

“LE TRANSSEXUALISME”

PAR

Georges-Michel FAURÉ

Maître de Conférences à l'Université de Picardie Jules Verne

Le transsexualisme repose sur la discordance subie et donc pathologique des éléments sexuels. Avant l'opération de conversion sexuelle, le transsexuel souffre d'une discordance radicale entre sa conformation physique et son identité sexuelle. Celle-ci repose sur sa conviction d'appartenir au sexe opposé à celui indiqué sur son acte de naissance.

Quelle réponse médicale est apportée au syndrome transsexuel ? La déontologie du Conseil National de l'Ordre impose un traitement en plusieurs phases. Lors de la première année, le patient est observé par une équipe pluridisciplinaire : une fois posé le diagnostic de transsexualisme vrai, intervient un traitement hormonal et un suivi psychothérapeutique. L'on procède enfin, dans un hôpital public, à l'intervention chirurgicale¹.

Toutefois, pour que le transsexuel “opéré” ne souffre plus, il lui faut aussi obtenir le changement juridique de sexe sur les registres de l'état civil ; ce n'est que si cette dernière condition est remplie qu'il sera guéri (c'est-à-dire, en termes médicaux, qu'il deviendra “transsexualisé”). Il est donc intéressant d'étudier, en la matière, quelle est la position des tribunaux. La Cour de cassation réunie en Assemblée Plénière le 11 décembre 1992, a opéré un revirement spectaculaire dans deux arrêts qui, assurément, sont appelés à faire jurisprudence. Ces décisions témoignent d'une avancée dans le domaine spéci-

1. A cet effet, le Conseil départemental de l'Ordre des médecins doit être informé, et une demande de prise en charge adressée à la Caisse nationale d'assurance maladie.

fique du transsexualisme (I), mais traduisent un certain attentisme dans le domaine général de l'état des personnes (II).

I - LES ARRÊTS DU 11 DÉCEMBRE 1992 : UNE AVANCÉE DANS LE DOMAINE SPÉCIFIQUE DU TRANSSEXUALISME

Les justifications nationales du refus de prise en compte du transsexualisme qui prévalurent de 1975 à 1990 (A), ont été "balayées" en 1992, au nom du respect de la Convention européenne des droits de l'homme (B).

A) Le refus de prise en compte du transsexualisme au nom de justifications nationales (1975-1990)

Pour refuser le changement juridique de sexe, la première Chambre civile s'est d'abord référée au principe d'indisponibilité de l'état des personnes "*au respect duquel l'ordre public est attaché, (qui) interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues*"² ; en 1983, les Hauts magistrats ne firent plus référence à la notion d'indisponibilité mais à celle de sexe juridique invariable³. Quatre ans plus tard, la Cour de cassation en revint indirectement au fondement de l'indisponibilité, en refusant le changement juridique de sexe au nom de la "*volonté délibérée*" de l'intéressé⁴. Devant la fronde de la majorité des juridictions du fond, la première Chambre civile, réunie au grand complet, voulut en quatre arrêts rendus en 1990, briser toute dissidence jurisprudentielle : "*le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe*"⁵. La position de la Cour de cassation devenait enfin explicite : le sexe juridique est déterminé par le sexe génétique ; un transsexuel même opéré ne peut acquérir génétiquement et donc juridiquement le sexe revendiqué.

Ainsi, en 1990, pour la première chambre civile, la question du transsexualisme semblait définitivement réglée. En réalité, elle ne le fût que jusqu'en 1992.

2. Cf. Civ. 1ère, 16 décembre 1975, 1ère espèce, D. 1976, 397, note Nerson : dans cette acception, indisponibilité signifierait alors impossibilité pour quelque raison que ce soit d'envisager un changement volontaire d'état sexuel.

3. Du moins de façon très implicite : "*en dépit des opérations auxquelles elle (s'est) soumise Nadine S. n'est pas de sexe masculin*", cf. Civ. 1ère, 30 novembre 1983, J.C.P. 1984 20222, obs. J. Penneau ; le sexe juridique ne serait donc défini qu'à partir de sa seule composante génétique.

4. Cf. Civ. 1ère, 3 et 31 mars 1987, D. 1987 445 note P. Jourdain ; il y avait pourtant erreur car l'apparition du syndrome transsexuel n'est pas voulue : c'est seulement sa guérison qui est recherchée.

5. Cf. Civ. 1ère, 21 mai 1990, J.C.P. 1990 II 21588.

B) L'acceptation du transsexualisme au nom de justifications "supra-nationales" (1992)

La Cour de cassation avait cru bon de s'aventurer sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme ; pour elle, sans hésitation, le refus de changement juridique de sexe ne pouvait constituer pour le transsexuel une atteinte à sa vie privée⁶. Pourtant, ce fut sur le fondement du respect de la vie privée, que la position jurisprudentielle française fut censurée par la Cour de Strasbourg⁷. La condamnation de la France à 100.000 francs pour dommage moral et à 35.000 francs au titre des frais et dépens fut l'élément décisif du revirement des Hauts magistrats français. Réunie en assemblée plénière le 11 décembre 1992, la Cour de cassation admit le changement juridique de sexe pour les vrais transsexuels : *"le principe du respect dû à la vie privée justifie que l'état civil (du transsexuel) indique désormais le sexe dont il a l'apparence"*.

II - LES ARRÊTS DU 11 DÉCEMBRE 1992 : L'ATTENTISME DANS LE DOMAINE GÉNÉRAL DE L'ÉTAT DES PERSONNES

L'immobilisme de la Cour de cassation française qui se manifeste quant à la définition juridique du sexe (A) pourrait être atténué par la cour européenne des droits de l'homme pour le problème du mariage des transsexuels (B).

A) L'immobilisme de la cour de cassation quant à la définition juridique du sexe

En dépit des apparences, la Cour de cassation n'a d'aucune manière remis en cause sa définition juridique du sexe. Pour elle, juridiquement le sexe ne peut se définir qu'à partir de sa seule composante génétique⁸.

En d'autres termes, dès l'instant où la formule chromosomique permet de dire que biologiquement le sujet est de sexe masculin (XY) ou de sexe féminin (XX), le droit ne doit en rien affirmer le contraire.

6. "Attendu que l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...) n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien", cf. Civ. 1ère, 21 mai 1990 précité.

7. Cour européenne des droits de l'homme, 25 mars 1992, D. 1993, 101.

8. Comp. "en dépit des opérations auxquelles elle (s'est) soumise Nadine S... n'est pas de sexe masculin", cf. Civ. 1ère, 30 novembre 1983, J.C.P. 1984 20222, obs. J. Penneau et "lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social...", cf. Ass. Plén. 11 décembre 1992, préc. ; l'on remarquera que la Cour de cassation dans l'arrêt de 1992 se garde bien de dire que le transsexuel est du sexe qu'il revendique.

Dès lors, les autres critères sexuels : l'apparence physique comme l'identité sexuelle n'ont pas de valeur juridique. Une telle attitude de la Cour de cassation est paradoxale, car tout en s'en défendant, la Haute Juridiction se permet de faire de la médecine ; en effet, de façon plutôt arbitraire, elle ne choisit qu'un critère parmi d'autres possibles pour définir le sexe.

Les conséquences juridiques de cette définition génétique du sexe juridique sont importantes tout à la fois directement et indirectement.

Directement car elles concernent les droits des transsexuels. Désormais, avec la position de l'assemblée plénière, les transsexuels français peuvent obtenir le changement de leur prénom et de la mention du sexe sur leur acte de naissance. Leur est-il aussi possible d'envisager ultérieurement de se marier ?

La réponse n'est pas aussi simple qu'elle y paraît à première vue. L'on est tenté de dire que pour pouvoir valablement se marier, il suffit d'être de sexe - juridique j'ajoute - opposé. Or quel est le sexe juridique d'un "transsexualisé" ? S'agit-il du "nouveau" sexe de rattachement indiqué dans l'acte d'état civil ou s'agit-il du sexe génétique ? Le bon sens me fait opter pour la première solution, mais il est à craindre que les Hauts magistrats ne choisissent le sexe génétique. C'est en ce sens que la décision de 1992 pourrait bien n'être qu'une porte entrouverte se refermant brutalement sur une interdiction au mariage pour les transsexuels.

En réalité, ce qui inquiète la Cour de cassation ce sont les répercussions indirectes provoquées par l'admission du transsexualisme. Admettre le mariage de personnes dont le sexe génétique est identique mais pas l'apparence physique pourrait être perçu comme un encouragement implicite aux revendications de mariage d'individus génétiquement et physiquement identiques. Le risque juridique paraît toutefois mineur car nul ne songe à dire que les textes actuels du Code civil permettent le mariage homosexuel. L'air du temps est plutôt à l'apparition de la notion de contrat d'union civile.

B) L'atténuation possible de la Cour européenne des droits de l'homme pour l'admission du mariage des transsexuels

Les considérations précédentes, qu'on le veuille ou pas, tendent à minimiser la portée des arrêts de principe de décembre 1992. Mais le plus important réside dans le rapport de force qui s'est désormais instauré entre la Cour de cassation française et la Cour de Strasbourg. Quand la Cour de cassation juge, elle n'est pas tenue de statuer dans le sens voulu par la Cour européenne des droits de l'homme. Mais en l'absence d'intervention législative, le risque de voir condamnée la France à nouveau, a forcé, bon gré, mal gré, les Hauts magistrats français à s'incliner devant l'interprétation des juges strasbourgeois.

Désormais quand le débat semblera noyé dans les brumes nationales, l'espoir viendra de l'Est...

Ainsi la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée pourtant depuis 1950 (mais ratifiée qu'en 1974 seulement...) semble n'être en matière de droit des personnes qu'à ses premiers pas.

L'intégration du transsexualisme dans le domaine de la vie privée, donne à cette dernière notion une extension tout à la fois novatrice et prometteuse. Un parallèle est à établir avec les développements jurisprudentiels américains issus du "*right to privacy*".

Si d'aventure, la Cour de cassation, au nom d'un ordre moral et familial qu'elle croit en péril, refuse d'admettre le mariage des transsexuels, elle encourt le risque d'avoir encore à se renier, après une nouvelle condamnation de la France. Ce qui supposerait au préalable que la Cour de Strasbourg renverse sa jurisprudence "Rees" : "Aux yeux de la Cour, en garantissant le droit de se marier, l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme : il en ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille" ; cf. arrêt du 17 octobre 1986. Un tel revirement interviendra tôt ou tard ; prenons date...

Puisse la Convention européenne des droits de l'homme être désormais l'aiguillon du juge serviteur de la liberté. Qu'à une sagesse nationale parfois frileuse se substitue l'audace nouvelle européenne.