



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

AFFAIRE SHEFFIELD ET HORSHAM c. ROYAUME-UNI

(31-32/1997/815-816/1018-1019)

ARRÊT

STRASBOURG

30 juillet 1998

Cet arrêt peut subir des retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts et décisions* 1998, édité par Carl Heymanns Verlag KG (Luxemburger Straße 449, D-50939 Cologne) qui se charge aussi de le diffuser, en collaboration, pour certains pays, avec les agents de vente dont la liste figure au verso.

Liste des agents de vente

Belgique : Etablissements Emile Bruylant (rue de la Régence 67,
B-1000 Bruxelles)

Luxembourg : Librairie Promoculture (14, rue Duchscher
(place de Paris), B.P. 1142, L-1011 Luxembourg-Gare)

Pays-Bas : B.V. Juridische Boekhandel & Antiquariaat
A. Jongbloed & Zoon (Noordeinde 39, NL-2514 GC La Haye)

SOMMAIRE¹

Arrêt rendu par une grande chambre

Royaume-Uni – question de savoir s’il pèse sur l’Etat défendeur une obligation de reconnaître sur le plan juridique la nouvelle identité sexuelle des requérantes, deux transsexuelles opérées passées du sexe masculin au sexe féminin

I. ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

Rappel de la jurisprudence de la Cour sur la portée des obligations positives découlant de l’article 8 en matière de protection du droit au respect de la vie privée.

La substance des griefs des requérantes concerne la persistance des autorités à déterminer le sexe des personnes à partir de critères biologiques et à refuser d’annoter ou mettre à jour les registres des naissances afin qu’y figure la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés – à cet égard, les doléances des intéressées sont identiques à celles des requérantes dans les affaires Rees et Cossey.

La Cour estime que depuis l’arrêt Cossey il n’y a pas eu, dans le domaine du transsexualisme, de progrès scientifiques ou juridiques propres à l’amener à s’écarter de ses décisions dans lesdites affaires – l’Etat défendeur peut toujours se prévaloir de sa marge d’appréciation pour justifier son refus de reconnaître en droit la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés – pour la Cour, le transsexualisme continue de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l’objet d’une approche généralement suivie dans les Etats contractants.

Par ailleurs, le fait que les requérantes se trouvent obligées de révéler leur ancien sexe dans certains contextes ne leur cause pas des inconvénients d’une gravité suffisante pour que l’on puisse considérer qu’il y a dépassement de la marge d’appréciation de l’Etat défendeur – les situations décrites par les intéressées pour illustrer lesdits inconvénients sont peu fréquentes et l’obligation pour elles de révéler leur ancien sexe dans de telles situations se justifie – les autorités ont également cherché à minimiser les risques pour les requérantes de se voir poser des questions embarrassantes concernant leur sexe – atteinte au droit des intéressées au respect de leur vie privée non disproportionnée.

La Cour relève que, nonobstant ce qu’elle avait dit dans ses arrêts Rees et Cossey au sujet de l’importance d’examiner de manière permanente la nécessité de mesures juridiques appropriées en la matière, l’Etat défendeur n’a adopté aucune mesure en ce sens – la Cour réitère son opinion à ce sujet.

Conclusion : non-violation (onze voix contre neuf).

II. ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

Rappel des principes posés par la Cour dans son arrêt Rees au sujet de la portée et de l’interprétation de l’article 12.

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

Eu égard à ces principes, l'impossibilité pour chacune des requérantes de contracter valablement mariage sous le régime du droit de l'Etat défendeur en raison de la persistance des autorités à appliquer des critères biologiques pour la détermination du sexe aux fins du mariage ne peut passer pour violer l'article 12 de la Convention – de surcroît, la Cour n'est pas persuadée que le grief de la seconde requérante soulève des questions relevant de cette disposition.

Conclusion : non-violation (dix-huit voix contre deux).

III. ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINE AVEC L'ARTICLE 8

Rappel des principes sous-jacents à l'article 14.

Les raisons pour lesquelles la Cour a rejeté les griefs fondés par les requérantes sur l'article 8 (respect d'un juste équilibre, proportionnalité de l'ingérence) constituent également une « justification raisonnable et objective » pour toute différence de traitement qui serait réservée aux requérantes en leur qualité de transsexuelles opérées.

Conclusion : non-violation (unanimité).

IV. ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

Requérantes non désireuses de maintenir ces griefs.

Conclusion : non-lieu à examiner (unanimité).

RÉFÉRENCES À LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

17.10.1986, Rees c. Royaume-Uni ; 27.9.1990, Cossey c. Royaume-Uni ; 25.3.1992, B. c. France ; 22.10.1996, Stubbings et autres c. Royaume-Uni ; 22.4.1997, X, Y et Z c. Royaume-Uni

En l'affaire Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni¹,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 51 de son règlement A², en une grande chambre composée des juges dont le nom suit :

MM. R. BERNHARDT, *président*,

THOR VILHJALMSSON,

F. MATSCHER,

A. SPIELMANN,

J. DE MEYER,

N. VALTICOS,

M^{me} E. PALM,

MM. A.N. LOIZOU,

J.M. MORENILLA,

Sir John FREELAND,

MM. M.A. LOPES ROCHA,

L. WILDHABER,

J. MAKARCZYK,

K. JUNGWIERT,

P. KURIS,

J. CASADEVALL,

P. VAN DIJK,

T. PANTIRU,

M. VOICU,

V. BUTKEVYCH,

ainsi que de MM. H. PETZOLD, *greffier*, et P.J. MAHONEY, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 25 avril et 25 juin 1998,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

Notes du greffier

1. L'affaire porte le n° 31-32/1997/815-816/1018-1019. Les deux premiers chiffres indiquent le rang des affaires Sheffield c. Royaume-Uni et Horsham c. Royaume-Uni (telles qu'elles étaient désignées à l'époque de la saisine de la Cour : paragraphe 1 ci-dessous) dans l'année d'introduction (troisième chiffre), les quatre derniers la place sur la liste des saisines de la Cour depuis l'origine et sur celle des requêtes initiales (à la Commission) correspondantes.

2. Le règlement A s'applique à toutes les affaires déférées à la Cour avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 9 (1^{er} octobre 1994) et, depuis celle-ci, aux seules affaires concernant les Etats non liés par ledit Protocole. Il correspond au règlement entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983 et amendé à plusieurs reprises depuis lors.

PROCEDURE

1. La présente espèce procède de deux affaires distinctes (Sheffield c. Royaume-Uni et Horsham c. Royaume-Uni) déférées à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 4 mars 1997, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 § 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). L'affaire Sheffield c. Royaume-Uni trouve son origine dans une requête (n° 22985/93) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont une ressortissante britannique, M^{lle} Kristina Sheffield, avait saisi la Commission le 4 août 1993 en vertu de l'article 25. L'affaire Horsham c. Royaume-Uni tire la sienne d'une requête (n° 23390/94) introduite à la même date contre le même Etat contractant par une autre ressortissante britannique, M^{lle} Rachel Horsham.

Les demandes de la Commission renvoient aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration britannique reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46). Elles ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'Etat défendeur aux exigences des articles 8, 12, 13 et 14 de la Convention.

2. En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 § 3 d) du règlement A, les requérantes ont exprimé le désir de participer à la procédure et ont désigné leur conseil (article 30).

3. Le 19 mars 1997, le président de la Cour à l'époque, M. R. Ryssdal, a décidé, en application de l'article 21 § 7 du règlement A et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, qu'une chambre unique devait être constituée pour examiner simultanément les deux espèces, sans préjudice d'une possible jonction à un stade ultérieur.

4. La chambre à constituer à cet effet (article 21 § 7 du règlement A) comprenait de plein droit Sir John Freeland, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention), et M. R. Bernhardt, à l'époque vice-président de la Cour (article 21 § 4 b) du règlement A). Le 19 mars 1997, le président de la Cour a tiré au sort en présence du greffier le nom des sept autres membres, à savoir M. J. De Meyer, M. N. Valticos, M^{me} E. Palm, M. A.N. Loizou, M. J. Makarczyk, M. K. Jungwiert et M. T. Pantiru (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § 5 du règlement A).

5. En sa qualité de président de la chambre (article 21 § 6 du règlement A), M. Bernhardt a consulté, par l'intermédiaire du greffier, l'agent du gouvernement britannique (« le Gouvernement »), l'avocat des requérantes et la déléguée de la Commission au sujet de l'organisation de la procédure (articles 37 § 1 et 38). Conformément à l'ordonnance rendue en conséquence, le greffier a reçu le mémoire du Gouvernement le 22 octobre 1997 et celui des requérantes le 24.

6. Le 28 mai 1997, le président de la chambre avait accordé à Liberty, organisation non gouvernementale ayant son siège à Londres, l'autorisation de soumettre des observations écrites sur l'affaire (article 37 § 2 du règlement A). Semblables observations ont été reçues le 27 octobre 1997, puis communiquées aux requérantes, à l'agent du Gouvernement et à la déléguée de la Commission pour commentaires. Les requérantes ont soumis leurs commentaires sur les observations de Liberty par une lettre parvenue au greffe le 30 janvier 1998.

7. Ainsi qu'en avait décidé le président, les débats, portant sur les deux affaires, se sont déroulés en public le 24 février 1998, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu auparavant une réunion préparatoire.

Ont comparu :

- *pour le Gouvernement*
M^{me} S. MCCRORY, ministère des Affaires étrangères
et du Commonwealth, *agent*,
MM. D. PANNICK *QC*,
R. SINGH, *Barrister-at-Law*, *conseils*,
J. TALBOT,
M^{mes} C. LLOYD,
R. SANDBY-THOMAS, *conseillers* ;
- *pour la Commission*
M^{me} G.H. THUNE, *déléguée* ;
- *pour les requérantes*
MM. P. DUFFY *QC*,
A. MCFARLANE, *Barrister-at-Law*,
T. EICKE, *Barrister-at-Law*, *conseils*,
H. BRANDMAN, *solicitor*.

La Cour a entendu en leurs déclarations M^{me} Thune, M. Duffy, M. McFarlane et M. Pannick.

8. A la suite des délibérations tenues le 2 mars 1998, la chambre a décidé de se dessaisir avec effet immédiat au profit d'une grande chambre (article 51 § 1 du règlement A).

9. La grande chambre à constituer comprenait de plein droit M. Bernhardt, vice-président de la Cour, les autres membres de la chambre originaire, ainsi que les quatre suppléants de celle-ci, MM. P. van Dijk, V. Butkevych, J. Casadevall et A. Spielmann (article 51 § 2 a) et b) du règlement A). Le 2 mars 1998, le vice-président a tiré au sort en présence du greffier le nom des huit juges supplémentaires appelés à compléter la grande chambre, à savoir MM. Thór Vilhjálmsson, F. Matscher, B. Walsh, J.M. Morenilla, L. Wildhaber, P. Kūris, E. Levits et M. Voicu (article 51 § 2 c)). Par la suite, M. M.A. Lopes Rocha a remplacé M. Walsh, décédé (article 24

§ 1 combiné avec l'article 51 § 6). A un stade ultérieur, M. Levits s'est trouvé empêché et n'a pas été remplacé.

10. Après avoir consulté l'agent du Gouvernement, la déléguée de la Commission et les requérantes, la grande chambre a décidé, le 25 avril 1998, qu'il n'y avait pas lieu de tenir une nouvelle audience à la suite du dessaisissement de la chambre (article 40 du règlement A combiné avec l'article 51 § 6).

11. Le 25 avril 1998, la grande chambre a ordonné la jonction des deux affaires (article 39 § 3 *in fine* du règlement A).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. La première requérante, M^{lle} Sheffield

12. La première requérante, M^{lle} Kristina Sheffield, est une citoyenne britannique née en 1946 et résidant actuellement à Londres. A sa naissance, elle fut enregistrée comme étant de sexe masculin. Avant de subir un traitement de conversion sexuelle (paragraphe 13 ci-dessous), elle était mariée. De son mariage, aujourd'hui dissous, elle a une fille.

13. En 1986, elle commença un traitement dans une clinique d'identité sexuelle à Londres, et, à une date non précisée, elle subit une opération et un traitement de conversion sexuelle, qui furent couronnés de succès. Par un acte unilatéral (*deed poll*), elle troqua son ancien prénom pour celui qu'elle porte actuellement. Le changement de prénom fut répercuté sur son passeport et sur son permis de conduire.

14. La requérante dénonce les difficultés que lui ont valu sa décision de subir une opération de conversion sexuelle et son changement de sexe ultérieur.

15. Elle explique avoir été avisée par son psychiatre et par son chirurgien que l'obtention du divorce constituait une condition préalable à la réalisation d'une opération. Après le divorce, son ex-épouse demanda au tribunal d'ordonner la cessation des contacts entre elle-même et sa fille. M^{lle} Sheffield affirme que le juge accueillit la requête au motif que le maintien de contacts avec un transsexuel ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant. Depuis cette décision, qui remonte à une douzaine d'années, la requérante n'a pas revu sa fille.

16. Si c'est à présent le nouveau prénom de la requérante qui apparaît sur son passeport et sur son permis de conduire, c'est l'ancien qui figure sur son acte de naissance et dans divers registres, tels ceux de la sécurité sociale et de la police. En ce qui concerne son passeport, l'intéressée soutient qu'en cas de nécessité d'investigations au sujet du porteur, ses anciens prénoms et sexe seraient inévitablement divulgués. A titre d'exemple, elle évoque la mésaventure qui lui arriva lorsqu'elle sollicita un visa auprès de l'ambassade américaine à Londres.

17. Les 7 et 16 avril 1992, elle comparut en justice pour se porter caution, à concurrence de 2 000 livres, pour un ami. Les deux fois, à son grand embarras, elle fut invitée à divulguer son ancien prénom au tribunal. En mars 1994, elle préféra également ne pas livrer, dans le cadre d'une procédure pénale, un témoignage qui eût pu servir d'alibi à un ami, de crainte que la divulgation devant le tribunal de son sexe originel tel qu'il figurait sur son acte de naissance pût ajouter à cette procédure un élément de sensationnalisme.

18. En juin 1992, elle fut arrêtée pour une infraction à la réglementation sur les armes à feu. L'affaire fut classée lorsqu'il s'avéra que le pistolet en cause était une réplique. A la suite de remarques de policiers indiquant qu'ils savaient qu'elle avait subi une opération de conversion sexuelle, l'intéressée chercha à savoir si ces données personnelles figuraient sur des fichiers informatiques de la police. Elle découvrit que la demande officielle d'informations formulée au titre des dispositions de la loi de 1984 sur la protection des données l'obligeait à mentionner son sexe et ses autres prénoms. Elle ne poussa pas davantage ses investigations.

19. Le 20 décembre 1992, elle souscrivit une police d'assurance pour sa voiture. Le formulaire devant servir de base au contrat qu'on lui fit remplir l'invitait à préciser son sexe. Dès lors que le droit britannique continue de la considérer comme une personne de sexe masculin, elle fut obligée d'indiquer ce sexe.

Elle relève également qu'en vertu de la loi de 1911 sur le parjure, elle est tenue, dans certains contextes, de divulguer son identité sexuelle antérieure, sous peine de sanctions pénales.

20. L'intéressée affirme qu'en conséquence de sa décision de subir une opération de conversion sexuelle, elle a fait l'objet de discriminations au travail ou dans la recherche d'un emploi. Pilote de profession, elle affirme que son licenciement en 1986 était une conséquence directe de son changement de sexe, et que depuis lors il lui a été impossible d'obtenir au Royaume-Uni un emploi dans la profession qu'elle s'est choisie. Elle impute cela pour une large part à la situation juridique des transsexuels dans ledit Etat.

B. La seconde requérante, M^{lle} Horsham

21. La seconde requérante, M^{lle} Rachel Horsham, est une ressortissante britannique née en 1946. Elle vit aux Pays-Bas depuis 1974 et a acquis la nationalité néerlandaise par naturalisation en septembre 1993.

A sa naissance, elle fut enregistrée comme étant de sexe masculin. Elle explique que dès l'enfance elle éprouva des difficultés à se considérer comme un garçon et qu'à l'âge de vingt et un ans elle comprit vraiment qu'elle était transsexuelle. Elle quitta le Royaume-Uni en 1971, craignant les conséquences que pourrait avoir son identification comme transsexuelle. Par la suite, elle vécut à l'étranger une vie de femme.

22. A partir de 1990, elle se soumit à une psychothérapie et à un traitement hormonal et, finalement, le 21 mai 1992, elle subit à l'hôpital de l'Université libre d'Amsterdam une opération de conversion sexuelle.

23. Le 26 juin 1992, alors qu'elle s'était déjà heurtée à plusieurs refus, elle demanda au consulat britannique à Amsterdam de changer la photographie qui figurait dans son passeport et d'inscrire dans celui-ci son nouveau prénom. On l'avisait que cela ne pouvait se faire qu'en exécution d'une ordonnance émanant d'une juridiction néerlandaise. Le 24 août 1992, elle obtint du tribunal d'arrondissement d'Amsterdam une ordonnance prescrivant la délivrance par le registre des naissances de La Haye d'un certificat de naissance établi sous son nouveau prénom et attestant son appartenance au sexe féminin. L'extrait fut émis le 12 novembre 1992. Dans l'intervalle, le 11 septembre 1992 et sur production de ladite ordonnance, le consulat britannique avait délivré à la requérante un nouveau passeport libellé sous ses nouveaux prénom et sexe.

24. Le 15 novembre 1992, l'intéressée demanda que l'original de son acte de naissance au Royaume-Uni fût modifié de manière à attester son appartenance au sexe féminin. Par une lettre datée du 20 novembre 1992, l'Office des recensements de population et des études démographiques (*Office of Population Censuses and Surveys* – OPCS) répondit que le droit britannique ne comportait aucune disposition permettant l'inscription de nouveaux renseignements sur l'acte de naissance originaire.

25. La requérante se dit contrainte de vivre en exil à cause de la situation juridique prévalant au Royaume-Uni. Elle a un partenaire qu'elle compte épouser et affirme qu'ils souhaiteraient mener leur vie de couple marié au Royaume-Uni mais que l'OPCS l'a avisée, par une lettre datée du 4 novembre 1993, qu'en droit anglais, si elle devait être considérée comme domiciliée au Royaume-Uni, elle ne pourrait valablement se marier, que le mariage « eût lieu aux Pays-Bas ou ailleurs ».

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Les nom et prénoms

26. En droit anglais, toute personne peut adopter les nom et prénoms de son choix. Ceux-ci sont valables aux fins d'identification et peuvent être utilisés dans les passeports, permis de conduire, cartes de sécurité sociale, cartes d'assurance, etc. Les nouveaux nom et prénoms sont également inscrits sur les listes électorales.

B. Le mariage et la définition du sexe en droit interne

27. En droit anglais, le mariage se définit comme l'union volontaire d'un homme et d'une femme. Dans l'affaire *Corbett v. Corbett* ([1971] *Probate Reports* 83), le juge Ormrod déclara qu'à cet effet le sexe doit se déterminer au moyen des critères chromosomique, gonadique et génital lorsque ceux-ci concordent entre eux, une intervention chirurgicale n'entrant pas en ligne de compte. Cette utilisation des critères biologiques pour déterminer le sexe fut approuvée par la Cour d'appel dans l'affaire *R. v. Tan* ([1983] *Queen's Bench Reports* 1053), où elle se vit conférer une application plus générale, ladite juridiction ayant estimé qu'une personne née de sexe masculin avait à bon droit été condamnée sur le fondement d'une loi punissant les hommes vivant du produit de la prostitution, nonobstant le fait que l'accusée avait suivi une thérapie de conversion sexuelle.

L'article 11 b) de la loi de 1973 sur les affaires matrimoniales répute nul tout mariage où les parties ne sont pas respectivement de sexe masculin et de sexe féminin. Le critère appliqué pour la détermination du sexe des partenaires à un mariage est celui qui fut fixé dans la décision *Corbett v. Corbett* précitée. D'après celle-ci, un mariage entre une personne passée du sexe masculin au sexe féminin et un homme pourrait également être annulé pour cause d'incapacité du transsexuel de consommer le mariage dans le cadre de rapports sexuels normaux et complets (*obiter* du juge Ormrod).

C. Les certificats de naissance

28. L'enregistrement des naissances obéit à la loi de 1953 sur l'enregistrement des naissances et des décès (« la loi de 1953 »). L'article 1 § 1 de celle-ci requiert l'enregistrement de toute naissance par l'officier compétent de l'état civil de la circonscription où l'enfant a vu le jour. Une inscription dans le registre est considérée comme relatant des événements contemporains de la naissance. Ainsi, le certificat de naissance n'atteste pas l'identité au moment présent mais des faits historiques.

29. Le sexe de l'enfant doit être précisé dans l'acte de naissance. La loi n'énonce pas les critères devant servir à le déterminer. La pratique du conservateur consiste à n'utiliser que les critères biologiques (chromosomique, gonadique et génital) dégagés par le juge Ormrod dans l'affaire *Corbett v. Corbett*.

30. La loi de 1953 autorise le conservateur des actes de l'état civil à corriger les erreurs de plume ainsi que les erreurs matérielles. En principe, une rectification ne peut être faite que si l'erreur a eu lieu lors de l'inscription de la naissance. Que le « sexe psychologique » de quelqu'un apparaisse plus tard en contraste avec les critères biologiques précités ne passe pas pour révéler une erreur matérielle dans la mention initiale. Seules une mauvaise identification du sexe apparent et génital de l'enfant ou la non-concordance des critères biologiques entre eux peuvent amener à changer ladite mention ; encore doit-on produire des preuves médicales qui en montrent l'inexactitude. L'erreur ne se trouve pas constituée si l'intéressé subit un traitement médical et chirurgical pour pouvoir assumer le rôle du sexe opposé.

31. Le Gouvernement fait observer que l'utilisation du certificat de naissance à des fins d'identification est découragée par le conservateur en chef et que, depuis un certain nombre d'années, ce document comporte une mention aux termes de laquelle il ne vaut pas preuve de l'identité de la personne qui le présente. Toutefois, les individus sont libres de suivre ou non cette recommandation.

D. La sécurité sociale, l'emploi et les pensions

32. En matière de sécurité sociale et d'emploi, les transsexuels continuent d'être considérés comme des personnes du sexe sous lequel on les a enregistrés à la naissance. Une personne passée du sexe masculin au sexe féminin ne peut dès lors bénéficier d'une pension de l'Etat qu'à l'âge de soixante-cinq ans, et non à l'âge de soixante ans, applicable aux femmes.

E. Autres éléments pertinents

33. Dans l'arrêt rendu par elle le 30 avril 1996 dans l'affaire P. contre S. et Cornwall County Council, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a considéré qu'une discrimination fondée sur le changement de sexe équivalait à une discrimination fondée sur le sexe et a conclu, en conséquence, que l'article 5 § 1 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail s'opposait au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle. Rejetant l'argument du gouvernement britannique

selon lequel l'employeur aurait également licencié P. si cette dernière avait été antérieurement une femme et avait subi une opération pour devenir un homme, la CJCE a estimé que

« (...) Lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération.

Tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger. » (paragraphe 21-22)

34. La décision de la CJCE a été appliquée par la Cour du travail (*Employment Appeal Tribunal*) dans une décision du 27 juin 1997 (*Chessington World of Adventures Ltd v. Reed* [1997] 1 *Industrial Law Reports*).

F. Les observations de Liberty

35. Dans ses observations écrites sur la reconnaissance juridique des transsexuels en droit comparé (paragraphe 6 ci-dessus), Liberty affirme qu'au cours de la dernière décennie on a pu constater, dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, une tendance parfaitement claire vers la pleine reconnaissance juridique des changements de sexe. D'après l'étude menée par Liberty, la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe ont à l'heure actuelle des règles juridiques assurant pareille reconnaissance. A titre d'exemple, des trente-sept pays étudiés, quatre seulement (parmi lesquels le Royaume-Uni) n'autorisent pas la modification de l'acte de naissance d'une manière ou d'une autre afin qu'il reflète le nouveau sexe de la personne concernée.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

36. M^{lle} Sheffield a saisi la Commission le 4 août 1993. Elle voyait dans le refus par l'Etat défendeur de reconnaître juridiquement sa condition de femme à la suite de sa conversion sexuelle une violation des articles 8, 12 et 14 de la Convention, et dénonçait l'absence, contraire à l'article 13, de recours effectif pour ses griefs. Elle se plaignait également d'avoir été contrainte par des méthodes sournoises de divorcer, et empêchée d'entretenir des contacts avec sa fille.

Le 19 janvier 1996, la Commission a retenu la requête (n° 22985/93), sauf pour ce qui est du grief concernant le divorce et l'interdiction pour la requérante d'avoir des contacts avec sa fille, partie qu'elle avait déclarée irrecevable le 4 septembre 1995 pour non-respect du délai de six mois fixé

par la Convention. Dans son rapport du 21 janvier 1997 (article 31), elle formule l'avis qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention (quinze voix contre une), que le grief énoncé par la requérante sur le terrain de l'article 12 ne soulève aucune question distincte (neuf voix contre sept), qu'il en va de même de celui énoncé sous l'angle de l'article 14 (unanimité) et qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 (unanimité).

37. M^{lle} Horsham a saisi la Commission le 4 août 1993. Elle estimait que le refus par l'Etat défendeur de reconnaître juridiquement sa condition de femme à la suite de sa conversion sexuelle emportait violation des articles 3, 8, 12, 13 et 14 de la Convention, et que ce qu'elle qualifiait d'expulsion de la part de l'Etat défendeur était contraire à l'article 3 du Protocole n° 4.

Le 19 janvier 1996, la Commission a retenu la requête (n° 23390/94), sauf pour ce qui est des griefs tirés de l'article 3 de la Convention et de l'article 3 du Protocole n° 4, qu'elle avait déclarés irrecevables le 4 septembre 1995. Dans son rapport du 21 janvier 1997 (article 31), elle formule l'avis qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention (quinze voix contre une), que le grief énoncé par la requérante sur le terrain de l'article 12 ne soulève aucune question distincte (dix voix contre six), qu'il en va de même de celui énoncé sous l'angle de l'article 14 (unanimité) et qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 (unanimité).

38. Le texte intégral de ses avis relatifs aux deux affaires et des opinions dissidentes dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt¹.

CONCLUSIONS PRÉSENTÉES À LA COUR

39. Dans leur mémoire conjoint, les requérantes invitent la Cour à décider et déclarer que les faits de l'espèce révèlent une violation des droits à elles garantis par l'article 8 de la Convention et/ou par l'article 14 combiné avec l'article 8, et à leur accorder une satisfaction équitable au titre de l'article 50.

Dans le sien, le Gouvernement demande à la Cour de décider et déclarer que les faits ne révèlent aucune violation des droits des requérantes.

1. *Note du greffier* : pour des raisons d'ordre pratique il n'y figurera que dans l'édition imprimée (*Recueil des arrêts et décisions 1998*), mais chacun peut se le procurer auprès du greffe.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

40. Les requérantes soutiennent que l'omission par l'Etat défendeur de reconnaître sur le plan juridique qu'elles sont de sexe féminin emporte violation de leur droit au respect de leur vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention, qui énonce :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

41. La Commission souscrit à la thèse des intéressées. Le Gouvernement conteste qu'il y ait eu violation de l'article 8 en l'espèce.

1. Arguments des comparants

a) Les requérantes

42. Les requérantes affirment qu'en droit anglais elles continuent d'être réputées de sexe masculin, ce qui leur porterait préjudice. La non-reconnaissance sur le plan juridique de leur nouveau sexe aurait des répercussions graves sur la manière dont elles mènent leur vie, les obligeant à fréquemment s'identifier, dans des contextes publics, comme appartenant à un sexe auquel elles ont renoncé. Cela constituerait une source de souffrance et de détresse profondes et un affront à leur dignité. Les expériences vécues par M^{lle} Sheffield (paragraphe 16–20 ci-dessus) illustreraient de façon convaincante les inconvénients très sérieux auxquels se heurtent les transsexuels opérés, ainsi que la manière dont la situation juridique actuelle emporte des conséquences négatives sur leur vie privée, allant jusqu'à les exposer au risque de sanctions pénales pour parjure. De son côté, M^{lle} Horsham affirme qu'elle a dû renoncer à résider au Royaume-Uni afin d'éviter les difficultés que lui valait là-bas sa situation de transsexuelle.

43. Les deux requérantes déplorent que le droit de l'Etat défendeur continue de se fonder sur une approche restrictive et purement biologique de la détermination du sexe des personnes (paragraphe 27 et 29 ci-dessus).

Elles estiment qu'il y a lieu aujourd'hui de remettre en cause la pertinence de cette démarche à la lumière des découvertes médicales récentes, qui démontreraient de manière convaincante que le sexe cérébral d'une personne doit également être considéré comme l'un des indices déterminants de son appartenance sexuelle. D'après le professeur L.J.G. Gooren, autorité distinguée et reconnue en la matière, l'aptitude du cerveau à distinguer entre le sexe masculin et le sexe féminin survient chez l'être humain entre trois et quatre ans. Un problème se pose si le cerveau identifie le sexe d'une manière contradictoire par rapport à la nature des organes génitaux externes. Ce dysfonctionnement expliquerait les sensations qu'éprouvent les transsexuels, telles les requérantes, au sujet de leurs corps.

44. La persistance du droit anglais à utiliser des critères purement biologiques pour déterminer le sexe entraînerait l'impossibilité pour les requérantes de faire modifier le registre des naissances de manière à y faire figurer leur nouveau sexe. Les intéressées contestent la thèse officielle selon laquelle il ne serait pas possible, sauf en cas d'erreur de plume ou d'erreur matérielle, de modifier ou de mettre à jour les faits consignés dans le registre. Elles signalent des cas où celui-ci a été amendé de façon à tenir compte du changement de sexe d'une personne et soutiennent que s'il est possible de mettre le registre à jour en cas d'adoption, il doit également être faisable de le modifier dans les cas de changement de sexe.

45. Les requérantes rappellent que, dans son arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 (série A n° 106, pp. 18–19, § 47), la Cour a déclaré que l'Etat défendeur devait se livrer à un examen constant de la nécessité de mesures juridiques appropriées en matière de transsexualisme, eu égard notamment à l'évolution de la science et de la société, opinion réitérée dans l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 (série A n° 184, p. 17, § 41). Nonobstant les nouvelles découvertes médicales en matière de transsexualisme (paragraphe 43 ci-dessus) et la tendance croissante, au niveau de l'Union européenne et parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe, à reconnaître juridiquement le changement de sexe des transsexuels opérés (paragraphe 33–35 ci-dessus), l'Etat défendeur n'aurait toujours pas procédé à un réexamen de son droit interne dans ce domaine.

b) Le Gouvernement

46. Le Gouvernement rétorque que l'article 8 de la Convention n'oblige pas un Etat contractant à reconnaître d'une manière générale sur le plan juridique la nouvelle identité sexuelle d'un individu ayant subi une opération de conversion sexuelle. Se référant aux arrêts *Rees* et *Cossey* précités, il soutient qu'un Etat contractant jouit à juste titre d'une ample marge d'appréciation pour ce qui est des obligations positives découlant de l'article 8, spécialement en matière de transsexualisme, où il n'existe pas un consensus suffisamment large au sein des Etats membres sur la manière d'aborder les questions juridiques, éthiques, scientifiques et sociales

complexes qui se posent. Il affirme que les conclusions du professeur Gooren sur la notion de sexe psychologique d'un individu (paragraphe 43 ci-dessus) ne peuvent passer pour le dernier mot sur la question et requièrent des vérifications complémentaires (voir, par exemple, l'article publié par S.M. Breedlove le 2 novembre 1995 dans le numéro 378 de la revue *Nature*, p. 15). Il estime que n'est pas davantage décisif l'arrêt rendu par la Cour européenne de justice dans l'affaire P. contre S. et Cornwall County Council, que les requérantes invoquent au soutien de leur thèse selon laquelle il existe, à l'échelon européen, un large consensus sur la nécessité de reconnaître juridiquement la situation des transsexuels. Ladite affaire ne concernerait pas la condition juridique des transsexuels. De surcroît, beaucoup des éléments comparatifs soumis par Liberty auraient déjà été examinés par la Cour à l'époque de son arrêt Rees.

47. Le Gouvernement soutient par ailleurs que les requérantes n'ont produit aucune preuve attestant qu'elles subissent dans leur vie quotidienne de graves inconvénients d'ordre pratique qui autoriseraient à conclure que les autorités ont excédé leur marge d'appréciation. Les requérantes ne sont obligées de révéler leur ancien sexe qu'en de rares occasions, et seulement pour de bonnes raisons. De plus, permettre la modification de leur acte de naissance de manière à leur fournir une preuve officielle de leur nouvelle identité sexuelle nuirait à la fonction du registre des naissances, qui est de relater des événements historiques. De même, il y aurait lieu de tenir compte des conséquences pour les libertés civiles de la création d'une possibilité de faire consigner dans le registre les changements de sexe.

48. Sur la base de ces considérations, le Gouvernement conclut que tout inconvénient pouvant être subi par les requérantes n'est pas de nature à rompre le juste équilibre qu'il y a lieu de ménager entre les intérêts généraux de la communauté et les leurs propres.

c) La Commission

49. La Commission estime que si elles ne sont pas en butte à une humiliation et à une gêne quotidiennes, les requérantes n'en sont pas moins exposées à un risque réel et continu de se voir poser des questions indiscrettes et pénibles et de devoir faire des révélations embarrassantes. Le cas de M^{lle} Sheffield montrerait que ce risque n'est pas purement théorique.

50. La Commission tient compte en particulier de la tendance claire dans les systèmes juridiques européens à reconnaître juridiquement les changements de sexe. Elle juge également significatif que la profession médicale ait abouti à un consensus pour considérer que le transsexualisme constitue un état médical identifiable – la dysphorie sexuelle – à l'égard duquel un traitement de conversion sexuelle est admissible du point de vue éthique, peut être recommandé pour améliorer la qualité de vie des personnes concernées et est même pris en charge par la sécurité sociale dans certains Etats membres. Eu égard à cette évolution, les craintes du

Gouvernement concernant les difficultés qu'il y aurait à intégrer le phénomène du transsexualisme dans les cadres juridiques existants ne sauraient se voir conférer un poids décisif. Pour la Commission, il serait possible de trouver des voies appropriées permettant de reconnaître juridiquement pour l'avenir les conversions sexuelles sans pour autant détruire la nature historique du registre des naissances. Dès lors, les préoccupations énoncées par le Gouvernement ne suffiraient pas, même eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose en la matière, à prendre le pas sur les intérêts des requérantes, et il y aurait donc eu violation de l'article 8 de la Convention.

2. *L'appréciation de la Cour*

51. La Cour observe qu'il n'est pas contesté que les griefs des requérantes doivent être examinés sous l'angle de la question de savoir si l'Etat défendeur est ou non resté en défaut de s'acquitter de l'obligation positive de garantir aux intéressées le droit au respect de leur vie privée. Il n'a pas été prétendu que constitue une « ingérence » l'omission par les autorités de reconnaître à des fins juridiques la nouvelle condition des requérantes, notamment en modifiant le registre des naissances de manière qu'il reflète leur nouvelle identité sexuelle ou en leur délivrant des extraits dont le contenu et la nature diffèrent des mentions inscrites à l'époque de leur naissance.

Comme dans les affaires Rees et Cossey précitées, la thèse formulée par les requérantes devant la Cour n'est pas que l'Etat défendeur doive s'abstenir d'agir à leur détriment mais qu'il est resté en défaut d'adopter des mesures positives pour modifier un système dont le fonctionnement leur porterait préjudice. Aussi la Cour examinera-t-elle l'affaire sur cette base.

52. Elle rappelle que la notion de « respect » manque de netteté, surtout pour les obligations positives qui lui sont inhérentes ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les Etats contractants. Pour déterminer s'il existe une telle obligation, il faut prendre en compte – souci sous-jacent à la Convention tout entière – le juste équilibre à aménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (arrêts Rees, p. 15, § 37, et Cossey, p. 15, § 37, précités).

53. Il échet de noter qu'en appliquant le principe ci-dessus dans les affaires Rees et Cossey la Cour a conclu qu'il ne pesait sur le même Etat défendeur aucune obligation positive de modifier son système d'enregistrement des naissances de manière à donner aux intéressés le droit de faire mettre à jour ou annoter ledit registre afin qu'y figure leur nouvelle identité sexuelle, ou le droit de se voir délivrer une copie de leur acte de naissance ou une forme abrégée de celui-ci excluant toute référence à leur sexe actuel ou à celui qui était le leur à la naissance.

Bien que les requérantes en l'espèce aient formulé leurs griefs en des termes plus amples que M. Rees et M^{lle} Cossey, puisqu'elles prétendent que les droits que leur garantit l'article 8 de la Convention ont été violés du fait de l'omission par l'Etat défendeur de reconnaître d'une manière générale leur nouveau sexe sur le plan juridique, il n'en reste pas moins que la substance desdits griefs concerne la persistance des autorités à déterminer le sexe exclusivement d'après des critères biologiques et à proclamer l'immutabilité des informations relatives au sexe une fois celles-ci consignées dans le registre des naissances.

54. Pour défendre le système actuel d'enregistrement des naissances, le Gouvernement invoque, une fois de plus, les motifs d'intérêt général dont la Cour avait admis dans ses arrêts Rees et Cossey qu'ils justifiaient le maintien d'un registre des naissances destiné à relater des faits historiques et ne pouvant être modifié de manière à indiquer le changement de sexe d'une personne ni donner lieu à la délivrance d'extraits ne contenant aucune indication du sexe de la personne concernée tel qu'il figure au registre (voir, en particulier, l'arrêt Cossey, pp. 15–16, §§ 38 et 39). Il excipe également de l'ample marge d'appréciation dont jouiraient les Etats en ce qui concerne le traitement à réserver sur le plan juridique aux transsexuels opérés. Les requérantes estiment que cette défense n'est plus de mise, eu égard au caractère marqué de l'évolution scientifique et juridique et aux inconvénients manifestes qu'emporte pour leur situation personnelle le maintien du système actuel, tous éléments qui, à leur sens, font pencher la balance non plus du côté des considérations d'intérêt général mais plutôt en faveur de la nécessité d'adopter des mesures propres à sauvegarder leurs intérêts à elles.

55. La Cour relève qu'elle avait estimé dans son arrêt Cossey qu'aucun progrès scientifique significatif n'avait été accompli en matière de transsexualisme dans la période postérieure à son arrêt Rees qui l'eût obligée à s'écarter de celui-ci. Elle confirma par la suite cette opinion dans son arrêt B. c. France du 25 mars 1992 (série A n° 232-C), dans lequel elle fit observer que toute incertitude n'avait pas disparu quant à la nature profonde du transsexualisme et que l'on s'interrogeait parfois sur la licéité d'une intervention chirurgicale en pareil cas (p. 49, § 48). Quant à l'évolution juridique postérieure à l'arrêt Cossey, la Cour précisa dans son arrêt B. qu'il ne régnait pas encore entre les Etats membres du Conseil de l'Europe un consensus assez large sur la manière de traiter une série de questions juridiques complexes posées par les changements de sexe.

56. La Cour estime que les requérantes n'ont pas démontré que depuis l'arrêt Cossey, en 1990, il y ait eu, dans le domaine de la science médicale, de quelconques découvertes propres à dissiper de manière concluante les doutes concernant les causes du transsexualisme. Si les recherches menées par le professeur Gooren au sujet du rôle du cerveau dans le conditionnement du transsexualisme peuvent passer pour une contribution

importante au débat en la matière (paragraphe 43 ci-dessus), on ne peut considérer que les thèses dudit savant bénéficient du soutien universel de la profession médico-scientifique. En conséquence, l'attitude des autorités de l'Etat défendeur, qui se refusent pour l'heure à admettre que le sexe cérébral constitue un déterminant essentiel du sexe d'un individu, ne saurait être critiquée comme déraisonnable. La Cour ajoute que, comme à l'époque de l'adoption de l'arrêt Cossey, il demeure toujours établi qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé, nonobstant les progrès scientifiques en matière de procédures de conversion sexuelle.

57. Quant à l'évolution juridique dans ce domaine, la Cour a examiné l'étude comparative soumise par Liberty (paragraphe 35 ci-dessus). Elle n'est toutefois pas entièrement persuadée que les tendances législatives dépeintes par Liberty suffisent à établir l'existence d'une quelconque démarche européenne commune relativement à la manière d'aborder les problèmes soulevés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés. En particulier, il ne ressort pas de l'étude qu'il y ait aujourd'hui un quelconque consensus sur la manière de traiter les répercussions que la reconnaissance juridique des changements de sexe peut avoir dans d'autres domaines du droit tels le mariage, la filiation, la protection de la vie privée ou des données, ou les circonstances dans lesquelles un transsexuel peut être obligé par la loi à révéler son ancien sexe.

58. Aussi la Cour n'est-elle pas convaincue de la nécessité de s'écarter de ses arrêts Rees et Cossey et de conclure, sur la base uniquement de l'évolution scientifique et juridique, que l'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation pour défendre son refus persistant de reconnaître juridiquement le nouveau sexe des transsexuels opérés. Pour la Cour, le transsexualisme continue de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants (arrêt X, Y et Z c. Royaume-Uni du 22 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, p. 635, § 52).

59. La Cour n'est pas davantage persuadée que le parcours personnel des requérantes démontre que la non-reconnaissance par les autorités de leur nouveau sexe leur cause des inconvénients d'une gravité suffisante pour que l'on puisse considérer qu'il y a dépassement de la marge d'appréciation de l'Etat en la matière (voir, *a contrario*, l'arrêt B. c. France précité). On ne saurait nier que les incidents évoqués par M^{lle} Sheffield aient été source d'embarras et de détresse pour elle, ni que M^{lle} Horsham, si elle devait retourner au Royaume-Uni, courrait également le risque d'avoir, en certaines occasions, à s'identifier sous son ancien sexe. Cela dit, il y a lieu de reconnaître qu'il peut y avoir parfois de bonnes raisons d'inviter un individu à fournir la preuve de son sexe ou ses antécédents médicaux. Il en

va certainement ainsi en matière de contrats d'assurance-vie, qui sont *uberrimae fidei*. Cela peut également être le cas en matière d'assurance-automobile, où l'assureur peut avoir à prendre en considération le sexe du conducteur afin de pouvoir se livrer à une évaluation actuarielle du risque. Par ailleurs, il paraît justifié qu'une juridiction vérifie si une personne a des antécédents judiciaires, sous son identité actuelle ou sous l'ancienne, avant de l'accepter comme caution pour un accusé en matière pénale. Toutefois, indépendamment de ces considérations, les situations dans lesquelles les requérantes peuvent avoir à divulguer leur ancien sexe ne se produisent pas avec une fréquence telle que l'on puisse estimer qu'elles portent une atteinte disproportionnée aux droits des intéressées au respect de leur vie privée. La Cour observe également que l'Etat défendeur s'est efforcé, dans une certaine mesure, de minimiser les risques pour les transsexuels de se voir poser des questions embarrassantes concernant leur sexe en leur permettant d'obtenir des permis de conduire, des passeports et d'autres types de documents officiels établis sous leurs nouveaux prénoms et sexe, et que l'utilisation des certificats de naissance comme moyen d'identification est officiellement découragée (paragraphe 26 et 31 ci-dessus).

60. Étant parvenue à ces conclusions, la Cour ne peut que relever que, nonobstant ce qu'elle avait dit dans ses arrêts Rees et Cossey au sujet de l'importance d'examiner de manière permanente la nécessité de mesures juridiques appropriées en la matière, eu égard en particulier à l'évolution de la science et de la société (voir respectivement pp. 18–19, § 47, et p. 41, § 42), il apparaît que l'Etat défendeur n'a adopté aucune mesure en ce sens. Le fait qu'un transsexuel puisse obtenir un permis de conduire ou un passeport libellés sous sa nouvelle identité sexuelle ou qu'il puisse changer de prénom ne constitue pas une nouveauté. Ces possibilités existaient déjà à l'époque de l'affaire Rees. S'il ne s'est pas produit depuis l'arrêt Cossey une évolution scientifique significative permettant d'aboutir à une conclusion ferme sur l'étiologie du transsexualisme, il n'en reste pas moins que l'on constate une augmentation de l'acceptation sociale du phénomène et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels ont à faire face les transsexuels opérés. Même si elle ne constate aucune violation de l'article 8 en l'espèce, la Cour réaffirme que cette question doit donner lieu à un examen permanent de la part des Etats contractants.

61. Pour les raisons qui précèdent, la Cour estime que les requérantes n'ont pas établi qu'il pesait sur l'Etat défendeur une obligation positive, découlant de l'article 8 de la Convention, de reconnaître juridiquement leur nouveau sexe. En conséquence, il n'y a pas eu violation de cette disposition en l'espèce.

II. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 12 DE LA CONVENTION

62. Les requérantes soutiennent qu'un mariage contracté avec un homme par un transsexuel opéré passé du sexe masculin au sexe féminin serait nul en droit anglais, pareille personne étant toujours considérée sur le plan juridique comme appartenant au sexe masculin. Si devant la Cour elles ont traité du préjudice qu'elles disent avoir subi en rapport avec leur droit au mariage, dans le contexte de leur grief plus général fondé sur l'article 8 de la Convention devant la Commission elles ont invoqué l'article 12 de la Convention, qui énonce :

« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

63. M^{lle} Horsham, en particulier, affirme avoir l'intention d'épouser un partenaire de sexe masculin aux Pays-Bas, où son mariage serait réputé valide. Elle craint toutefois de ne pouvoir s'établir par la suite au Royaume-Uni, dès lors qu'il n'est pas certain que les tribunaux anglais reconnaîtraient la validité du mariage. Cette situation la forcerait à vivre exilée du Royaume-Uni sa vie de femme mariée.

64. Le Gouvernement soutient que les droits garantis aux requérantes par l'article 12 de la Convention n'ont pas été méconnus et invite la Cour à faire sienne cette thèse sur la base du raisonnement qui l'avait amenée à conclure à l'absence de violation de ladite disposition dans les affaires Rees et Cossey précitées. Quant à la situation de M^{lle} Horsham, il fait valoir en outre que l'intéressée n'a jamais cherché à faire examiner la validité du mariage qu'elle se propose de contracter, laquelle pourrait bien être reconnue par les tribunaux anglais en application des règles du droit international privé. En conséquence, l'intéressée devrait être réputée ne pas avoir épuisé les voies de recours internes pour ce qui est de ce grief.

65. La Commission estime que les allégations des requérantes ne soulèvent aucune question distincte sur le terrain de l'article 12 de la Convention eu égard à la substance de leurs doléances tirées de l'article 8.

66. La Cour rappelle qu'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. En outre, l'article 12 le précise, ce droit obéit aux lois nationales des Etats contractants pour ce qui concerne son exercice. Les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même, mais on ne saurait attribuer un tel effet à l'empêchement apporté au Royaume-Uni au mariage de personnes n'appartenant pas à des sexes biologiques différents (arrêt Rees précité, p. 19, §§ 49 et 50).

67. La Cour rappelle en outre qu'elle a jugé dans son arrêt *Cossey* (p. 18, § 46) que l'attachement au concept traditionnel de mariage qui sous-tend l'article 12 de la Convention fournissait un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage, cette matière relevant du pouvoir dont jouissent les Etats contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier.

68. A la lumière des considérations qui précèdent, la Cour estime que l'impossibilité pour chacune des requérantes de contracter valablement mariage sous le régime du droit de l'Etat défendeur, compte tenu des conditions imposées par la loi de 1973 sur les affaires matrimoniales (paragraphe 27 ci-dessus), ne peut passer pour constituer une violation de l'article 12 de la Convention.

69. La Cour n'est pas persuadée que le grief de M^{lle} Horsham soulève une question relevant de l'article 12 qui engage la responsabilité de l'Etat défendeur. Il se rapporte en effet à la reconnaissance par ledit Etat d'un mariage contracté à l'étranger par un transsexuel opéré plutôt qu'aux règles régissant le droit de se marier des individus placés sous la juridiction dudit Etat. Quoi qu'il en soit, M^{lle} Horsham n'a pas fourni la moindre preuve de son intention d'établir son domicile matrimonial au Royaume-Uni et de vivre dans ce pays sa vie de femme mariée. De surcroît, il n'est pas possible de prédire avec certitude quelle serait l'issue de l'affaire si la validité dudit mariage venait à être examinée par les tribunaux anglais.

70. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 12.

III. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINE AVEC L'ARTICLE 8

71. Les requérantes se disent victimes d'une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. L'article 14 est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

72. Les intéressées affirment que seuls les transsexuels sont obligés de se décrire fréquemment et en public comme appartenant à un sexe qui ne correspond pas à leur apparence extérieure. La discrimination dont elles souffriraient par comparaison soit avec les autres membres de la société soit avec les autres femmes n'ayant pas subi d'opération de conversion sexuelle serait gênante et source d'une détresse et d'un embarras profonds. Le droit continuant de les considérer comme des personnes de sexe masculin, elles seraient victimes d'une discrimination fondée sur le sexe eu égard aux inconvénients que, à la différence des hommes, elles subissent lorsqu'elles

ont à divulguer leur ancien sexe. Leur situation juridique désavantageuse se répercuterait sur des aspects intimes de leur vie privée, et ce d'une manière disproportionnée ne pouvant être justifiée par une invocation de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur sur le terrain de l'article 14 de la Convention.

73. Le Gouvernement affirme que les requérantes bénéficient du même traitement juridique que toute autre personne ayant subi une opération de conversion sexuelle. En tout état de cause, toute différence de traitement pouvant être constatée par les intéressées lorsqu'elles se comparent à d'autres personnes pourrait être justifiée sur la base des raisons invoquées par le Gouvernement pour réfuter les griefs tirés de l'article 8 de la Convention.

74. La Commission estime que lesdites doléances des requérantes ne soulèvent aucune question distincte, eu égard aux conclusions auxquelles elle est parvenue en ce qui concerne leurs allégations sur le terrain des articles 8 et 12 de la Convention.

75. La Cour rappelle que l'article 14 protège contre la discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention. Toute différence de traitement n'emporte toutefois pas automatiquement violation de cet article. Il faut établir que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel et que cette distinction ne trouve aucune justification objective ou raisonnable.

Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure les différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique (arrêt *Stubbings et autres c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, *Recueil* 1996-IV, p. 1507, § 72).

76. La Cour a déjà conclu que l'Etat défendeur n'avait pas excédé sa marge d'appréciation en ne reconnaissant pas sur le plan juridique le nouveau sexe des transsexuels opérés. Si elle est arrivée à cette conclusion, c'est qu'elle est convaincue qu'un juste équilibre continue d'être ménagé entre la nécessité de sauvegarder les intérêts de transsexuels comme les requérantes et celle de préserver les intérêts de la communauté en général, et que les situations où les requérantes peuvent avoir à révéler leur ancien sexe ne se produisent pas avec une fréquence telle que l'on pourrait affirmer qu'elles portent atteinte dans une mesure disproportionnée au droit des intéressées au respect de leur vie privée.

Ces considérations, qui sont également englobées dans la notion de « justification raisonnable et objective » aux fins de l'article 14 de la Convention (arrêt *Cossey* précité, p. 17, § 41), doivent également être réputées justifier la différence de traitement réservée aux requérantes, quel que soit le groupe de référence considéré.

77. La Cour conclut donc qu'aucune violation n'a été établie sur ce chef.

IV. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

78. Tant dans leur mémoire qu'à l'audience devant la Cour, les requérantes ont déclaré ne pas souhaiter maintenir les griefs formulés par elles sous l'angle de l'article 13.

79. La Commission a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de ladite clause et le Gouvernement a fait sienne cette conclusion dans son mémoire. Ni le Gouvernement ni la déléguée de la Commission n'ont abordé ce point à l'audience.

80. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour n'estime pas nécessaire de se pencher sur lesdits griefs.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par onze voix contre neuf, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;
2. *Dit*, par dix-huit voix contre deux, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 12 de la Convention ;
- 3.
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 de la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner les griefs tirés par les requérantes de l'article 13 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 30 juillet 1998.

Signé : Rudolf BERNHARDT
Président

Signé : Herbert PETZOLD
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 § 2 de la Convention et 53 § 2 du règlement A, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante commune à MM. De Meyer, Valticos et Morenilla ;
- opinion concordante de Sir John Freeland ;
- opinion en partie dissidente commune à M. Bernhardt, M. Thór Vilhjálmsson, M. Spielmann, M^{me} Palm, M. Wildhaber, M. Makarczyk et M. Voicu ;
- opinion en partie dissidente de M. Casadevall ;
- opinion dissidente de M. van Dijk ;
- déclaration de M. Wildhaber.

Paraphé : R. B.

Paraphé : H. P.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE
A MM. LES JUGES DE MEYER, VALTICOS
ET MORENILLA

I.

Les situations s'écartant de l'ordre normal et naturel des choses ne doivent pas donner lieu à des aberrations en ce qui concerne les droits fondamentaux.

Dans le domaine de ceux-ci, les raisonnements se référant à l'évolution scientifique, juridique ou sociale¹, à la diversité des pratiques et conditions² ou à l'inexistence d'un consensus ou d'une démarche commune³ ne sont pas nécessairement pertinents. Ceux invoquant la prétendue marge d'appréciation des Etats⁴ ne le sont pas du tout. Le bon sens doit suffire.

Par ailleurs, il faut tenir compte des « droits et libertés d'autrui » et des « exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général »⁵ et veiller à ce qu'un juste équilibre soit maintenu entre les intérêts en cause.

II.

Il n'est pas contesté que les actes et certificats de naissance des deux personnes dont il s'agit en l'espèce mentionnent correctement le sexe qu'elles avaient lorsqu'elles vinrent au monde.

Le fait qu'elles aient « changé » de sexe depuis lors ne leur confère aucun droit à ce que leur « nouveau » sexe soit mentionné dans les actes ou certificats de naissance les concernant.

Ce serait une falsification. Ce serait un peu comme si un mari, s'étant mis en ménage avec une autre femme, pouvait exiger que le nom de son épouse soit remplacé, dans son acte de mariage, par celui de sa nouvelle compagne.

Pareillement et pour le même motif, il ne peut être question de corriger les autres documents datant d'avant les opérations subies par les personnes intéressées et mentionnant l'« ancien » sexe de celles-ci.

1. Paragraphes 55 à 58 et 60 de l'arrêt.

2. Paragraphe 52 de l'arrêt.

3. Paragraphes 55, 57 et 58 de l'arrêt.

4. Paragraphes 58, 59, 75 et 76 de l'arrêt.

5. Article 29 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Comme tout autre être humain, un transsexuel doit assumer son passé¹. Il n'a pas à rougir d'avoir voulu changer de sexe et personne n'a à s'en offusquer.

III.

Dans l'état actuel des choses, une conversion sexuelle « n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé »². Tout en supprimant les organes et fonctions propres à l'« ancien sexe », elle ne crée tout au plus que l'apparence du « nouveau sexe ».

Il n'y a donc rien de déraisonnable ou d'arbitraire à ne pas reconnaître en droit l'appartenance des transsexuels opérés à ce « nouveau sexe » et, puisque le mariage implique l'union d'un homme et d'une femme³, à refuser aux transsexuels le droit de se marier avec une personne de leur « ancien » sexe.

Même si le « progrès scientifique » permettait d'acquérir tous les caractères du sexe opposé, il resterait encore à résoudre de graves questions éthiques et juridiques. De telles questions se posent d'ailleurs dès à présent, notamment en ce qui concerne les relations matrimoniales et parentales préexistantes⁴.

Au demeurant, les facilités accordées par l'Etat défendeur aux transsexuels opérés⁵ remédient d'une manière substantielle aux inconvénients de leur situation.

1. Selon les théories du professeur Gooren, qui se décrit lui-même comme « une autorité reconnue » en matière de transsexualisme (annexe 5 du mémoire des requérantes) et qui se trouve être aussi l'un des médecins traitants de Rachel Horsham (annexe 12/5 du même mémoire), la féminité « cérébrale » des requérantes aurait dû déjà s'éveiller à l'âge de trois ou quatre ans (annexe 5 du même mémoire et paragraphe 43 de l'arrêt). Cela n'a pas empêché les requérantes d'épouser chacune une femme, ce qui s'est évidemment passé longtemps après qu'elles eurent atteint cet âge, ni surtout Kristina Sheffield d'être devenue le père d'un enfant.

2. Paragraphe 56 de l'arrêt.

3. C'est ce que constate aussi l'article 12 de la Convention.

4. Lorsqu'en 1986 le ci-devant Ian Sheffield entreprit de se faire opérer, il était marié et père d'une fille (paragraphe 12 et 15 de l'arrêt). Lorsqu'en 1992 le ci-devant Richard Horsham demanda au tribunal d'Amsterdam de faire acter son changement de sexe, il était divorcé (annexe 12/5 du mémoire des requérantes).

5. Paragraphe 59 de l'arrêt.

ARRÊT SHEFFIELD ET HORSHAM

OPINION CONCORDANTE DE Sir John FREELAND, JUGE

(Traduction)

1. Ce n'est qu'après beaucoup d'hésitation et même avec quelque réticence que j'ai voté en faveur du constat de non-violation de l'article 8 de la Convention dans les présentes espèces. Celles-ci ont révélé une gamme plus large qu'il n'avait été démontré à la Cour dans les affaires Rees et Cossey de situations où des difficultés et de l'embarras peuvent, au Royaume-Uni, être causés aux transsexuels opérés. Dans lesdites affaires, dont la seconde a été jugée il y a huit ans déjà (1990), la Cour s'était dite consciente de la gravité des problèmes que rencontraient les transsexuels et du désarroi qui était le leur. Elle avait aussi souligné l'importance qu'il y avait, à ses yeux, de soumettre à un examen constant la nécessité de mesures juridiques appropriées en la matière. Dans les années qui se sont écoulées depuis l'arrêt Cossey, cette nécessité n'a certainement pas diminué. Or en l'espèce, contrairement à ce qu'elle aurait raisonnablement pu attendre, la Cour n'a pu trouver dans les dossiers aucune donnée lui permettant de supposer que l'Etat défendeur eût réellement entrepris quelque action que ce fût à cet égard.

2. D'autre part, essentiellement pour les raisons indiquées aux paragraphes 56 et 57 de l'arrêt, les éléments produits devant la Cour ne m'ont pas convaincu que depuis 1990 il y ait eu une évolution scientifique ou juridique propre à amener la Cour à s'écarter de ses décisions Rees et Cossey et à conclure en l'espèce que, sur la base uniquement de pareille évolution, l'Etat défendeur ne pouvait plus invoquer sa marge d'appréciation pour défendre sa position. Quant à l'éventail des problèmes pratiques pour les requérantes que les présentes affaires ont mis en exergue, malgré mon souci de ne sous-estimer en aucune manière les embarras ou épreuves qu'ils sont susceptibles de provoquer, ils m'ont paru, du point de vue tant de leur probabilité de survenance que de leur gravité, moins préjudiciables que ceux auxquels avait à faire face la requérante dans l'affaire B. c. France, dans laquelle j'avais voté en faveur d'un constat de violation de l'article 8. Les problèmes rencontrés par les requérantes en l'espèce, s'ils méritent la sympathie de la Cour, n'atteignent pas, quoiqu'il s'en faille de peu, un degré de gravité suffisant pour que l'on puisse considérer qu'il y a eu dépassement de la marge d'appréciation de l'Etat.

3. Il n'a pas été facile de peser les différents facteurs et je reconnais que, combinée avec l'évolution s'étant produite ailleurs, l'inaction continue de l'Etat défendeur pouvait parfaitement faire pencher la balance de l'autre côté. J'ai toutefois conclu en définitive qu'eu égard au stade actuel de l'évolution scientifique et juridique ainsi qu'aux circonstances des présentes espèces il ne serait pas juste que la Cour constate aujourd'hui une violation de l'article 8.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE
À M. BERNHARDT, M. THÓR VILHJÁLMSSON,
M. SPIELMANN, M^{me} PALM, M. WILDHABER,
M. MAKARCZYK ET M. VOICU, JUGES

(Traduction)

Une fois de plus, la Cour se trouve confrontée aux problèmes difficiles et profondément humains associés au transsexualisme. En l'espèce, les deux requérantes furent enregistrées à la naissance comme étant de sexe masculin. Toutes deux sont des transsexuelles passées du sexe masculin au sexe féminin après avoir subi – M^{lle} Sheffield au Royaume-Uni, M^{lle} Horsham aux Pays-Bas – une opération de conversion sexuelle. Toutefois, en droit britannique, elles ne sont pas reconnues comme étant de sexe féminin et continuent d'être traitées à de nombreuses fins juridiques comme si elles étaient des hommes.

Toutes deux invoquent l'article 8. En substance, leur grief consiste à dire que dans certaines situations – par exemple lorsqu'il s'agit pour elles de contracter une assurance-voiture, une assurance-logement ou une assurance-vie, de souscrire d'autres types de contrats ou de se porter caution en justice – il leur faut produire un certificat de naissance indiquant leur sexe tel qu'il a été enregistré à la naissance, lequel se trouve en parfaite contradiction avec l'apparence qu'elles ont depuis leur opération de conversion sexuelle. Elles affirment que pareilles situations sont source d'une humiliation, d'une détresse et d'un embarras profonds. Les systèmes de données de la sécurité sociale et de la police les connaissent également sous leur ancien sexe. De surcroît, pour ce qui est de l'âge de la retraite et des droits à pension, le droit continue de les traiter comme des hommes.

Ce n'est pas la première fois que la Cour se trouve saisie de ces problèmes. Dans l'affaire *Rees c. Royaume-Uni* (arrêt du 17 octobre 1986, série A n° 106), elle examina la question du point de vue de savoir si l'article 8 faisait peser sur l'Etat une obligation positive de permettre l'inscription dans le registre des naissances de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés. Elle conclut par douze voix contre trois que, tout bien considéré, on ne pouvait obliger le Royaume-Uni à modifier son système d'enregistrement des naissances de manière qu'il respecte la vie privée du requérant. La Cour n'en avait pas moins déclaré avoir « conscience de la gravité des problèmes que rencontrent [les transsexuels], comme du désarroi qui est le leur » (p. 19, § 47). Rappelant que la Convention devait toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, elle avait déclaré que « la nécessité de mesures juridiques appropriées [devait] donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société » (*ibidem*).

ARRÊT SHEFFIELD ET HORSHAM – OPINION EN PARTIE DISSIDENTE

Dans son arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 (série A n° 184), la Cour eut à connaître pratiquement de la même question et confirma, par une majorité beaucoup plus étroite de dix voix contre huit, la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *Rees*. A cette occasion, elle releva qu'il s'agissait d'un domaine dans lequel les Etats contractants, en raison du peu de convergence entre eux, jouissaient d'une grande marge d'appréciation. Toutefois, là encore, elle souligna l'importance de soumettre à un examen permanent la nécessité de mesures appropriées en la matière (paragraphe 42). Par contre, dans l'affaire *B. c. France* (arrêt du 25 mars 1992, série A n° 232), la Cour, tout en confirmant ses arrêts *Rees* et *Cossey*, estima que les inconvénients plus graves dont les transsexuels opérés étaient victimes en droit français emportaient violation de l'article 8 de la Convention.

Nous avons la conviction que, dans la période de presque douze ans qui s'est écoulée depuis l'arrêt *Rees*, une évolution importante a eu lieu dans ce domaine. Or, nonobstant ces changements et les avertissements précités, le droit britannique n'a absolument pas changé. La situation juridique des transsexuels n'a pas été corrigée.

D'après nous, le juste équilibre inhérent à la Convention exige que soit protégé le droit au respect de la vie privée des transsexuels.

Déjà à l'époque de l'arrêt *Cossey*, des changements substantiels s'étaient produits dans de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe – quatorze d'après l'opinion dissidente émise par le juge Martens dans ladite affaire. Ledit arrêt s'était également référé à la résolution adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 1989 et à la Recommandation 1117 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, du 26 septembre 1989 – toutes deux visant à encourager l'harmonisation des lois et pratiques en la matière. De fait, depuis les arrêts *Rees* et *Cossey*, on assiste, dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, à une tendance toujours croissante à adopter des règles permettant d'amender les actes de naissance de façon qu'ils reconnaissent, sous une forme ou sous une autre, la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés. Aujourd'hui, d'après les informations soumises par Liberty en l'espèce, vingt-trois Etats membres (sur les trente-sept couverts par l'enquête) permettent de telles inscriptions dans les actes de naissance pour les transsexuels opérés, et seuls quatre pays (l'Albanie, Andorre, l'Irlande et le Royaume-Uni) interdisent expressément tout changement. La situation dans les Etats restants n'est pas claire.

En eux-mêmes, ces chiffres – sans qu'il faille entrer dans le détail des différences entre les législations concernées – démontrent de manière convaincante que les problèmes des transsexuels sont traités avec respect et dignité par un grand nombre d'Etats parties à la Convention. Nous ne croyons pas que la Cour doive attendre que l'ensemble des Etats

contractants aient modifié leur droit en ce sens avant de décider que l'article 8 fait peser une obligation positive d'introduire des réformes. La Convention devant s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, une évolution suffisamment importante s'est produite à ce jour en Europe pour que l'on puisse défendre cet argument (voir l'évolution moins marquée du droit relatif à la filiation maternelle que la Cour avait jugée convaincante dans son arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 18–20, §§ 40–41).

Nous admettons que, comme la Cour le fait observer au paragraphe 58 de son arrêt, le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants. Toutefois, cela signifie seulement que la reconnaissance juridique des changements de sexe – ou les répercussions des changements de sexe dans les domaines du droit tels le mariage, la filiation, la vie privée, l'adoption, etc. – prend des formes diverses dans les différents Etats. Mais comment attendre de l'uniformité dans un domaine aussi complexe, où les changements juridiques se font nécessairement dans le contexte des traditions et de la culture de chaque Etat ? Toutefois, l'essentiel c'est que dans ces pays, à la différence du Royaume-Uni, des changements – dont la forme précise importe peu – ont été réalisés afin d'atténuer la détresse et la souffrance des transsexuels opérés, et qu'il existe en Europe une tendance générale à reconnaître d'une manière ou d'une autre les changements d'identité sexuelle des transsexuels opérés. C'est ce qu'a récemment confirmé la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *P. contre S. et Cornwall County Council*, où elle a estimé qu'une discrimination fondée sur le changement de sexe équivalait à une discrimination fondée sur le sexe aux fins de la législation communautaire en matière d'égalité au travail.

Deuxièmement, nous hésitons à faire nôtre ce que la Cour dit aux paragraphes 55 et 56 de son arrêt, à savoir qu'aucun progrès scientifique significatif n'a été accompli en matière de transsexualisme qui l'obligerait à s'écarter de ses décisions antérieures. Ce que nous critiquons, ce n'est pas la déclaration selon laquelle les recherches menées par le professeur Gooren au sujet du rôle du cerveau dans le conditionnement du transsexualisme ne font pas l'unanimité dans le monde scientifique, mais le fait que la démarche de la Cour omet de tenir compte de l'acceptation par la profession médicale de la dysphorie sexuelle comme état médical reconnu pouvant être amélioré par une opération de conversion sexuelle. A son tour, cette évolution a entraîné dans la société une tolérance beaucoup plus grande à l'égard de la condition des transsexuels et une acceptation de celle-ci, comme en témoigne la facilité avec laquelle les médecins recommandent pareilles opérations et le fait que les frais en sont souvent assumés par les services de sécurité sociale des différents pays, comme ce fut au demeurant

le cas pour les requérantes en l'espèce. Aussi estimons-nous que, parallèlement à la tendance croissante de faire intervenir le législateur à opérer des modifications législatives, il s'est développé une acceptation médicale et sociale croissante du phénomène.

On ne saurait se contenter, en guise de réponse à cette évolution importante, d'une déclaration selon laquelle la communauté scientifique est incapable de se mettre d'accord sur l'explication des causes du transsexualisme ou que la chirurgie n'est pas en mesure – et que peut-être elle ne le sera jamais – de mener à un changement du sexe biologique. Le respect des droits à l'intimité de la vie privée ne doit pas dépendre des sciences exactes, ainsi que les tendances législatives et sociales évoquées ci-dessus le démontrent. Ce qui est hors de doute, c'est que la voie douloureuse et éprouvante de la chirurgie de conversion sexuelle peut conduire à une amélioration de l'état médical des personnes concernées.

A la lumière de l'évolution des attitudes en Europe à l'égard de la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés, nous sommes convaincus que la marge d'appréciation traditionnellement réservée aux Etats en la matière ne peut plus leur servir pour défendre des politiques qui conduisent inévitablement à des intrusions embarrassantes et blessantes dans la vie privée des personnes concernées. Si l'Etat peut faire des exceptions pour les permis de conduire, les passeports et les enfants adoptifs (paragraphe 16 et 44 de l'arrêt), des solutions peuvent être trouvées qui respectent la dignité et l'intimité de la vie privée des transsexuels opérés. Ainsi que la Commission l'a fait observer, il doit être possible de trouver des voies appropriées permettant de reconnaître juridiquement pour l'avenir les conversions sexuelles sans pour autant détruire la nature historique du registre des naissances. Il est pertinent à cet égard que les requérantes ne réclament pas l'effacement complet à toutes fins juridiques de leur identité sexuelle antérieure. Bref, protéger les intéressés contre le risque d'être obligés de faire des révélations embarrassantes quant à leur identité sexuelle n'implique pas nécessairement une refonte aussi complète du système d'enregistrement des naissances qu'on l'avait cru dans les arrêts Rees et Cossey. La marge d'appréciation peut jouer d'une manière plus large pour ce qui est des modalités de reconnaissance juridique retenues par les Etats.

Les requérantes en l'espèce ont subi, à la suite de conseils médicaux appropriés, une opération de conversion sexuelle douloureuse et pénible. Cela a sans aucun doute constitué pour elles une dure épreuve et a même entraîné, dans le cas de M^{lle} Sheffield, la dislocation de ses liens personnels. Lorsqu'il leur arrive de devoir prouver leur identité, elles se trouvent placées dans une situation où il leur faut choisir entre taire leur nouveau sexe – ce qui peut ne pas être possible ou légal – ou révéler la vérité et devoir faire face à des réactions humiliantes, voire hostiles. Il n'est plus

ARRÊT SHEFFIELD ET HORSHAM – OPINION EN PARTIE DISSIDENTE

possible, du point de vue de l'article 8 de la Convention et dans une Europe où une évolution considérable vers la reconnaissance juridique des changements de sexe est en marche, de justifier un système tel celui qui existe dans l'Etat défendeur, qui traite la dysphorie sexuelle comme un état médical, rembourse les frais afférents aux opérations de conversion sexuelle, mais refuse de reconnaître juridiquement les conséquences de pareilles opérations, exposant ainsi les transsexuels opérés au risque de se retrouver de manière récurrente dans des situations de détresse et d'humiliation.

Pour les raisons qui précèdent, nous considérons que le respect de la vie privée garanti par l'article 8 fait peser sur l'Etat défendeur une obligation positive de modifier son droit de manière que les transsexuels opérés ne courent plus le risque d'un embarras et d'une humiliation publics en étant obligés de produire un certificat de naissance qui mentionne leur sexe initial. En conséquence, il y a eu violation de cette disposition dans le chef des deux requérantes.

Nous souscrivons aux conclusions de la Cour pour ce qui est des autres griefs des intéressées.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE M. LE JUGE CASADEVALL

1. Je regrette de ne pas pouvoir me rallier à la majorité dans cette affaire et ce, en gros, pour les raisons de cohérence juridique déjà exposées par moi dans mon opinion partiellement dissidente en l'affaire X, Y et Z c. Royaume-Uni (arrêt du 22 avril 1997).

2. Je regrette aussi qu'en l'espèce la majorité n'ait pas jugé approprié de s'écarter de la jurisprudence Rees (octobre 1986) et Cossey (septembre 1990), compte tenu notamment de l'arrêt B. c. France (mars 1992).

3. Il est certain que les requérantes n'ont pas démontré (lourde tâche leur incombant) que depuis l'arrêt Cossey, il y ait eu des progrès scientifiques et médicaux propres à dissiper de manière concluante les doutes concernant les causes du transsexualisme (paragraphe 56 de l'arrêt). Il est certain aussi qu'il n'existe pas encore une démarche européenne commune au sujet des problèmes soulevés par la reconnaissance juridique d'une nouvelle identité aux transsexuels opérés (paragraphe 57 de l'arrêt). J'accepte. Cependant :

a) Comme la Commission, j'estime qu'il faut prendre en compte le fait d'un consensus généralisé dans le corps médical pour considérer que la « dysphorie sexuelle » constitue un état médical identifiable, pour lequel une intervention chirurgicale de conversion est éthiquement admissible et peut être recommandée pour améliorer la qualité de vie des personnes concernées.

b) A la suite de la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la condition des transsexuels et à l'invitation des Etats membres à réglementer la matière (1989), une large majorité de trente-trois pays ont adopté des dispositions pour la reconnaissance juridique des changements de sexe et, par une procédure ou une autre, autorisent la nouvelle identité des personnes qui, sous le contrôle de commissions médicales et éthiques, après des traitements chirurgicaux éprouvants et dangereux, ont réussi à mettre en harmonie leur sexe physique et leur sexe psychologique.

c) Les requérantes, autant que M^{lle} B., se trouvent quotidiennement placées dans une situation globale incompatible avec leur droit à une identité et au respect de leur 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'article 8 » (arrêt B. c. France, pp. 53–54, § 63).

4. Certes, il n'appartient pas à la Cour de dicter, ni même d'indiquer, les mesures à prendre en l'espèce, l'Etat défendeur ayant le libre choix des moyens à employer, pourvu qu'ils cadrent avec l'obligation de respecter la vie privée protégée par la Convention. Mais je partage aussi sur ce point l'opinion de la Commission selon laquelle il ne serait pas trop difficile pour

le droit interne, par tout moyen jugé approprié, d'assurer aux requérantes la reconnaissance juridique de leur nouvelle identité après leur conversion sexuelle, sans pour autant supprimer ou porter atteinte à la dimension historique du système anglais d'enregistrement des naissances (sinon par correction, du moins par addition, annotation marginale ou simple mention pour refléter la situation présente).

5. Cependant, ma position se conforte à la lecture du paragraphe 60 de l'arrêt, dans lequel, eu égard à l'évolution de la société et au progrès scientifique, la majorité :

relève « (...) il apparaît que l'Etat défendeur n'a adopté aucune mesure en ce sens »,

« (...) constate une augmentation de l'acceptation sociale du phénomène et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels ont à faire face les transsexuels opérés »,

et conclut que « Même si elle ne constate aucune violation de l'article 8 en l'espèce, la Cour réaffirme que cette question doit donner lieu à un examen permanent de la part des Etats contractants ».

Malheureusement, la majorité de la Cour n'a pas tiré les conséquences de ces constatations et réaffirmations.

6. L'article 8 de la Convention a été violé en l'espèce. Tel est mon avis.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE VAN DIJK

(Traduction)

1. J'ai la ferme conviction que la Cour aurait dû répondre de manière positive à l'invitation pressante à réviser sa jurisprudence, telle qu'elle résulte notamment des arrêts Rees et Cossey, que lui avait adressée la déléguée de la Commission à l'audience. En conséquence, je ne puis conclure avec la majorité à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention en l'espèce. Quant à l'article 12, j'y consacrerai des développements plus loin.

2. Nul n'ignore que, dans son arrêt Rees déjà, la Cour avait déclaré explicitement qu'en matière de reconnaissance juridique des changements de sexe, « le droit paraît traverser une phase de transition » et 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 » (arrêt Rees c. Royaume-Uni du 17 octobre 1986, série A n° 106, pp. 15 et 19, §§ 37 et 47). Dans son arrêt Cossey, la Cour formula expressément la question de savoir s'il convenait de s'écarter dudit arrêt Rees afin de garantir que l'interprétation de l'article 8 sur les points litigieux demeure conforme aux conditions du moment (arrêt Cossey c. Royaume-Uni du 27 septembre 1990, série A n° 184, pp. 14 et 16, §§ 35 et 40). Elle y répondit pour l'heure (« à présent ») par la négative, mais jugea approprié de réitérer ce qu'elle avait dit dans son arrêt Cossey, à savoir qu'elle avait « conscience de la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur. La Convention devant toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen permanent » (*ibidem*, p. 17, § 42).

Il ressort clairement de ces observations que, dans les deux arrêts, la Cour a entendu se ménager la possibilité de constater ultérieurement que l'article 8 fait peser sur les Etats une obligation positive de prendre des mesures juridiques appropriées permettant de reconnaître l'acquisition d'une nouvelle identité sexuelle.

Dans son arrêt Cossey, la Cour avait indiqué que seules des raisons impérieuses pourraient l'amener à s'écarter de sa jurisprudence antérieure (paragraphe 35). Ainsi que la déléguée de la Commission l'a déclaré à l'audience, la Commission a décelé pareilles raisons de recommander à la Cour de revoir et corriger la démarche que la majorité avait adoptée dans les arrêts Rees et Cossey (Cour/Misc (98) 117). La déléguée s'est référée à une tendance à une approche plus généreuse à l'égard des minorités sexuelles au sein des Etats membres, ainsi qu'à une conscience croissante de la situation particulière des minorités en général.

Personnellement, je ne ferais pas relever la question de la condition juridique des transsexuels opérés de la problématique des minorités, mais plutôt de celle de la vie privée : du droit de chacun de vivre sa vie comme il l'entend, sans ingérence, et du droit de chacun d'agir et d'être traité conformément à l'identité qui correspond le mieux à ses sentiments les plus profonds, pourvu que, ce faisant, il ne porte pas atteinte à l'intérêt général ni aux intérêts d'autrui. Même s'il ne devait y avoir au Royaume-Uni qu'un seul transsexuel opéré revendiquant la reconnaissance juridique de son changement de sexe, cela n'affaiblirait pas la demande. Dès lors, j'estime que l'invitation adressée à la Cour par la déléguée de la Commission était opportune, appropriée et convaincante.

3. Pour ce qui est de la condition juridique des transsexuels, on ne peut pas dire que des changements fondamentaux se soient produits dans les Etats membres du Conseil de l'Europe depuis que la Cour a rendu son arrêt dans l'affaire Cossey. Toutefois, il y a eu à tout le moins une évolution constante en direction d'une reconnaissance juridique plus complète, et l'on ne décèle aucun signe de repli à cet égard. Parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe qui autorisent le changement de sexe par voie chirurgicale sur leur territoire, le Royaume-Uni apparaît être le seul qui ne reconnaisse pas les implications juridiques du résultat auquel le traitement conduit.

Les recommandations et résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et du Parlement européen, même si elles n'ont aucune force juridique contraignante, sont également indicatrices de la même tendance vers la reconnaissance juridique et de la conscience croissante que les transsexuels opérés peuvent légitimement prétendre à pareille reconnaissance.

4. Qui plus est, presque douze ans se sont écoulés depuis que la Cour a rendu son arrêt dans l'affaire Rees et bientôt huit depuis qu'elle a prononcé son arrêt Cossey. Or le gouvernement britannique n'a entrepris aucune action substantielle destinée à améliorer sur son territoire la situation juridique des transsexuels opérés. Ce n'est qu'à un stade très tardif de la présente procédure que ledit gouvernement (travilliste) a fait savoir qu'il était prêt à chercher une solution dans le cadre d'un règlement amiable, faisant ainsi apparaître clairement qu'à son avis les problèmes qu'avaient invoqués les gouvernements antérieurs pendant toutes ces années n'étaient pas insolubles.

5. Au sujet des intérêts en jeu des requérantes, le Gouvernement a soutenu qu'il n'y aurait violation de l'article 8 que si les intéressées subissaient quotidiennement des inconvénients graves d'ordre pratique du fait du refus des autorités de reconnaître juridiquement le changement de sexe des transsexuels opérés. D'après lui, les requérantes ne subissent pas pareils inconvénients.

Indépendamment de la question de la justesse de la définition du champ de protection de l'article 8 en tant que tel, j'ai la ferme conviction que les requérantes en l'espèce ont des motifs suffisants, voire majeurs, de solliciter la protection de la Convention.

Premièrement, je tiens à citer le passage suivant de l'opinion dissidente émise par mon prédécesseur, le juge Martens, dans l'affaire Cossey : « Il convient de souligner que les experts (médicaux) dans ce domaine ont maintes fois déclaré que, pour un transsexuel, la « renaissance » dont il cherche à faire l'expérience avec l'aide de la science médicale ne se conçoit vraiment que si sa nouvelle identité sexuelle est pleinement reconnue par le droit. Ce besoin d'une pleine reconnaissance juridique est inhérent à la condition des transsexuels » (série A n° 184, p. 23). Plus loin dans la même opinion, le juge Martens déclarait : « Pour les besoins juridiques, le système SBD continue de traiter les transsexuels opérés comme des membres du sexe qu'ils ont perdu, aussi bien sur les plans psychique et physique que sur le plan social. L'existence même d'un tel système juridique doit affecter la vie privée de manière continue, directe et éprouvante. » (*ibidem*, p. 26).

Deuxièmement, je me réfère à la jurisprudence de la Cour, par exemple à l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981 (série A n° 45, p. 18, § 41), où il a été jugé que « Par son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée (...) au sens de l'article 8 § 1. Dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci. » De surcroît, je l'ai dit ci-dessus, tant dans son arrêt *Rees* que dans son arrêt *Cossey*, la Cour elle-même a déclaré avoir « conscience de la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur ». Depuis lors, aucune amélioration substantielle de la situation n'a eu lieu.

Troisièmement, et c'est là l'élément le plus important, l'enjeu ici réside dans le droit fondamental à l'autodétermination : si une personne a le sentiment qu'elle appartient à un sexe autre que celui originellement enregistré et qu'elle a subi un traitement pour obtenir, dans la mesure médicalement possible, les caractéristiques de l'autre sexe, elle a droit à la reconnaissance juridique de son appartenance au sexe qui, d'après elle, correspond le mieux à son identité. Le droit à l'autodétermination n'a pas été inclus explicitement en tant que tel dans la Convention, mais il se trouve à la base de plusieurs des droits que celle-ci consacre, spécialement le droit à la liberté, garanti par l'article 5, et le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8. De surcroît, il s'agit d'un élément vital de la « dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » qui, d'après le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.

Dans ces conditions, il me paraît hautement regrettable que la majorité se soit laissée égarer par les arguments du Gouvernement en se disant non persuadée que la non-reconnaissance par les autorités du nouveau sexe des requérantes « leur cause des inconvénients d'une gravité suffisante pour que l'on puisse considérer qu'il y a dépassement de la marge d'appréciation de l'Etat en la matière » (paragraphe 59 de l'arrêt). En appliquant le critère du juste équilibre et – élément du premier – celui de la proportionnalité, la majorité aurait dû prendre en considération toutes les facettes de la situation. En particulier, elle aurait dû tenir compte, d'une part, du fait que les inconvénients que subit la première requérante ne se limitent pas aux incidents spécifiques dénoncés par elle (lesquels doivent en eux-mêmes être considérés comme assez graves), mais consistent en un risque continu de se voir obligée de révéler le sexe qui était le sien avant son opération et qu'elle a délibérément abandonné, au prix d'une dure épreuve, et, d'autre part, du fait que le Gouvernement n'a énoncé aucun argument plausible qui permettrait de considérer que les intérêts des tiers mis en avant par la majorité ne peuvent être défendus d'une autre manière, qui soit moins embarrassante pour M^{lle} Sheffield, et sans détruire la nature historique du registre des naissances. La seconde requérante, M^{lle} Horsham, ne peut éviter d'avoir à subir des inconvénients dans la même mesure et avec la même constance qu'en choisissant sa résidence dans un autre pays que le sien.

6. Cela m'amène à la question qui se trouve au cœur des deux espèces : un juste équilibre a-t-il été ménagé par les autorités britanniques entre l'intérêt général de la communauté et les intérêts des requérantes en n'adoptant pas les mesures requises pour reconnaître pleinement sur le plan juridique le changement de sexe des intéressées ?

Quant à l'intérêt général de la communauté, le gouvernement britannique invoque une fois de plus l'argument selon lequel la sécurité et la cohérence juridiques exigent que le registre des naissances soit fiable en tant que recueil de faits authentiques et qu'en conséquence aucune modification ne puisse y être apportée par la suite, sauf dans les cas d'erreur de plume ou d'erreur matérielle survenues au moment de l'enregistrement. En revanche, il n'aborde pas la question pourtant incontournable de la manière dont d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe ont traité ce problème sans apparemment créer une insécurité juridique inacceptable. J'ai la ferme conviction que la société britannique, ou le système juridique anglais, ne peut avoir à cet égard des caractéristiques tellement particulières qu'elles requièrent et justifient une ingérence d'une telle ampleur dans la vie privée des transsexuels opérés, cependant que d'autres sociétés démocratiques européennes ne ressentent apparemment pas la nécessité d'une telle ingérence. Dans la mesure où certaines caractéristiques particulières peuvent avoir quelque pertinence, elles peuvent être prises en compte lorsqu'il s'agit d'adopter les mesures requises, puisqu'il ne s'impose pas à cet égard de suivre un modèle uniforme (voir également l'opinion

partiellement dissidente des juges Bindschedler-Robert et Russo dans l'affaire *Cossey*, et l'opinion dissidente du juge Martens dans la même affaire, série A n° 184, pp. 20 et 29–30 respectivement). A cet égard, par conséquent, une marge d'appréciation est effectivement laissée aux autorités internes, et le fait qu'il puisse ne pas y avoir de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur la manière de traiter les besoins spécifiques des transsexuels opérés en matière d'enregistrement de leur sexe ne forme pas obstacle au constat d'une obligation positive au titre de l'article 8.

Ainsi que l'ont fait observer les requérantes en se référant au système d'enregistrement des adoptions, les actes de naissance ne doivent pas nécessairement être modifiés ou rectifiés pour autoriser l'enregistrement de nouveaux faits telles une adoption ou une conversion sexuelle ; une note attestant la reconnaissance juridique du changement peut être ajoutée dans le registre. Je l'ai dit plus haut, le fait qu'à un certain stade le gouvernement britannique actuel ait proposé de trouver une solution dans le cadre d'un règlement amiable indique que le Gouvernement lui-même ne pense pas que les problèmes mis en avant par lui soient insolubles dans le cadre du système juridique anglais. Toutefois, il n'appartient pas à la Cour d'entrer dans le détail des options et des solutions pratiques possibles.

Même si l'on admet qu'une pleine reconnaissance juridique des changements de sexe pose certains problèmes au système juridique anglais et à la société en général, voire, dans des situations particulières, à des tiers, le maintien par le gouvernement britannique du système sous sa forme actuelle, avec ses conséquences graves et continues pour la vie privée des transsexuels opérés et la détresse que cela implique pour eux, ne peut d'après moi passer pour une attitude proportionnée aux buts poursuivis : la sécurité et la cohérence juridiques pour la protection des droits d'autrui ; on peut exiger de la société et des tiers qu'ils acceptent certains inconvénients afin de permettre à leurs concitoyens de vivre dans la dignité et le respect au sein de la même société, conformément à l'identité sexuelle choisie par eux au prix de grandes souffrances personnelles. Je souscris pleinement aux observations sur l'équilibre à ménager entre les différents intérêts formulées par le juge Martens dans son opinion dissidente relative à l'affaire *Cossey* précitée (voir spécialement les paragraphes 3.6 et 3.7).

7. En conclusion, j'estime que la Cour aurait dû réviser sa jurisprudence antérieure en la matière pour ce qui est du Royaume-Uni et constater une violation de l'article 8. De fait, il me paraît hautement regrettable que la Cour actuelle n'ait pas saisi cette toute dernière occasion pour ce faire et donner ainsi à la nouvelle Cour des indications claires dans ce que j'estime être la bonne direction dans ce domaine. L'observation finale au travers de laquelle la majorité réitère la nécessité pour les Etats contractants de soumettre la matière à un examen constant semble assez gratuite et n'est

guère de nature à impressionner la nouvelle Cour, compte tenu du poids que la Cour actuelle a attaché à ladite nécessité.

8. En ce qui concerne l'article 12 de la Convention, je puis être bref. Dès lors qu'à mon sens l'article 8 exige une reconnaissance juridique des changements de sexe obtenus par voie chirurgicale, les requérantes doivent être considérées sur le plan juridique, y compris pour l'application de l'article 12, comme des personnes du sexe qu'elles ont choisi. En conséquence, même si l'on part de la présomption que l'article 12 doit être réputé viser le mariage entre personnes de sexe opposé – présomption qui semble toujours se justifier, eu égard aux termes clairs de cette clause, même si elle a pour conséquence fâcheuse qu'elle prive les homosexuels d'un droit consacré par la Convention ou qu'à tout le moins elle rend ce droit illusoire pour eux – les requérantes doivent être traitées comme des femmes au regard de l'article 12 et doivent donc être autorisées à épouser des hommes. C'est à ce prix que pourra être socialement respecté et juridiquement reconnu leur choix d'une nouvelle identité sexuelle. Le fait que, sur le plan biologique, le traitement médical peut ne pas avoir changé leur sexe masculin en un sexe féminin n'est, à mon sens, pas pertinent, puisqu'il ne met pas obstacle à un mariage et qu'en tout état de cause les requérantes ne sont pas (ou plus) dans une meilleure situation – psychologiquement ou physiquement – pour épouser des femmes. Je n'aperçois aucune raison de considérer que la reconnaissance juridique des changements de sexe ne pourrait se faire que s'il y avait conversion (complète) sur le plan biologique également ; le droit peut donner un sens autonome à la notion de « sexe », comme il le fait par exemple pour les notions de « personne », « famille », « domicile », « biens », etc.

On ne peut nier que la « communauté de vues » entre les Etats membres du Conseil de l'Europe pour ce qui est de la reconnaissance des mariages entre transsexuels opérés et partenaires de leur ancien sexe est moins apparente que pour d'autres aspects de la reconnaissance juridique des changements de sexe. A première vue, ce fait semblerait justifier une marge d'appréciation plutôt ample au profit des Etats contractants. Toutefois, refuser en des termes absolus aux transsexuels opérés le droit d'épouser une personne de leur ancien sexe alors qu'épouser une personne de leur sexe nouvellement acquis ne représente plus pour eux une option acceptable reviendrait à exclure les intéressés de tout mariage. Dès lors qu'aucune restriction d'un droit ou d'une liberté consacrés par la Convention ne peut affecter la substance de ce droit ou de cette liberté (voir l'article 17 de la Convention), il y a lieu de conclure qu'un déni aussi absolu excède la marge d'appréciation des Etats. Semblable marge d'appréciation ne peut couvrir que les modalités et conditions susceptibles de s'attacher au mariage des transsexuels afin de parer ou remédier à certains problèmes juridiques et pratiques que pareil mariage est de nature à poser. Là encore il n'appartient pas à la Cour de s'exprimer dans l'abstrait sur les différentes options et

modalités. En conséquence, j'estime que l'article 12 a également été violé dans les deux espèces.

L'observation de la majorité selon laquelle le grief de M^{lle} Horsham a trait à la reconnaissance par le Royaume-Uni d'un mariage étranger d'un transsexuel opéré plutôt qu'aux règles juridiques anglaises régissant le droit de se marier ne me paraît pas pertinente. Elle n'explique pas pourquoi l'article 11 b) de la loi de 1973 sur les affaires matrimoniales (paragraphe 27 de l'arrêt) n'affecterait pas la requérante. Mais même si telle était la situation en droit international privé, la raison essentielle ou l'une des raisons pour lesquelles l'intéressée habite et a l'intention d'épouser son partenaire de sexe masculin aux Pays-Bas semble résider précisément dans la situation juridique prévalant au Royaume-Uni. Ainsi donc, même si l'on ne peut dire avec certitude quelle serait l'issue de la cause si la validité d'un mariage éventuellement contracté en droit néerlandais par M^{lle} Horsham venait à être examinée par les tribunaux anglais, on ne peut nier que la requérante ait souffert du simple fait que le droit anglais ne l'autorise pas à épouser son partenaire ou n'importe quel autre homme.

9. Eu égard à ma conclusion selon laquelle il y a eu violation des articles 8 et 12, je n'estime pas nécessaire de discuter et examiner séparément la question de savoir si ces violations révèlent également une discrimination contraire à l'article 14. Aussi ai-je voté en faveur d'un constat de non-violation de l'article 14, mais pour des raisons différentes de celles énoncées par la majorité.

10. Pour ce qui est de l'article 13, je partage l'avis unanime de la Cour.

DÉCLARATION DE M. LE JUGE WILDHABER

J'ai voté en faveur d'un constat de violation non seulement de l'article 8 de la Convention mais aussi de l'article 12, au sujet duquel je partage l'analyse exposée par M. le juge van Dijk dans son opinion dissidente.