



Réagir à cet article ?

Recommander cet article...

Revenir page précédente



Le transsexuel dans tous ses états : le fabuleux jeu de mot du substitut Fabre

J. Périn

Dans un arrêt rendu le 2 décembre 1992, la Cour de Cassation a fait droit à la demande d'un transsexuel qui avait subi l'ablation de ses organes génitaux, de faire modifier son acte de naissance en y faisant porter la mention "sexe féminin".

Cette jurisprudence est conforme à celle de la Cour européenne. Elle se fonde sur le respect de la vie privée, entendue de façon très large. La cour, d'autre part, admet, pour justifier sa décision, la possession d'état en matière d'identité sexuelle. Jusqu'alors, ce n'était qu'en matière de filiation, que ladite possession, notion canonique, trouvait son application. La possession d'état léguée par les canonistes, comporte trois éléments : " nomen " (le nom) " tractatus " (être traité comme) et " fama " (la renommée). La cour déclare que " l'insertion sociale de l'intéressé était conforme au sexe dont il avait l'apparence ". Il s'agit là d'une conception psycho-sociale de la sexualité consacrant l'apparence et la toute Puissance du regard. Cette conception va de pair avec le droit qu'aurait tout individu à faire valoir l'image qu'il veut donner de lui-même et d'exiger qu'elle ne soit pas déformée. Cette conception poussée à l'extrême aboutirait à permettre un changement du sexe juridique en l'absence de toute transformation anatomique externe. Seule suffirait " la conviction intime de l'intéressé d'appartenir au sexe féminin et sa volonté de se comporter comme tel ".

L'acte de naissance constate bien un réel anatomique, le sexe de l'individu. Ce n'est pas ce réel qui fait loi mais l'acte le constatant. L'officier de l'état civil ne constate pas lui-même le sexe. L'acte, rédigé au style impersonnel, dit que l'individu est de tel sexe. Il s'agit d'une énonciation portant sur une qualité inhérente à cet individu, c'est " l'individu qualifier se habens ". L'acte fait preuve de façon quasi absolue, ce qui n'était pas le cas en droit romain. Dans l'antiquité, la " veritas " a toujours été préférée à la " scriptura "1. La demande du transsexuel, dans la plupart des cas, sera de modifier l'acte écrit pour qu'il soit conforme à l'état physique. Dans le code civil, l'acte corroboré par une possession conforme, venait forclure toute contestation. Cela, en matière de filiation. Ainsi, la personne pouvait jouir de son statut paisiblement sans qu'il fût remis en cause. Cette jouissance, passant par un statut, était usufructière. Le sujet, en droit, ne pouvait être maître de son statut.

En effet, je ne suis qu'usufruitier de mon corps. Toute transformation de ce corps fait passer de l'"usus " à l'"abusus ".2

Les registres de l'état civil sont un peu les registres de l'Autre. Vouloir, pour le transsexuel, modifier ces registres, aboutir à faire équivaloir l'acte et la possession d'état. Ce qui nous évoque, par analogie, la règle qui prévaut pour les choses mobilières " En fait de meubles, la possession vaut titre ". La distinction des personnes et des choses n'est plus tranchée. La libre circulation des personnes et des biens a sûrement favorisé la jurisprudence de la cour européenne comme de la cour de cassation. Accéder à une telle demande conduit à des effets pervers, comme en matière de drogue. La transposition, en matière d'identité sexuelle, de la possession d'état, ne va pas sans quelque distorsion. Ainsi, un tribunal constatait, dans ses attendus " que, depuis sa plus tendre enfance il se considère comme étant de sexe féminin, qu'il possède l'apparence d'une femme, qu'il vit une liaison avec un homme, que son statut social, est celui d'une femme, que sa propre famille le considère comme une femme... il convient donc de mettre en conformité son état civil avec son état psychique et physique actuel. " La commentatrice de ce jugement repère les éléments constitutifs de la possession d'état3 ". Ainsi le tractatus, ses parents le traite (sic) comme une femme (le jugement dit " sa famille "), le (sic)fama, son statut social est celui d'une femme. Les mots "femme" et "fama", côte à côte, entendent "femme-a" car "fama" se rapporte à "statut" pour le sens mais à "femme" pour le son. Et d'ajouter que cette possession d'état était exempte de vice, c'est-à-dire nuisible et non équivoque !4

Saint-Thomas pensait que nous n'étions qu'usufruitiers de notre corps, Dieu en étant propriétaire. Dans cette conception, la jouissance sexuelle est du côté humain. Le transsexuel qui veut se rendre maître de son statut, aboutit à ce que la jouissance soit du côté de Dieu c'est-à-dire de l'Autre. Il confond deux places (l'usufruitier et le propriétaire, dont Saint-Thomas avait marqué la division.

Certaines solutions médico-juridiques proposées pour la mise en place d'un traitement du transsexualisme, ne sont pas sans évoquer un rituel religieux ou bien une sorte de rite d'initiation de type religieux. Le programme comporte en effet une mise en observation prolongée pendant laquelle le médecin devra vérifier la force de conviction transsexuelle. Ce stage probatoire apparaît comme un noviciat avant les vœux définitifs et irréversibles.

Une enquête est menée auprès des membres de la famille, des amis d'enfance voire du conjoint ou du concubin. Suivent les phases chirurgicales et juridiques et le contrôle post opératoire après lequel le transsexuel est invité à " s'engager ", à réclamer son changement juridique de sexe. Le

transsexuel guéri est celui " qui a été hormoné, opéré et changé d'état civil. Ce n'est plus un transsexuel, c'est un transsexualisé et bientôt, il devra oublier ses noms et même l'intervention ".

Sous la plume des juristes, l'humour reprend ses droits et l'on parle de " convertis sexuels " et même " d'abjuration du sexe ". Le terme d'"apatridie sexuelle" a été employé par un professeur de droit, non sans pertinence. Certaines législations ont même imposé le célibat ! Parfois la transformation, la conversion, est présentée comme une sublimation : " Ils ont obtenu quelque chose qui a plus de prix que les relations sexuelles ou la procréation, ... qu'on s'adresse à eux en tant que membre de l'autre sexe (sic). Les transformations corporelles douloureuses... qu'ils ont subies ont une valeur symbolique qui l'emporte sur l'efficacité. "

De façon très naïve, cette littérature pointe une jouissance autre que la jouissance phallique. Le rituel présente évidemment un aspect religieux. Grâce aux " artifices chirurgicaux " et à l'absorption de drogues et d'hormones, le transsexuel devient un transsexuel vrai et amnésique de son sexe d'origine. Aussi n'est-il pas exagéré de dire que le rituel est constitutif de droit. Certes, il y aurait, au départ, une disposition du sujet mais dont il ne serait plus maître. Le rituel confère le nouvel état qui serait une sorte de " capitis deminutio ".

Dans ces conditions, le jugement rendu au nom du peuple ferait partie d'un processus thérapeutique. Le transsexualisme devient alors une affaire d'État, au sens du droit public.

Au sens du droit privé, l'état concerne la personne, et non les choses. Le droit divise les personnes et les choses. Vouloir à tout prix " harmoniser " l'acte et la possession d'état c'est réduire la personne à l'état de chose.

Dans une affaire jugée en 1963, le substitut Fabre, dans les conclusions qu'il présenta au tribunal, mit en relief le caractère essentiel de la notion d'état. Ses conclusions méritent à bon droit d'être commentées.⁵

Il dit que l'état est lié à la personne " comme l'ombre au corps ".

C'est le caractère de l'indisponibilité de l'état qui est ainsi affirmé. Cette position est traditionnelle. Le chancelier d'Aguesseau avait déjà mis en relief cette particularité de l'état d'être attaché à la personne.

Dans son Essai sur l'état des personnes, il écrit : " Les uns (les caractères personnels) sont les suites d'une convention libre et volontaire, réelle ou personnelle, au lieu que les autres sont tellement attachées à la personne, qu'elles ne peuvent en être séparées, sans qu'il arrive un changement d'état. Elles ne sont pas absolument dépendantes de son choix ; la nature et la loi impriment ces qualités, et ceux qui en sont revêtus, les conservent souvent contre leur inclination. " Le chancelier, dans ce passage, énonce l'une des grandes divisions du droit, celle du statut personnel d'avec les engagements contractuels. Autrement dit, des personnes et des choses. Nous y reviendrons.

Puis il déclare qu'il est très grave de " toucher à l'état d'une personne " et cite les lois de Fructidor et de Germinal sur les noms et prénoms. Nous voici donc du côté de la génération et des fruits. Le sexe, qui est une donnée de la nature ne saurait être dénaturé : " C'est le doigt de Dieu, dit-il, qui, à chaque instant, fait le tri, qui crée cette Summa divisio et l'impose aux hommes. "

Tel est le fabuleux mot d'esprit du substitut Fabre. Du moins que nous considérons comme tel et qui nous offre dès lors un point fécond de réflexion.

Quelle est cette suprême division ?

C'est la division fondamentale, la très fameuse division tripartite qui se trouve dans les Institutes de Gaius, jurisconsulte romain du 2^e siècle :

" Omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones ", c'est-à-dire : Tout le droit dont nous faisons usage se rapporte ou aux personnes, ou aux choses, ou aux actions.

Cette divisio juris eut grande fortune.

On la trouvera plus tard dans les Institutes de Justinien. Au Bas-Empire, les Institutes de Gaius eurent un grand succès. Au Moyen-Age la division tripartite, celle qui fait le " tri " et comment ne pas penser au petit Hans qui s'interrogeait sur la venue au monde ou des garçons ou des filles. Au Moyen-Age, elle est conservée. Elle gagne, en France, la littérature coutumière comme les Institutes coutumières de Loysel, la coutume de Paris, avec Bourjon, puis passe dans le Code civil dont elle inspire le plan.

Les Institutes étaient destinées aux étudiants ; donc à l'enseignement. Sans doute, à cause de cela, la divisio juris, dans son histoire, s'est-elle confrontée à un impossible. Les Institutes étaient en quelque sorte, des abrégés.

Au cours des temps, elle a subi des modifications. Comme classification, elle se serait adaptée. Mais l'histoire ne fait que révéler sa structure logique. Dès lors, il convient mieux d'examiner la divisio en elle-même plutôt que ce qu'elle a divisé. Qui divise ? (le doigt de Dieu) et quoi ? et selon quelle modalité ? Tout le droit serait-il contenu dans les trois termes introduits chacun par un " vel " ? Personne, chose et action.

Dès Justinien, quelque chose se met à clocher, l'"obligatio", au lieu d'apparaître comme une " res ", est à cheval entre le res et les actions. La classification boîte. Mais boîter n'est pas pécher, dit-on. Quant à la distinction des choses corporelles et incorporelles, elle occupe, dans les Institutes de Justinien, une place tout à fait secondaire. L'ancien plan est rompu.

Mais Gaius lui-même n'est pas sans inconséquence. Il traite de l'"hereditas" non plus comme d'une res mais comme moyen d'acquisition des res, alors qu'au début de son commentaire, il avait compté l'hereditas parmi les choses incorporelles.

Le concept primitif de res était très large. Il comprenait aussi les choses incorporelles comme l'hereditas et l'obligatio. Gaius, comme on le voit, se laisse aller à employer le mot " res " dans le sens d'objet corporel. D'ailleurs, on tendra à ne voir dans les res que des choses corporelles, et, les dieux obligent, les biens de la nature. Certes. Ces choses de la nature. Ces res !

La divisio juris est vraisemblablement l'œuvre de jurisconsultes gravitant autour de Cicéron. Les philosophes, les jurisconsultes et les grammairiens s'inspiraient de la topique grecque. Ainsi le grammairien Charisius, du 4e siècle mais qui travaillait sur des textes du 2e siècle, divisait les noms en deux genres : les noms propres qui se réfèrent ad personas, et les noms communs dits appellatifs, qui concernent les res. Et les res, comme chez Gaius, se divisent à leur tour, en deux espèces selon le toucher. L'influence d'Aristote est ici patente. Ce genre de dualité, pour nous, appartient à l'imaginaire mais elles se trouvent incluses dans une tripartition.

Avec le temps, la procédure classique et les formules anciennes disparaissent, la partie des actions fut abandonnée. Justinien la conserve mais en la distinguant mal des obligations delictuelles (qui naissent d'un délit et non d'une convention). Au Moyen-Age, la confusion sera pleinement faite (Théophile paraphrase des Institutes). Les actions ne sont plus qu'une catégorie spéciale de biens, de choses, naissant d'une obligation, ce que les glossateurs expriment dans l'adage : " Obligatio est mater actionum ". Remarquable est l'emploi de " mater " au sens de cause. Cependant, la formule n'était pas exacte et n'expliquait pas les actions in rem. L'ancienne procédure romaine n'existait plus. Déjà sous Justinien, la deuxième partie s'était dédoublée. Les obligations et les successions avaient pris, par un mouvement inéluctable, la place des actions. Qu'est-ce que venait faire cette troisième partie dans un traité de droit civil ? Les glossateurs, qui n'étaient pas sans génie, sentaient qu'il y avait là une place et puis, ce qu'il pouvait y avoir.

Le mot " causa " (cause), comme on le sait, a fini par se substituer au mot " res " (chose). Cicéron oppose fréquemment la res à la causa. Le mot avait pris insensiblement le sens d'" affaire " en général, comme res, negotium, ainsi qu'en témoignent de nombreux textes. Pour l'orateur, ce n'était point tout de connaître l'affaire dont il s'agissait : le crime et les personnages qui l'ont commis. Il fallait connaître la cause : " multa quae sunt in re, quia remota sunt a causa, praetermittam " (Pro Milone 14 et 15). Nous avons, dans cette évolution quelque chose à quoi nous a sensibilisé J. Lacan dans la distinction qu'il fait en allemand entre die Sache et das Ding.6

L'analyste pourrait s'étonner de ne pas trouver la summa divisio dans le De trinitate de Saint-Augustin. Il y avait là un morceau de choix. Il cite pourtant, dans le De civitate (VI, 3) le plan selon lequel Varron avait divisé son ouvrage des " Antiquitates rerum humanarum divinatumque " par rapport aux quatre grandes questions du droit romain : " qui ", " ubi ", " quando " et " quid ". Et nous lisons dans les Toniques de Cicéron que la " cause " particulière a trait précisément aux " personis, locis, temporibus, actionibus, negociis ". Nous y trouvons bien la fameuse divisio juris. Gaius la nomma " summa divisio ".

Ce qui est dû au génie de Gaius c'est la formulation des trois " vel " introduisant chaque élément. Et le " omne " (omnis) qui signifie " tout " auquel répond " summa " qui est la place la plus haute et aussi la " somme ". Les trois " vel " impliquent un " vel " exclusif (aut) laissant entendre qu'il y aurait un pas-tout du droit, que la summa divisio ne contiendrait pas le tout du droit.

Alors, les formules de la sexuation de J. Lacan éclairent la formulation de Gaius. Celle-ci est de nature logique. Les jurisconsultes s'étaient inspirés de la philosophie d'Aristote. A l'époque de Justinien, le droit était dit la vraie philosophie. La summa divisio claudique sur trois pattes, sur trois pas-tout. Sa logique est à repenser comme Lacan l'a fait pour les propositions d'Aristote grâce au schéma de Pierce.

Girard, dans son manuel de droit romain, a donné une interprétation de la summa divisio qui met en relief sa structure. Un droit, écrit-il, " suppose trois éléments : une personne qui en est le sujet, une chose qui en est l'objet sur lequel il porte et une action qui en est la sanction, par lequel on le fait reconnaître ". On a dit que cette interprétation n'était pas romaine. Mais son intérêt consiste en son dégagement de l'histoire. Si le signifiant-maître se repère à la sanction, alors un quatrième élément, Sa, s'en déduit.

Le mot d'esprit c'est " soma " (le corps) qui prend la place de " summa ". Le substitut donne, en quelque sorte, de l'énoncé de Gaius, une interprétation somatique. A cet égard, il faudrait reprendre la division entre choses corporelles et incorporelles.

Pour nous, analystes, notre summa divisio, c'est ce qui vient partager le tableau des formules dites de la sexuation. Et s'il faut être d'un côté ou de l'autre, le transsexuel sera du côté de S2. Quant à l'idéal qui viendrait déterminer son sexe, cet idéal, il le déplace de la position de l'au-moins-un pour le faire fonctionner du côté de S2 c'est-à-dire du côté du savoir du corps. Savoir venant alors imposer sa loi au SI.7

Le substitut Fabre, cela ne nous surprend pas, va citer, dans ses conclusions, le Banquet de Platon et notamment le discours d'Aristophane. Mr le substitut, avec humour se moque de la médecine. Il évoque Aristophane affligé d'un hocquet répugnant qui sera guéri par Eryximaque,

de la façon que l'on sait, par un éternement. Le problème est posé : " Pour

guérir un désordre, devrait-il en falloir un autre ? "

Il cite longuement le discours du grand comique, avec ces hommes avec un dos tout rond et des flancs circulaires, à la fois mâle et femelle, les membres doubles et les parties honteuses également en double.

Puis il cite l'intervention de Zeus, et là, ce qu'il va dire vaut d'être relevé. Il dit que ledit Zeus a imaginé " toute une chirurgie, puis une véritable prothèse apollinienne qui donna naissance à l'humanité actuelle On ne peut mieux désigner le phallus. Une prothèse ! Mot qui n'est pas sans nous rappeler le Petit Hans. Zeus mettra les honteuses sur le devant. Lacan insiste, dans le

Transfert, sur ce passage en avant des génitoires : " Que nous le mettions ou non sous la rubrique du complexe de castration, il est clair que le détour du texte insiste sur le passage des génitoires à la face antérieure. Cela ne veut pas simplement dire que l'organe génital vient là comme possibilité de coupure et comme jonction avec l'objet aimé, mais que littéralement il vient avec cet objet dans un rapport en surimpression, presque de surimposition ".

La " prothèse " apollinienne fait repenser à Dionysos. Est-ce le " besoin de tout ce vacarme et chatouillis que comporte l'éternuement " qui a entraîné, dans la pensée du magistrat, la sous-jacence de ce dieu qui signifie l'ailleurs et désigne l'Autre ?

Ayant lu le récit de la divine chirurgie, il conclut qu'il est un mal que la technique des hommes ne guérit pas. Le problème n'est donc pas médical.

Lacan a beaucoup insisté sur la forme sphérique des bonshommes décrits par Aristophane. Il cite Empédocle évoquant cet " être de tous les côtés semblable à lui-même, sans limite, qui a la forme d'un boulet, rempli de sa propre suffisance ".

C'est à du plein, du rond qu'un autre magistrat, le procureur général Baudouin se réfère en 1903.8

Dans l'affaire jugée, la question était de savoir si une demoiselle qui avait contracté mariage et à qui il manquait les organes génitaux internes, était une femme. Le procureur argumenta avec beaucoup de chaleur qu'" elle était femme et se prononça, en conséquence, contre la nullité du mariage demandée par le mari. Il énonça cette " division en deux sexes et rien qu'en deux sexes qu'admettent les législateurs ". A l'appui de sa démonstration, il donne l'exemple, d'un cas jugé par un tribunal qu'il avait lui-même présidé, le cas d'un individu dont le tribunal avait dû " rétablir le sexe ", d'un individu " qui jusqu'à sa vingtième année, avait été considéré comme une fille, inscrite comme telle sur les registres de l'état civil et qui un jour, en franchissant une barrière, s'est révélée sans équivoque possible comme un garçon nettement caractérisé, et, de lavandière qu'il (sic) était, a pu suivre ses aspirations maintes fois manifestées et de se faire maréchal ferrand " ! Le procureur se révèle un tenant de la théorie sphérique. Pour lui, les organes retenus dans l'intimité de l'être se sont manifestés à l'extérieur.

Nous aurions tort de nous moquer de cette façon de voir. Les comptes rendus chirurgicaux montrent que la technique trouvée par les chirurgiens n'est autre qu'un retournement, qu'une avagination. Ils avaginent, remarque Henri Frignet, ils avaginent pour transformer un homme et lui donner une apparence féminine. Ils avaginent la verge, la vidant de son intérieur, il la retournent à l'intérieur de la cavité abdominale. Pour les femmes, là encore, il y a retournement d'un lambeau de peau pour en faire une verge artificielle. Donc, un eprothèse. Pour l'homme, un néo-vagin.9

Le droit ne donne aucune définition du sexe. L'on se tourne du côté de la

biologie. Le sexe reste introuvable. Pourtant, les juristes ne manquent pas de si gnifiants. Ainsi, par exemple, ceci, extrait de l'arrêt de la cour de cassation de 1903 : " Attendu que la dame G... n'ayant de l'avis des médecins, ni vagin, ni ovaires, ni matrice, est dénuée des organes constituant le sexe féminin, bien qu'elle possède des seins, la conformation du bassin, et le clitoris, qui sont l'apanage externe de ce sexe ". L'apanage représente le pénis. Ce signifiant se retrouve dans la littérature juridique. Littéralement c'est donner du pain : " panis ". Cet apanage, ce sont les " appâts " des dames. L'apanage devient l'a-pas.

" L'a-pas ", il n'est qu'à le lire dans les conclusions du procureur, c'est ce qui lui a " toujours fait défaut " : " Oui, quoi qu'on en dise, la dame G... est une femme, une femme dont le développement a été et est demeuré incomplet, mais une femme aussi bien qu'elle le serait demeurée si, au cours du mariage elle serait venue parfaitement conformée, une opération chirurgicale nécessitée par la maladie lui avait enlevé les organes qui lui ont toujours fait défaut (sic). " Pourquoi les enlever s'ils ont toujours fait défaut ? Par eux-mêmes sont-ils défaut ? La maladresse syntaxique, qui confine à l'absurde, éloigne du référent charnel des expertises médicales. La citation de Portalis nous le confirme : " ... Ne confondons pas à cet égard l'ordre physique de la nature qui est commun à tous les êtres animés avec le droit naturel qui est particulier aux hommes. "

Ainsi le procureur va-t-il, se basant sur des avantes descriptions d'experts, au-delà de l'anatomie, mettre en relief, quand le vagin n'existe pas, " une fossette à peine déprimée " qui lèreprésenterait. Fossette qui n'est pas sans évoquer quelque trait phallique. La déformation dont est atteinte la dame G., dit le procureur, n'en fait pas un homme : " elle est femme alors que le sieur G. est homme. " Pourrions-nous dire qu'un homme dépourvu d'organe serait une femme ? Le transsexuel, qu'il soit, veut être La femme. Il veut être dit-femme.

L'interprétation somatique par le juriste de la *summa divisio*, le partage des hommes et des femmes, n'est pas purement classificatoire. Elle serait à reprendre en considération du tableau de la sexuation de J. Lacan.

Les juristes, dans leur domaine, avaient abouti à de remarquables spéculations. La question sexuelle, l'identité sexuelle était du côté des personnes. Et une personne ne saurait être une chose, un bien. Mais, du côté des choses, la division entre chose corporelle et incorporelle, dans son évolution même, a pris un sens tout à fait intéressant. La chose incorporelle par excellence étant le phallus. On avait fini par ne voir, dans les choses, que des choses corporelles, que des biens de la nature. Portalis nous l'a rappelé, il ne faut pas confondre l'ordre physique de la nature et le droit. Pour nous : l'organe et le signifiant.

Le sexe, en droit, est un fait à prouver. Nous en avons saisi la difficulté à propos de la femme qui n'avait que l'a-pas. Le jugement d'attribution, la qualification, homme ou femme, n'implique pas nécessairement l'existence. Le petit Hans s'aperçoit, à un moment de son expérience qu'il n'est plus vrai que le phallus soit l'attribut de tous les êtres animés.

Pour les Stoïciens, dont les juristes romains se sont aussi inspirés, tout était corporel. Mais il y

avait des exceptions, les incorporels : l'exprimable, le vide, le temps, le lieu. Ce qu'ils appelaient le " lekton " (de legein : dire)¹⁰ était une chose incorporelle, qui était le sens d'une expression. Ce " lekton ", il ne faut pas le confondre avec la chose (Pragma) ou avec l'événement, ni avec " la représentation dans l'esprit ou l'acte de pensée par lequel il est appréhendé, car les opérations mentales appartiennent au monde des corps. " ¹¹

Confusion faite aujourd'hui par la cour suprême.

La possession d'état des canonistes reflète la tripartition de la summa divisio.

S'ajoute un quatrième élément, l'acte, qui ne peut être confondu avec les autres :

- l'acte (titre)
- le nom (nomen)
- le trait (tractatus),
- le dire (fama, de " fari " : parler)

Par la seule force de leur concept, ils fournissent au droit une structure qui permettrait de réfléchir autrement sur la question du transsexuel.

En effet, si nous suivons J. Bentham qui écrit que le fait " d'être investi d'un droit le transforme en un article d'habillement...comme si on disait " est habillé d'un droit (invested) ", nous pourrions concevoir la possession comme venant habiller l'objet du droit, comme l'image (la possession est ce qui se voit) habille l'objet *a* : *i(a)*, dans la théorie psychanalytique. Transférée des biens (res) aux personnes, la possession d'état dont les trois éléments forment couverture vestimentaire, ne peut se tenir sans la médiation de l'acte. Acte écrit, nous l'avons précisé et jouant comme tel et qui apparaît comme le " ne cesse de s'écrire " du phallus. Les jugements et arrêts évoquaient souvent l'état de nécessité. La possession serait alors le " ne cesse pas de ne pas s'écrire ". La possession seule, non référée à l'acte, s'avère féminisante.

A penser les choses ainsi que peut le transsexuel légitimement demander sinon un pseudonyme. Comme les gens du spectacle et les artistes, le clergé régulier et la femme mariée.

En aucun cas, le juge civil ne le peut dire Femme.

Notes

1. cf. J.Ph. Lévy, Les actes d'état civils romains, R.H.D., 1952, 449

2. Usus, fructus et abusus sont trois termes dialectisables. Cf. ma conférence aux Journées de l'Hôpital Henri Rousselle, 1995.

3. Fama en grec c'est ce qui est montré et ... c'est rendre visible, désigner, nommer. D'où le nomen.

Femme, du latin femina ; anc. pron. femina

Femma, femme, fame, fame par dénasalisation

Du latin au français, fama (famé) et femme sont phonétiquement proches.

4. Tribunal de Thionville, 28. 06. 86, in Le transsexualisme, thèse pour le doctorat, Lyon III, Isabelle Bon, p. 288.

5. Tribunal de la Seine, 18 janvier 1965, J.C.P., 1965, II, 14421.

6. Cette distinction se fait toujours sentir. Ainsi, dans les conclusions de l'avocat général Paul-André Sadon : " Votre décision de rejet répondrait à mon sens à l'impératif préalable selon lequel l'état pathologique dont se plaignait l'intéressé d'avoir une cause réelle, sérieuse et irréversible et n'être pas le résultat d'un caprice. "(Civ. 1er nov. 1983, J.C.P., 20.222). Monsieur l'avocat général relie la res comme cause à l'angoisse : " elle se justifierait par l'idée que les pulsions qu'invoque le transsexuel doivent, pour qu'il en soit tenu compte, être génératrices d'angoisse, de détresse ou d'inadaptation sociale. "

7. cf. séminaire de Ch. Melman du 19 décembre 1991 (inédit).

8. Cass. civ., 6 avril 1903, D. 1903, p. 395.

9. - Séminaire de Henri Frignet, janvier-février 1995.

- Les appas : les beautés d'une femme qui excitent le désir. L'opération du transsexuel est la plupart du temps comparée à la chirurgie esthétique. Comme pour les œuvres de la peinture on parle de vrais ou de faux transsexuels !

Le transsexuel et le droit à la vie privée

Jean Périn

[Réagir à cet article ?](#)

[Recommander cet article...](#)

[Revenir page précédente](#)



imprimer

"Car à considérer les droits de l'homme sous l'optique de la philosophie, nous voyons apparaître ce qu'au reste tout le monde sait maintenant de leur vérité. Ils se ramènent à la liberté de désirer en vain." J. Lacan - Kant avec Sade, Écrits.

La cour européenne et la cour de Cassation ont reconnu au transsexuel, au nom du droit à la vie privée, le droit de modifier son état-civil.

Cette décision bouleverse notre droit classique qui considérait l'état des personnes comme indisponible. La conception anatomique qu'avait le droit du sexe fait place à une autre conception dans laquelle l'individu peut, par sa seule volonté, choisir son sexe.

Une telle révolution dans le droit des personnes a pu se produire grâce aux progrès de la science et à la mondialisation du marché.

Nous présenterons, dans un premier temps, l'extension des droits de l'homme qui a contribué à ce changement du droit. Pour, dans un deuxième temps, revenir au droit classique comparé au nouveau.

Le respect de la vie privée un droit de l'homme. Il est reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme. Il est passé, en droit français à l'article 9 du code civil.

Mais aux USA, il est d'origine jurisprudentielle. Le " right of privacy " a été consacré par la Cour suprême. La doctrine américaine l'a défini comme le droit d'être laissé seul " The right to be alone ". La Cour suprême des États-Unis, à la suite d'un article de Warren et Brandeis, avocats à Boston, reconnut " the privacies of life ". La vie familiale des Warren, à Boston, avait été l'objet de propos malveillants de la part de la presse locale. Selon cet arrêt de 1891, " aucun droit n'est plus sacré ni plus soigneusement garanti par la common law que le droit de tout individu à avoir la possession et le contrôle de sa propre personne, exempt de toute restriction ou de toute immixtion d'autrui, sauf en vertu de l'autorité claire et indiscutable de la loi ". Comme l'a bien exprimé le juge Cooley, " le droit d'une personne sur elle-même peut être tenu pour un droit d'absolue immunité, d'être laissée seule ".

Montaigne eut une jolie formule. Il fallait, dit-il " se réserver une arrière-boutique toute nôtre et toute franche, en laquelle nous établissons notre vraie liberté et solitude ".

La jurisprudence américaine parle de " sanctity of a man's home " et de l'enceinte sacrée de la chambre conjugale : " the sacred of the marital bedroom ". Cela va jusqu'à déclarer inconstitutionnelle la loi qui réserve la vente de préservatifs qu'aux seules personnes mariées.

Si les juristes français ont eu une conception restreinte de la vie privée, la Cour européenne montre une nette tendance à l'extension. Dans l'affaire Dudgeon, en 1981, elle déclara que l'homosexualité entre hommes majeurs était une manifestation essentiellement privée de la vie humaine. La cour préconise une vie familiale dite normale. En conséquence de quoi, une mère célibataire belge peut reconnaître et adopter sa fille, à l'encontre du droit belge pour lequel seule la maternité légitime peut être établie par le nom de ladite mère dans l'acte de l'état civil.

La doctrine américaine va très loin. Quelle en est l'origine ?

Elle est à chercher dans la philosophie anglaise du 17^e siècle. Pour Christian Wolff, chacun de nous a vocation d'atteindre à la félicité. Les droits substantiels de l'homme sont les droits au bonheur, à la santé, à la culture... La Constitution américaine consacre expressément ce droit au bonheur. Hobbes, dans son Léviathan écrit : " Le droit subjectif naturel, que les écrivains ont l'habitude de nommer jus naturale, est la liberté que possède tout homme (each man) d'user de son pouvoir propre comme il le veut lui-même. " Cette définition est liée à l'essor de la science. Hobbes lui-même participa à cet essor. Il était passionné d'Euclide. Hobbes conçoit un état de nature où aucune loi ne viendrait restreindre la liberté de l'individu et où le droit est licence et permission d'agir. Pour John Lock, le right of nature, est la propriété que chacun tient en propre sur sa propre personne, sur ses activités et sur son travail. Lock fut lié aussi au progrès de la science. Comme Hobbes, il n'était pas juriste. Ce droit de la personne sur elle-même, a un rapport avec - transposé dans le droit par le philosophe - le " dominus actum suorum " de la deuxième scolastique. Le " dominium " c'est le domaine et la maîtrise.

Avec Occam, la question de l'usage des biens se trouve au premier plan de la réflexion juridique. Car, Occam soutint la thèse des Franciscains contre le pape Jean XXII. Les spirituels, parmi ces moines, prétendaient ne rien posséder en vertu de la règle de l'absolue pauvreté. Pour Occam, ils avaient l'usage, sans le droit de revendiquer ou de défendre leurs biens. Le pape les contraignit à être propriétaire des dits biens. Ils les obligea à jouir alors que ces moines entendaient y renoncer. L'enjeu était considérable. Pour ces moines, l'usage des biens (qui nous évoque le " to meat, to drink such other things " de John Lock) venait du ciel (juspoli), quant au pouvoir sur les

biens qui venait du droit positif (jusfori) les moines y renonçaient. Dans cette conception d'Occam est annoncé ce qui sera le droit subjectif moderne - Occam en venait à soustraire l'usage des biens au droit, ce qui éclaire le système actuel de la consommation lié à l'économie. Ce qui explique aussi que les droits de l'homme soient fondés essentiellement sur le besoin.

Ainsi les droits de l'homme mettent en avant la volonté du sujet qui possède une sorte de droit de créance contre l'état. Cette aspiration du sujet se marque dans l'expression " le droit à " : le droit à l'enfant, à l'avortement, à la procréation, à mourir dignement ; le droit à la greffe, à l'image, au travail, à la santé, au respect de la vie privée etc. Ce datif marque bien ce qu'on a appelé les droits de la personnalité. Le " droit à " est au service du moi-je1.

L'expression " le droit de " évoque au contraire le service des biens. Le génitif est objectif. Les " droits de " sont à classer dans les droits dits patrimoniaux qui sont dans le commerce. L'accent est mis sur le bien que le droit protège. De l'homme on passe à la personne d'où on glisse à sa personnalité. Ainsi la loi fondamentale allemande édicte, dans son article, que " chacun a droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale. "

De ces droits, le droit à l'image, dans nos sociétés où le regard est maître, est le prototype. Le transsexuel sera donc en droit d'adopter l'image du sexe de son choix. Pour motif de santé il est vrai. Mais la santé n'est-elle pas un droit de l'homme ?

Mais les droits, émanant de la personne, sont devenus des biens au moment même où ils ont eu accès à un marché d'échange généralisé. Les moyens techniques et scientifiques qui pouvaient porter atteinte à la vie privée ont fait découvrir qu'ils étaient susceptibles d'exploitation lucrative. Le " right of publicity " fut découvert, aux Etats-Unis, en corrélation avec le droit d'être laissé seul. (The right to be let alone)

Le " droit à " dénote un imaginaire dans le discours du droit qui confine à l'idéologie.

Jacques Lacan a bien vu le lien entre le pouvoir (potestas ; jus fori) et le droit de l'homme à disposer de lui-même. Le domaine du bien, dit-il dans " Ethique de la psychanalyse " est la naissance du pouvoir. La notion de la disposition du bien est essentielle et si on la met au premier plan, tout vient au jour de ce que signifie la revendication de l'homme parvenu à un certain point de son histoire, à disposer de lui-même. "

Ainsi l'homme peut-il disposer de son corps. Pour Saint Thomas l'homme n'était qu'usufruitier de son corps. Dès lors l'acte médical (thérapeutique) ne peut plus s'analyser selon les termes classiques.

Le juriste allemand Jhering, au 19e siècle fit la critique des droits de la personnalité. Sa critique reste valable pour les droits de l'homme. On ne voit pas que ces droits, disait-il, comportassent un objet extérieur à la personne se présentant comme sujet de droit. Ce droit était un droit sans corrélat, sans rapport juridique ; un intransitif.

De son côté Girard, dans son manuel de droit romain, écrit " qu'un droit suppose trois éléments : une personne qui en est le sujet, une chose qui en est l'objet sur lequel il porte et une action qui en est la sanction. "

La nécessité de la chose extérieure est donc mise en relief. Girard, dans ce passage, évoquait la célèbre summa divisio du jurisconsulte romain Gaius : " Tout le droit que nous faisons se rapporte ou aux personnes, ou aux choses ou aux actions. "

Le sujet dont parle Girard exerce son action contre un autre. Ils sont donc deux sur la scène du droit : Primus et secundus. L'action les médiatise et les met en rapport de droit. Car le sujet ne réclame pas la chose par le besoin qu'il en a mais par la conviction qu'il y a droit.

Le droit peut se formaliser selon le discours du maître que J. Lacan a formalisé ainsi : S1 S2 (Primus et Secundus)//\$ / a

Dès lors, le droit (un droit) s'interpose entre le sujet et la chose.

Pour le droit de propriété, le S2 représente tous ceux qui sont exclus par S1. Disposer d'un bien c'est exclure les autres.

Par analogie en passant des choses aux personnes nous pouvons dire que l'état-civil s'articule comme suit :

- les mentions de l'acte (le sexe) qui constituent un dire de l'officier de l'état-civil, sont du registre du symbolique.

- le sexe anatomique auquel il est référé est du registre du réel.

- la possession d'état. qui comprend :

*le nomen : le nom

*tractatus : être traité comme un garçon ou une fille

*la fama : ou renommée d'être ainsi nommé ou traité.

La possession d'état qui recouvre exactement ce qui a été appelé le " sexe sociologique " est de l'ordre de l'imaginaire.

L'arrêt de la cour suprême a cassé l'articulation de ces trois registres. La référence apparaît exclusivement imaginaire. C'est le sexe psycho-sociologique qui l'emporte. Imaginaire et réel sont confondus. L'acte de l'état-civil, le titre ne s'interposent plus entre le sujet et son corps sexuel. Et le sujet se chosifie.

Le sujet des droits de l'homme serait donc à placer, dans le discours en place d'agent puisqu'il commande. Nous savons que la cour de cassation exigeait avant son revirement de jurisprudence pour modifier l'acte que la cause ait été étrangère à la volonté du sujet. Nous écrivons ainsi ce nouveau discours du droit :

§ S2

S1 a

Ce discours, qui est le discours que Lacan a nommé discours capitaliste, aide à comprendre la transformation de notre droit. Ce sujet (§) est aussi celui qui enjoint au législateur de produire de la légalité à des fins économiques.

Les juristes auraient pu maintenir la spécificité de leur discours en réfléchissant avec leurs propres concepts.

La summa divisio pouvait être appréhendée non comme classification mais comme structure. Et les trois grands registres de J. Lacan (Réel, Symbolique et Imaginaire) permettaient de sortir des dichotomies habituelles et de sauvegarder la dimension autre dans le droit.

Les lois de la biologie et de l'économie relèvent pour le droit du simple fait.

Le fait et le droit, comme l'acte et la possession d'état vont ensemble et cependant sont étrangers l'un à l'autre.

Il conviendrait de trouver la barre qui les sépare et les réunit à la fois.

Le fait brut de la castration réelle du transsexuel par le chirurgien ne peut valoir comme droit.

Notes

1. Le droit européen est aussi allé dans le sens de l'extension. Pour la cour européenne l'homosexualité est du domaine de la vie privée. Elle a admis qu'une mère célibataire pouvait reconnaître et adopter sa fille, à l'encontre du droit belge qui refusait cette possibilité.