

Transsexualisme : prouver ou simplement vouloir ?

(Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 10-26.947, D. 2012. 1648 ; AJ fam. 2012. 405 et n° 11-22.490, D. 2012. 1648, note F. Vialla ; AJ fam. 2012. 405, publiés au Bulletin - TGI Brest, 15 déc. 2011, n° 11/00975, AJ fam. 2012. 349, obs. B. de Boysson)

Jean Hauser, Professeur émérite de l'Université Montesquieu Bordeaux IV

Arrêts du 7 juin, quelle preuve faut-il apporter ?

Nous avons déjà aperçu l'évolution prévisible de la question du changement de sexe à l'état civil à travers la preuve qu'il faut apporter pour obtenir cette modification. Si, depuis 1991 (RTD. civ. 1993. 97 ; A. Bateur (dir.), Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille, n° 136 s., indiquées désormais sous le sigle GDDPF), la jurisprudence se débat avec ce problème sans que le législateur ait jamais jugé utile (ou osé ?) d'intervenir, autrement que par des circulaires souvent peu utiles, on était arrivé à un juste équilibre qui conduisait à accueillir le changement sous la condition d'une preuve *objective* de ce changement physique et psychologique. C'était encore trop pour une entreprise qui ferait du sexe - et globalement de l'état civil - une affaire purement privée laquelle, portant atteinte à la vie privée de chacun, ne supporterait donc plus qu'un traitement par la libre volonté de l'individu. Nous ne sommes pas ce que nous sommes mais ce que nous voulons. De plus, et plus prosaïquement, l'exigence d'une preuve objective induirait nécessairement des frais inadmissibles dans l'exercice de ce qui serait désormais analysé comme une liberté quasiment fondamentale (V. déjà, RTD. civ. 2008. 271 et 2010. 759 et les positions des cours d'appel de Paris et de Montpellier) (V. sur ce point la note très complète de M. Vialla). L'argument d'une atteinte à la vie privée doit être manié avec prudence car il pourrait être resservi ailleurs, à contre-emploi, et dépend d'abord de la nature que l'on assigne à l'état civil. Après tout c'est le transsexuel qui demande le changement et à lui qu'il appartient de le prouver. L'argument sans cesse ressassé à tout bout de champ du respect de la vie privée conduirait à exclure toutes sortes de preuves (V. *infra* n° 4) y compris la preuve biologique dans les actions d'état, dans les procédures pénales, dans les procédures familiales en général, etc. Cet argument n'est recevable, dans notre cas, que si l'on admet que l'état civil devient une affaire privée, ce qui reste à démontrer.

A la limite (pour dans 20 ans ?) l'intervention du juge deviendra inutile. On suit ainsi une évolution très générale du droit des personnes et de la famille que nous décrivons depuis longtemps (divorce sans juge, changement de régime matrimonial sans juge, contrôle allégé sur les changements de prénom ou de nom, etc.) et qui met la personne avant l'institution, ce qui ne satisfait point tout le monde. Comme toujours on peut s'appuyer avec prudence sur les systèmes étrangers mais la diversité y est de règle et on ne saurait ne retenir, comme le font trop souvent la plupart des médias avec une insolente absence d'objectivité, que les droits qui sont favorables à ce qu'on veut avancer. Le tableau, qu'on ne peut évidemment retracer ici, est très variable (V. La modification de la mention du sexe à l'état civil, Sénat, Etude de législation comparée n° 223, mai 2012).

Les deux arrêts reproduisent une position classique, nonobstant ces appels à une évolution qui n'est pas évidente : « *pour justifier une demande de rectification du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence* ».

Dans les deux cas la Cour approuve les juges d'appel d'avoir estimé que les certificats n'apportaient pas la preuve d'un changement véritable et, surtout, ce qui est la réponse au glissement précité, que la personne avait refusé de se livrer aux opérations d'expertise ce qui ne lui avait pas permis de faire la démonstration sollicitée. On peut donc, sans aller chercher plus loin, estimer que c'est simplement un défaut de preuve qui justifie les arrêts d'appel et les rejets des pourvois. L'étude précitée du Sénat montre que, avec d'inévitables et nombreuses nuances, l'exigence d'une preuve objective de changement reste largement répandue.

Il demeure tout de même que c'est une prise de position très nette sur le débat ci-dessus décrit entre la preuve d'un changement objectif final et la preuve d'une simple entreprise volontaire de changement et ce, contrairement à une « courageuse » circulaire de la Chancellerie (14 mai 2010, NOR : JUSC1012994C ; BOMJL n° 2010-03, 31 mai 2010 ; Defrénois, 2010. 2020), invitant les magistrats « à ne solliciter d'expertise que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur ».

On l'a dit, le débat doit être élevé au dessus du seul cas du transsexualisme. Si l'on estime que l'état civil ne repose plus sur aucune donnée objective mais seulement sur les sentiments et impressions des sujets, ce qui n'est pas inconcevable, il faut alors renoncer à enregistrer l'âge, le sexe, la filiation, etc. et laisser à chacun le soin de décider comment il se situe dans l'espace et dans le temps. Seulement comme le droit, en général, civil, fiscal, social, etc., ne peut se passer d'une méthode d'identification des individus (ce qui pour un anarchiste libertaire est probablement inadmissible !), il faudra en trouver une autre (le numéro matricule et l'ADN enregistré en fichier ?) et il n'est pas certain qu'on gagne au change. On restera tout de même abasourdi que la question soit encore traitée, en droit français, par la jurisprudence et les circulaires !

Jugement : sort du mariage du transsexuel

Là encore, dans la mesure où le changement est admis de façon plus libérale et considéré sans réserve, il était inévitable que les questions qu'il suscite apparaissent au contentieux. Si la doctrine majoritaire s'est beaucoup obnubilée sur le principe même, débat maintenant bien dépassé, elle s'est moins investie dans l'étude des conséquences du changement à l'état civil (V. toutefois, S. Paricard, Le transsexualisme à quand la loi ? Dr. fam. 2012. Etude 2). Parmi celles-ci on se souvient que le tribunal de Besançon s'était prononcé sur le sort du mariage de la personne ayant changé de sexe (RTD. civ. 2011. 326) dont on peut légitimement estimer qu'il devient caduc. Si l'on ne règle pas la question de cette disparition du mariage, il faut soit refuser le changement pour les personnes mariées (ce qui est le cas dans plusieurs législations), soit accepter que subsiste, en droit français, un mariage entre deux personnes de même sexe. Le tribunal de Brest adopte la première solution mais elle pourrait évidemment être remise en cause si le législateur français consacre le mariage homosexuel.

Toutefois on aurait tort de penser que le problème serait pour autant résolu et il est probable qu'il resterait aussi complexe, sinon plus. Car, si l'on y réfléchit bien, on va retrouver la difficulté dans un mariage entre personnes de même sexe si l'une d'elles change de sexe... (une question d'avenir !) ce qui va modifier profondément la cause du mariage et nous ramener à l'hypothèse examinée. Si l'on admet, ce qui paraît inévitable, que la différence de sexe ne serait plus un élément constitutif et légal du mariage, il faudra en déduire que le changement serait sans importance, argument que retiennent les deux juridictions précitées, mais alors devra-t-on en conclure que le mariage sera maintenu si dans un couple hétérosexuel ou dans un couple homosexuel l'un des deux change de sexe alors que la différence dans un cas, et l'homologie dans l'autre étaient des éléments essentiels du consentement ? Si l'on veut promouvoir la solution contraire, qui semble tout de même évidente, il faudra alors admettre que la mention du sexe n'est plus un élément constitutif et légal du mariage mais un élément « entré dans le champ contractuel » et que la sanction de sa disparition ne peut plus être la caducité, qui suppose la disparition d'un élément constitutif, mais la nullité relative parce qu'une qualité essentielle (la différence de sexe ou la similitude de sexe) a disparu... Seulement, voilà, l'existence des qualités essentielles est appréciée au jour de l'acte et leur disparition ultérieure ne saurait être sanctionnée par la nullité... Les

juristes n'en ont pas fini avec ce beau problème et on n'enterre pas si facilement la question de la cause du mariage (ou du pacs ?) !

Mots clés :

ETAT ET CAPACITE DES PERSONNES * Transsexualisme * Rectification de l'état civil *
Syndrome transsexuel * Preuve * Homme marié * Impossibilité
MARIAGE * Nullité * Transsexuel * Homme marié * Rectification de l'état civil