, à nouveau condamnée, pour les mêmes raisons que dans l'affaire *Marckx*, par un arrêt *Vermeire* du 29 nov. 1991⁽³⁶⁾ établissant à l'envi que la liberté de choix des moyens à déployer pour satisfaire à l'obligation de l'art. 53⁽³⁷⁾ ne met pas l'Etat à l'abri d'une nouvelle condamnation lorsque ses juridictions n'appliquent pas à chaque nouvelle espèce les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme et lorsque son législateur tarde à les traduire en règles générales internes.

L'arrêt *B...* a donc placé la France devant la nécessité de modifier son droit applicable au transsexualisme pour pouvoir échapper, comme c'est hautement souhaitable, à une nouvelle condamnation par les organes supranationaux de Strasbourg. Cependant, il ne l'a pas obligée à tout bouleverser. Il lui a seulement imposé de modifier certains des trois éléments « entrant en ligne de compte sous l'angle de l'art. 8 » afin que la situation globale des transsexuels cesse d'être incompatible avec le respect dû à la vie privée. Pour apprécier la portée virtuelle de l'arrêt il suffit donc de déterminer combien de ces trois éléments devraient être réformés pour que cette situation globale soit purgée de cette incompatibilité.

A l'évidence, il est nécessaire d'en modifier au moins un. On pense immédiatement à un aménagement des documents officiels - en particulier le numéro d'identification attribué par l'INSEE - de manière à ce qu'ils n'indiquent plus systématiquement et désobligeamment le sexe de l'intéressé. Il pourrait s'agir tout aussi bien du changement de prénom à condition toutefois de ne pas le limiter aux prénoms polyvalents puisque la Cour de Strasbourg a expressément déploré que la Cour de cassation ait seulement ouvert la porte fort étroite du choix entre quelques rares prénoms neutres (38). Il est possible qu'une seule de ces deux mesures suffirait à assainir la situation globale des transsexuels au regard de la Conv. EDH (39). Il serait cependant inutilement risqué de prendre le pari que la Cour européenne des droits de l'homme se satisferait de si peu dans la mesure où une quasi-unanimité semble déjà s'être dégagée pour admettre l'une et l'autre de ces réformes (40). Ce sont donc deux éléments entrant en ligne de compte sous l'angle de l'art. 8 sur trois qu'il faudrait changer. On peut gager que ce serait assez. Il est en effet logiquement irréfutable que la modification des trois éléments n'est pas nécessaire car alors ce n'est pas la situation globale qui aurait dû être déclarée incompatible avec le droit au respect de la vie privée mais chacun des éléments distinctement considéré.

Le troisième élément que l'ambiguïté calculée de l'arrêt *B...* permet de laisser en l'état pourrait être n'importe lequel des trois y compris le plus délicat : la modification de l'indication du sexe sur l'acte de naissance.

Ainsi compris, l'arrêt *B...* reste fort modeste puisque, déjà muet sur le droit au mariage des transsexuels, il n'oblige pas, au chapitre du droit au respect de la vie privée, à la modification essentielle qui est la seule à pouvoir entraîner les conséquences honnies des adversaires du transsexualisme. Or sa modestie vient de souffrir.

B. - Amplification de la portée réelle de l'arrêt *B...* par les arrêts de l'Assemblée plénière du 11 déc. 1992.

La France semble mettre un point d'honneur à modifier au plus vite les règles qui lui valent les condamnations les plus spectaculaires par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est ainsi qu'il lui avait fallu à peine plus d'un an pour tirer les conséquences des arrêts *Kruslin* et *Huvig* d'abord par l'arrêt *Bacha Baroudé* rendu par la Chambre criminelle le 15 mai 1990 (41) puis par la loi du 10 juill. 1991. L'arrêt *B...* vient de lui fournir une nouvelle occasion d'affermir cette louable et courageuse attitude. En effet, quelques semaines après la décision de la Cour de Strasbourg, la première Chambre civile de la Cour de cassation, à qui deux nouvelles affaires de transsexualisme venaient d'être distribuées, a décidé d'en saisir directement l'Assemblée plénière avec le souci très transparent de faire préciser le plus promptement possible dans quelle mesure cette nouvelle donnée européenne devait influencer sa jurisprudence restrictive. Or, le 11 déc. 1992, l'Assemblée plénière, invoquant, comme la Cour européenne des droits de l'homme, le droit au respect de la vie privée, vient de décider que, sauf à respecter quelques conditions médicales, les transsexuels avaient désormais le droit d'obtenir la modification de l'indication de leur sexe sur leurs actes d'état civil. Il ne s'agit pas d'apprécier ici le bien-fondé de cette décision au regard des principes fondamentaux du droit civil français (42) ni d'en évaluer les conséquences du point de vue du mariage, du démariage ou de l'adoption, ni d'en envisager les éventuels prolongements législatifs. Il suffira de faire observer que l'Assemblée plénière est allée plus loin que ne l'exigeait la Cour européenne des droits de l'homme : l'arrêt *B...*, en se référant à une situation globale incompatible avec le droit au respect de la vie privée, n'imposait pas d'accéder à la demande de modification de l'indication du sexe sur les actes de l'état civil. Du

seul point de vue de l'influence de la Conv. EDH sur l'évolution du droit civil français, il convient de s'interroger sur l'opportunité de cette amplification. S'agit-il d'une habile anticipation ou d'un dangereux excès de zèle ?

Si l'on veut bien considérer, d'une part, que la Cour européenne des droits de l'homme ne tardera peut-être plus beaucoup à revoir ses conclusions sur le transsexualisme « à la lumière des conditions actuelles », d'autre part, que la France a été condamnée le 25 mars 1992 dans une affaire peu exemplaire où elle avait été placée devant le fait accompli d'une intervention chirurgicale réalisée à l'étranger avec un succès d'ailleurs limité⁽⁴³⁾, alors on saura gré à l'Assemblée plénière de nous avoir mis à l'abri de nouvelles avanies strasbourgeoises en faisant de notre droit civil un modèle de respect de la vie privée des transsexuels.

En revanche, quand on suppose l'effroi qui est susceptible de s'emparer d'une bonne partie de la communauté juridique française face à la perspective d'un droit civil lui aussi gagné par la « fièvre européenne »⁽⁴⁴⁾, on se prend à se demander s'il y avait vraiment urgence à aller au-delà des exigences de la Cour de Strasbourg dans un débat déjà si passionné. C'était peut-être le plus sûr moyen de provoquer là aussi une levée de boucliers contre l'idée européenne qui peut pourtant raisonnablement aider à débarrasser le droit civil français de ses archaïsmes et à lui donner les chances d'un nouveau rayonnement.

On savait déjà que, par le relais désormais bien connu de l'art. 55 de la Constitution, la Convention européenne des droits de l'homme était en train de devenir une source effective du droit civil français. L'arrêt du 25 mars 1992 fera prendre l'habitude de la considérer aussi comme une source révolutionnaire⁽⁴⁵⁾ quand elle emprunte la voie peu familière aux privatistes d'un contrôle supranational à peine sorti des limbes du droit international public. Malheureusement, chaque révolution engendre des excès qui peuvent éroder les meilleures idées dont elle s'inspire.

Mots clés :

ACTE DE L'ETAT CIVIL * Acte de naissance * Rectification * Transsexualisme * Vie privée * Respect

VIE PRIVEE * Sexualité * Transsexualisme * Convention européenne des droits de l'homme * Etat civil * Rectification

(1) Cf. Michelle Gobert, *Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister*, *JCP* 1990.I.3475, note 25.

(2) Série A n° 232-C ; *RUDH* 1992, vol. 4, n° 8-9, p. 316.

(3) Au 31 déc. 1990 la Cour européenne des droits de l'homme avait constaté cinq violations des droits de l'homme par la France (cf. Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 1991, 3e éd., p. 382). Depuis cette date le mouvement s'accélère : en 1991 la liste s'est allongée de trois arrêts constatant une violation dans les affaires *Ezelin* (25 avril), *Letellier* (26 juin) et *Kemmache* (27 novembre) ; l'arrêt rapporté du 25 mars 1992 est le premier d'une série de quatre arrêts rendus contre la France en moins de dix jours.

(4) Annoncée dès 1985 par Mme Maymon-Goutaloy *in* De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme, *D.* 1985. *Chron.* 211.

(5) *D.* 1984.165, note Edelman ; *JCP* 1984.II.20222, concl. Sadon, note Penneau.

(6) Cf. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, 16e éd., 1987, n° 69, p. 360 ; J. Rubellin-Devichi, *RTD civ.* 1985.138 ; M. Grimaldi, *JCP* 1986.I.3227, n° 5.

(7) *D.* 1987. 445, note P. Jourdain ; *JCP* 1988.II.21000, note E. Agostini.

- (8) Cf. Michelle Gobert, *Le transsexualisme, fin ou commencement ?*, *JCP* 1988.I.3361.
- (9) Sur l'évolution, encore plus défavorable aux transsexuels, marquée par les arrêts du 21 mai 1990, V. Michelle Gobert, *Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister*, préc.
- (10) Soit trois jours avant l'expiration du délai de six mois fixé par l'art. 26 pour introduire la requête.
- (11) Cette condition prévue par l'art. 26 a pour but d'assurer le caractère subsidiaire du recours international par rapport aux recours nationaux (cf. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 105).
- (12) Comp. l'opinion dissidente du juge Matscher, sous l'arrêt *B...*, p. 30.
- (13) Ce qu'elle avait déjà fait, en matière de transsexualisme dans les affaires *Van Oosterwijck* (rapport du 1er mars 1979) et *Rees* (rapport du 12 déc. 1984).
- (14) L'intérêt de ces questions pourra être apprécié en se référant à la note de J.-F. Flauss au *D.* 1992.177, sous l'arrêt *Cardot c/ France* du 19 mars 1991.
- (15) Série A, n° 106.
- (16) Série A, n° 184.
- (17) Série A, n° 31.
- (18) V. déjà son arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985, Série A, n° 94.
- (19) § 44 de l'arrêt *Rees*.
- (20) § 47 de l'arrêt *Rees*.
- (21) § 47 de l'arrêt *Rees*.
- (22) Malgré une certaine évolution dans le droit des Etats membres, la résolution adoptée par le Parlement européen le 12 sept. 1989 et la recommandation 1117 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe du 29 sept. 1989 visant l'une et l'autre à encourager l'harmonisation des lois et pratiques en la matière.
- (23) § 41 de l'arrêt *Cossey*.
- (24) D'un côté, le critère chromosomique n'aurait rien d'infaillible ; de l'autre les recherches en cours donneraient à penser que le transsexualisme pourrait découler d'une anomalie chromosomique.
- (25) Cf. l'opinion dissidente du juge Pettiti, p. 34.
- (26) Cf. arrêt *Rees*, § 42 à 44.
- (27) Cf. arrêt *Rees*, § 40.
- (28) Cf. arrêt *Rees*, § 40.
- (29) Carte nationale traditionnelle d'identité, passeport classique, permis de conduire...
- (30) Cf., par exemple, M.-L. Rassat, *Sexe, médecine et droit*, in *Mélanges Raynaud*, spéc. p. 669 s. et, plus récemment, les conclusions de Mme l'avocat général Flipo sur les arrêts du 21 mai 1990 (*JCP* 1990.II.21588).

(31) Cf. l'opinion dissidente précitée du juge Matscher et l'opinion dissidente, également jointe à l'arrêt *B...*, p. 31 du juge Pinheiro Farinha.

(32) On remarquera que, si en matière de changement de prénom et de documents officiels, c'est bien le refus de la France de modifier les choses qui est pris en compte au regard de l'art. 8, s'agissant de la rectification de l'état civil c'est, assez curieusement, « la détermination dont a témoigné l'intéressé dans les circonstances de la cause ».

(33) Cf. § 35 et 36 de l'arrêt *Kruslin* ; § 32 à 35 de l'arrêt *Huvig*.

(34) F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Que sais-je ?, 2e éd., PUF, 1992, p. 68. Pour une présentation plus nuancée de cette question controversée V. G. Cohen-Jonathan, *op. cit.*, p. 210 s.

(35) Cf. l'opinion dissidente du juge Morenilla jointe à l'arrêt *B...*, p. 41.

(36) Série A, n° 214 C.

(37) D'après lequel les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

(38) V. aussi l'opinion dissidente du juge Valticos, jointe à l'arrêt *B...*, p. 37, pour qui les mesures tendant à la substitution des seuls prénoms neutres présenteraient l'inconvénient de rendre plus généralement suspect de tels prénoms.

(39) Cf. P. Murat, *JCP* 1992.I.3593.

(40) Pour la modification des documents officiels, V. G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Les personnes*, LGDJ, 1989, n° 267 ; J. Rubellin-Devichi, *RTD civ.* 1989.735 ; P. Murat, *op. cit.* ; pour le changement de prénom, V. M.-L. Rassat, *op. cit.*, p. 667 ; G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 267 ; Gérard Cornu, *Droit civil. Introduction-La famille-Les biens*, 5e éd., Montchrestien, 1991, p. 201 ; J. Penneau, note sous Paris, 24 févr. 1978, *JCP* 1979.II.19202 ; Jean Mouly, note sous Limoges, 11 mai 1989, *Rev. jur. Centre Ouest* 1990.103.

(41) *Bull. crim.*, n° 193 ; *RUDH* 1990.220 et 190 les remarques de G. Cohen-Jonathan ; *D.* 1990. IR.143 ; *JCP* 1990.II.21541, note W. Jeandidier.

(42) Sur la question qui passionne la doctrine française depuis une quinzaine d'années, V., outre les références déjà indiquées, Jacqueline Petit, L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel, *RTD civ.* 1978.263 ; Dominique Thouvenin, Le transsexualisme, une question d'état méconnue, *RD sanit. soc.* 1979.13 ; Lucien Linossier, Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique, *D.* 1981. *Chron.* 139 ; G.-M. Faure, Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes, *RD sanit. soc.* 1989.1 et, depuis l'arrêt du 25 mars 1992, Jacques Massip, Le transsexualisme : état de la question, *Defrénois* 1992.1009 ; Claude Lombois, *D.* 1992. *Chron.* 323.

(43) Cf. l'opinion dissidente précitée du juge Valticos qui relève le caractère incomplet de la mutation obtenue en l'espèce.

(44) Cf. J. Mestre, *RTD civ.* 1992.88, à propos de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme au droit des contrats.

(45) Cf. F. Sudre, *op. cit.*, p. 6.