

Le transsexualisme en Europe

Dans le cadre de ses travaux tendant à élaborer une Convention de nature à faciliter la reconnaissance dans un pays des décisions rendues dans un autre pays en matière de transsexualisme¹, la CIEC a établi, en 1996, un questionnaire à l'intention de ses Etats membres. Le Bureau réuni en mars 1997 a envisagé de procéder, à partir des réponses des Sections nationales à ce questionnaire, à l'établissement et à la publication d'une étude sur le transsexualisme. Le Secrétariat Général a rédigé plusieurs ébauches de notes de synthèse, invitant à chaque fois les Etats à compléter leurs réponses en vue d'une harmonisation la plus complète possible. Ce sont les informations contenues dans ces diverses réponses qui ont servi de base pour la rédaction de l'étude, approuvée par l'Assemblée Générale réunie à Paris en 1998. L'étude *"Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les Etats de la CIEC"* a fait l'objet d'une publication dans la Revue Droit de la famille (*Editions du Juris-Classeur, Paris, 1998, n° 12, pp. 3-9*).

On peut encore préciser que dans le cadre de ses propres travaux sur les questions relatives aux transsexuels, le Conseil de l'Europe avait également préparé, en 1996, un questionnaire qu'il avait adressé à ses Etats membres. A la demande du Conseil de l'Europe, la CIEC a entrepris la rédaction d'une nouvelle note, *"Le transsexualisme en Europe"*, faisant la synthèse des informations fournies par les Etats membres de la CIEC et par les Etats membres du Conseil de l'Europe dans leurs réponses. Cette note, complétée par les textes des dispositions législatives ou administratives, des instruments internationaux et des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, a fait l'objet d'une publication, en français et en anglais, par le Conseil de l'Europe au début de l'été 2000.

Depuis cette publication du Conseil de l'Europe, d'autres arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ont été rendus, modifiant certains passages de la note de synthèse. On trouvera, ci après, une version modifiée, avec mise à jour au 20 septembre 2002.

¹ La Convention n° 29 relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe a été signée à Vienne le 12 septembre 2000.

Le transsexualisme en Europe

Note de synthèse rédigée par Madame Frédérique GRANET,
Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg,
et le Secrétariat Général de la CIEC

avec mise à jour au 20 septembre 2002

Plan

I - L'état civil du transsexuel

A - Les critères de l'admission du transsexualisme en droit positif

1°) Le droit écrit

- a) Les lois
- b) Les dispositions réglementaires

2°) Les solutions dégagées par la jurisprudence et par la pratique administrative

- a) La jurisprudence judiciaire
- b) Les pratiques administratives

B - La modification des actes de l'état civil et des documents administratifs

1°) Les actes de l'état civil

- a) L'acte de naissance du transsexuel
- b) Les autres actes

2°) Les documents administratifs

II - La vie familiale du transsexuel

A - Le sort des liens familiaux créés avant la modification de l'état civil du transsexuel

1°) L'existence d'une famille fondée sur le mariage

2°) L'existence d'une famille fondée sur le concubinage

B - La vie familiale future du transsexuel

Liste des abréviations utilisées

BGBI (Allemagne)	<i>Bundesgesetzblatt</i>	Journal Officiel
BW (Pays-Bas)	<i>Burgerlijk Wetboek</i>	Code civil
Cc		Code civil
CEDH		Cour Européenne des Droits de l'Homme
CIEC		Commission Internationale de l'Etat Civil
CRC (Portugal)	<i>Codigo do Registo Civil</i>	Code de l'état civil
INSEE (France)		Institut National de la statistique et des études économiques
LRC (Espagne)	<i>Ley del registro civil</i>	Loi du registre civil
PStG (Autriche)	<i>Personenstandsgesetz</i>	Loi fédérale sur l'état civil
RRC (Espagne)	<i>Reglamento del registro civil</i>	Règlement du registre civil
SS. (Espagne)	<i>Sentencias del Tribunal Supremo</i>	Arrêts de la Cour Suprême

Le transsexualisme en Europe

A côté des noms et prénoms, le sexe -tel qu'il est déterminé anatomiquement- est indiqué par l'officier de l'état civil dans l'acte de naissance et contribue à l'identification légale de la personne. A ce titre, il figure aussi dans divers documents administratifs ou dans des pièces officielles que l'on est amené à produire en vue de l'exercice de ses droits et libertés, y compris dans la vie privée et sociale ou plus généralement chaque fois que l'on doit prouver son identité.

L'indication du sexe dans l'acte de naissance ne suscite guère de difficultés sauf en ce qui concerne les transsexuels. Or la question du transsexualisme a suscité des discussions auxquelles se sont intéressés la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC)¹ et le Conseil de l'Europe (voir notamment les travaux du XXIIIe Colloque de droit européen organisé à Amsterdam du 14 au 16 avril 1993 par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'Université Libre d'Amsterdam et le concours de la CIEC sur "Transsexualisme, médecine et droit").

La CIEC a entrepris une étude sur la situation dans ses Etats membres (Voir F. Granet et le Secrétariat Général, "Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les Etats de la CIEC"). A la demande du Conseil de l'Europe, le champ de la recherche a été étendu à d'autres Etats européens qui ont bien voulu répondre à un questionnaire ou pour lesquels des informations ont pu être tirées des travaux du colloque d'Amsterdam. Le présent rapport prend donc en considération la situation juridique dans les Etats membres de la CIEC², ainsi que dans la Principauté d'Andorre, en Bulgarie, au Danemark, en Finlande, en Hongrie, en Lettonie, en Norvège, en Pologne, en Roumanie, en Russie, en Slovaquie, en Slovénie et en Suède, soit dans vingt-six Etats.

La notion de transsexualisme est discutée. D'un point de vue médical, le sexe serait une notion complexe, composée de plusieurs éléments : le sexe génétique ou chromosomique, le sexe hormonal, le sexe anatomique ou apparent, enfin le sexe psychologique ou psychosocial c'est-à-dire comportemental. Le phénomène du transsexualisme se caractériserait par une discordance entre le sexe anatomique, déterminé génétiquement et hormonalement, et le sexe psychologique; le transsexualisme vrai correspondrait au sentiment profond et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est inscrit dans l'acte de naissance et au besoin intense et constant de changer de sexe au regard de l'état civil.

Une recommandation de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la condition des transsexuels a défini le transsexualisme comme "un syndrome caractérisé par une personnalité double, l'une physique, l'autre psychique, la personne transsexuelle ayant la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe, ce qui l'entraîne à demander que son corps soit corrigé en conséquence" (Recommandation 1117 de 1989, §1).

De nombreux Etats européens ont tour à tour été confrontés au problème des transsexuels ayant revendiqué la modification de la mention du sexe dans leur acte de naissance, accompagnée le cas échéant d'une demande de changement de prénom. Sur ce point, la Recommandation 1117 a invité les Etats du Conseil de l'Europe à déterminer dans un texte législatif les modalités de rectification de la mention du sexe de l'intéressé dans son acte de naissance et dans ses pièces d'identité en cas de transsexualisme irréversible, tout en autorisant corrélativement un changement de prénom pour préserver la vie privée du sujet conformément à l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. La Recommandation rappelle aussi la prohibition édictée par l'article 14 des discriminations dans la jouissance des droits et libertés fondamentaux proclamés dans cette convention. En outre, le Parlement européen a adopté le 12 septembre 1989 une résolution sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels. La Suède a montré l'exemple en légiférant dès 1972. Elle a été suivie par l'Allemagne en 1980, l'Italie en 1982, les Pays-Bas en 1985 et la Turquie en 1988 et la Hongrie le fera peut-être à l'occasion de la réforme d'ensemble de la législation sur la santé publique.

D'autres Etats ont adopté une réglementation administrative (Autriche et Slovaquie).

¹ Organisation intergouvernementale, la CIEC est composée des Etats suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Croatie, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume Uni, Suisse, Turquie. Ont le statut d'observateur : la Lituanie, la Fédération de Russie, le Saint-Siège, la Slovénie, la Suède. Elle a conclu des accords de coopération avec le Conseil de l'Europe, la Conférence de La Haye de droit international privé, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés et l'Union Européenne. Conformément à ses statuts, la CIEC exerce une mission documentaire et conventionnelle.

² L'étude de la CIEC ne couvre pas les Etats membres les plus récents: la Pologne (1998), la Croatie (1999) et la Hongrie (1999).

D'autres encore, plus nombreux, laissent à la jurisprudence judiciaire (Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Grèce, Luxembourg, Pologne, Portugal, Roumanie, Suisse) ou à la pratique administrative le soin de résoudre les problèmes lorsqu'il s'en pose (Danemark, Finlande, Norvège, Slovaquie).

Au Royaume-Uni, on aborde au cas par cas, de façon pragmatique, les problèmes posés par le transsexualisme, une loi de 1996 sur le droit du travail étant cependant intervenue pour décider qu'un licenciement pour cause de transsexualisme aurait un caractère abusif.

On relèvera encore que dans deux pays, les opérations de conversion sexuelle ne sont pas autorisées (Andorre où l'article 192 du Code pénal semble interdire implicitement la réalisation d'une opération sur le territoire de la Principauté - Hongrie) ou que dans deux autres, sans être interdites, elles sont très rarement pratiquées de sorte qu'il n'y a guère de décisions rendues en la matière (Lettonie, Russie). Ces circonstances peuvent conduire des nationaux à se rendre à l'étranger pour y être opérés et généralement, ils obtiennent à leur retour une rectification de la mention du sexe inscrite dans leur acte de naissance. En Andorre et en Lettonie cependant, dans cette hypothèse, on n'a pas rencontré de telles demandes.

D'une façon générale, le phénomène est reconnu s'il s'agit d'un transsexualisme vrai, mais cette admission est parfois intervenue sous la pression d'une décision rendue par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Il n'en demeure pas moins que les discussions ont du même coup rebondi : en effet, dès lors que le transsexualisme est admis, se pose la question délicate de savoir quelles conséquences en tirer sur la vie familiale du sujet.

I - L'ETAT CIVIL DU TRANSSEXUEL

Pour que l'état civil du transsexuel soit modifié, il faut bien sûr que le syndrome du transsexualisme dont il se prétend atteint soit reconnu. Or en ce qui concerne les critères nécessaires à la reconnaissance du transsexualisme et ses incidences sur l'état civil, la politique juridique varie selon les Etats.

A - Les critères de l'admission du transsexualisme en droit positif

Certains Etats ont adopté des règles écrites, tandis que d'autres ont abandonné à la jurisprudence, voire à la pratique administrative le soin d'établir les critères du transsexualisme et les solutions à retenir.

1°) Le droit écrit

Tantôt il est l'œuvre du législateur; tantôt il est de nature réglementaire.

a) Les lois

En Allemagne, en Italie, aux Pays-Bas, en Suède et en Turquie, le législateur est intervenu.

La loi allemande du 10 septembre 1980 sur "le changement des prénoms et la constatation de l'appartenance à un sexe dans des cas particuliers" (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen [Transsexuellengesetz - TSG] vom 10 September 1980, BGBl. I s.1654*) prévoit deux procédures judiciaires aux effets plus ou moins étendus : la "solution restreinte" (*kleine Lösung*) qui est limitée au changement des prénoms du transsexuel et la "solution large" (*große Lösung*) qui comporte une décision du tribunal constatant le changement de sexe et entraînant la modification des prénoms. Dans ce dernier cas, pour que le requérant obtienne satisfaction, il faut en principe qu'il soit de nationalité allemande (la loi étant néanmoins également applicable aux apatrides, aux titulaires du droit d'asile et aux réfugiés) ; qu'il ne soit pas engagé dans les liens d'un mariage non dissous ; qu'il soit définitivement incapable de procréer ; qu'il y ait identification depuis au moins trois ans avec le sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance et que ce sentiment soit très probablement irréversible ; qu'une intervention chirurgicale ait modifié les signes extérieurs caractéristiques du sexe d'origine du sujet et lui ait donné l'apparence physique de l'autre sexe. La loi allemande exige en outre que le transsexuel ait atteint l'âge de 25 ans, mais cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour Constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht, 16 mars 1982*).

En Italie, aux Pays-Bas et en Turquie, la loi retient seulement un système correspondant à la "solution large" connue en Allemagne, ainsi qu'en Autriche comme on le verra. Aux Pays-Bas, un transsexuel - qu'il s'agisse d'un national ou d'un étranger résidant dans le pays depuis au moins un an - peut demander au tribunal de modifier le sexe inscrit dans son acte de naissance (art. 28 à 28c, Livre 1 BW) s'il justifie des conditions suivantes : il ne doit pas être présentement marié ni apte à procréer; une expertise médicale doit établir la réalité du syndrome transsexuel et la conviction irréversible du sujet de son appartenance au sexe opposé l'ayant amené à subir une opération chirurgicale pour transformer son apparence corporelle. En Italie et en Turquie, la législation est moins précise. En Italie, la loi n° 164 du 14 avril 1982 -soumise à un contrôle de constitutionnalité, elle n'a cependant pas été déclarée inconstitutionnelle (décision n° 161 du 24 mai 1985)- prévoit qu'une personne peut obtenir par la voie judiciaire la modification de la mention du sexe indiqué dans son acte de naissance, mais elle ne fixe pas les conditions nécessaires qui sont donc appréciées par le tribunal. Ainsi par exemple, ni l'irréversibilité du sentiment d'appartenance à l'autre sexe, ni l'impossibilité de procréer ne sont expressément exigées, mais l'intervention chirurgicale nécessite une autorisation préalable du tribunal, accordée après vérification de la réalité du syndrome du transsexualisme. Une fois constatée la réalisation du traitement médical, le tribunal rend enfin sa décision relativement au changement du sexe de l'intéressé. En Turquie, conformément à la loi n° 3444 du 4 mai 1988 qui a réformé l'article 29 du Code civil, un transsexuel peut demander la modification de la mention du sexe inscrite dans son acte de naissance si l'existence du syndrome transsexuel est attestée par une expertise médicale. Dans ces Etats, si les lois ne fixent pas de condition d'âge, l'intéressé doit avoir dépassé la puberté pour subir un traitement médical.

En Suède, pour pouvoir demander une modification de la mention du sexe inscrite dans son acte de naissance, il faut que le requérant ait dix-huit ans révolus, qu'il ait la nationalité suédoise (cf. Rapport du Professeur J.E. DOEK au Colloque d'Amsterdam, préc.) et un comportement persistant se référant à l'autre sexe. Il faut encore, comme en Allemagne et aux Pays-Bas, qu'il soit célibataire ou que son mariage antérieur ait été dissous et qu'il soit incapable de procréer dans son sexe d'origine.

b) Les dispositions réglementaires

Des textes de nature réglementaire ont été adoptés en Autriche et en Slovaquie.

En Autriche, la réglementation inspirée de la loi allemande prévoit une alternative. Selon la circulaire du Ministère de l'Intérieur du 18 juillet 1983 modifiée par celle du 27 novembre 1996, la mention marginale du changement de sexe dans l'acte de naissance accompagnée du changement des prénoms sur autorisation administrative est admise si une évolution sexuelle réelle est prouvée par une expertise réalisée par l'Institut de Médecine Légale de l'Université de Vienne, constatant que le requérant a vécu depuis une année sous la contrainte et dans la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe, ce qui l'a conduit à subir une intervention chirurgicale aux fins d'en acquérir l'apparence physique. En cas de mariage antérieur, celui-ci doit être dissous. En dehors de ces conditions, l'autorité administrative peut autoriser simplement la substitution d'un prénom neutre au prénom d'origine qui, d'après la loi (§21 PStG), doit indiquer le sexe.

En Slovaquie, deux arrêtés ministériels ont été pris en 1981, l'un par le Ministère de l'Intérieur, l'autre par le Ministère de la Santé. Le premier concerne la procédure de changement du prénom et du nom du transsexuel et la rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance après réalisation de l'intervention chirurgicale. Le second porte sur la délivrance d'une attestation par une institution médicale désignée en vue de la rectification des actes de l'état civil. Il en résulte qu'une opération de conversion sexuelle n'est pas prohibée en Slovaquie. Néanmoins, elle semble peu pratiquée (il n'y a d'ailleurs pas de jurisprudence) compte tenu notamment de raisons humaines et de raisons matérielles tirées du caractère obsolète des arrêtés en vigueur, dont les projets de réforme n'ont néanmoins jamais abouti pour l'instant. La procédure de rectification de la mention du sexe dans l'acte de naissance est purement administrative : une institution médicale délivre une attestation constatant le caractère irréversible du syndrome transsexuel et la réalisation de l'intervention chirurgicale. Sur présentation de ce document aux autorités administratives locales, le sujet peut ensuite solliciter le changement de son prénom et de son nom de famille (ce dernier élément constituant une particularité du droit slovaque) ; s'il est fait droit à cette demande, l'intéressé peut aussi obtenir la modification de la mention du sexe dans son certificat de naissance et la délivrance d'un nouveau certificat. Enfin, tous autres documents administratifs pourront lui être remis en tenant compte de sa nouvelle identité. En théorie, il paraîtrait impossible de reconnaître un changement de sexe lorsque l'opération chirurgicale

a été effectuée à l'étranger car l'attestation médicale nécessaire à la rectification des actes de l'état civil doit être délivrée par une institution slovaque et après réalisation de l'intervention en Slovaquie. Pourtant, selon l'avis de l'expert désigné par le Ministère de la Santé, une institution médicale slovaque devrait pouvoir délivrer l'attestation même en cas d'intervention faite à l'étranger, ce qui permettrait la rectification des actes de l'état civil si le syndrome du transsexualisme s'avérait irréversible.

2°) Les solutions dégagées par la jurisprudence et par la pratique administrative

Dans certains Etats, c'est la jurisprudence judiciaire ou parfois même la pratique administrative qui détermine les critères à retenir en matière de transsexualisme en l'absence de loi. Mais la fréquence des décisions et leur teneur sont très variables.

a) La jurisprudence judiciaire

En Belgique, les juridictions ont été saisies à un certain nombre de reprises de demandes en modification du sexe indiqué dans l'acte de naissance. Initialement traitée comme une action en rectification de l'acte, l'action semble désormais toujours considérée comme une véritable action d'état. Dans l'affaire D. Van Oosterwijk, la Cour d'Appel de Bruxelles avait rejeté la demande en rectification du sexe, malgré les interventions chirurgicales subies et les tendances psychopathologiques de la requérante, au motif qu'il n'était pas prouvé qu'au moment de la rédaction de l'acte de naissance, elle aurait été du sexe opposé. Ensuite, la jurisprudence s'est révélée diversifiée: certains tribunaux ont refusé de modifier l'acte de naissance en l'absence de distorsion entre le sexe fondamental et les caractères secondaires. D'autres, plus nombreux, ont ordonné la modification de l'indication du sexe dans l'acte de naissance en cas de transsexualisme vrai, accompagnée de celle du prénom, motif pris d'une erreur des parents sur le choix des prénoms. Une partie de la doctrine conteste la compétence du juge judiciaire en ce qui concerne le changement du prénom, celui-ci devant en droit commun suivre la voie administrative (selon la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms) dans la mesure où aucune erreur sur ce point n'a été commise au moment de l'enregistrement de la naissance et certains tribunaux se sont rangés à cette opinion.

En Bulgarie, après une opération de conversion sexuelle pratiquée dans le pays ou à l'étranger (selon des textes émanant du Ministère de la Santé publique : RD-09-18 et RD-09-218/1988), une personne peut demander au tribunal une rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance ainsi qu'un changement de prénom ; le tribunal peut y faire droit en retenant que le sexe inscrit dans l'acte est erroné et qu'il existe un intérêt sérieux à la modification du prénom (art. 124 de la Loi sur les personnes et la famille ; art. 15 de la Loi sur les noms des citoyens bulgares ; art. 67 de l'Ordonnance sur l'état civil). A cette fin, le transsexuel doit justifier par témoins et par expertises médicales de la réalité du syndrome du transsexualisme dont il est atteint.

En Espagne, plusieurs décisions de la Cour Suprême ont permis la modification du sexe indiqué dans l'acte de naissance (SS. 2 juillet 1987; 15 juillet 1988; 3 mars 1989 et 19 avril 1991) afin qu'il concorde avec le sexe social du sujet et que la personnalité de celui-ci puisse librement se développer. En outre, le droit espagnol prévoit une procédure tendant seulement à modifier les prénoms, le syndrome du transsexualisme constituant l'intérêt du requérant dont la demande est admise lorsqu'il choisit un prénom mixte.

En France, alors que les juridictions du fond étaient divisées, la Cour de cassation avait adopté une position ferme consistant à écarter les demandes en modification de la mention du sexe, en se fondant sur l'idée que si le transsexuel avait perdu les attributs de son sexe d'origine, il n'avait pas pour autant acquis ceux du sexe opposé. Cependant, l'une de ses décisions fut suivie d'un recours devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Botella c. France, CEDH 25 mars 1992, série A n° 231c). La requérante arguait initialement d'une violation des articles 3, 8 et 12 de la Convention des Droits de l'Homme¹. Le premier grief n'ayant pas été retenu par la Commission, il fut abandonné par l'intéressée devant la Cour, laquelle écarta aussi l'argument tiré d'une méconnaissance de l'article 12, comme elle l'avait déjà fait dans l'affaire Rees (affaire Rees c. Royaume-Uni, CEDH 17 octobre 1986,

¹ **Art. 3** : "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants". **Art. 8, al. 1** : "Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance". **Art.12**: "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".

série A n° 106) où elle avait énoncé qu' "en garantissant le droit de se marier, l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent" ; or, comme l'ont relevé la Cour de cassation française et la Cour Suprême espagnole, le transsexuel n'acquiert pas biologiquement le sexe opposé. C'est sur le fondement de l'article 8 et d'une atteinte portée au respect de la vie privée du transsexuel que la Cour de Strasbourg a condamné la France dans l'affaire Botella, en estimant que la requérante, amenée fréquemment dans la vie courante à produire des documents révélant son sexe d'origine (carte nationale d'identité, actes de l'état civil, carte de sécurité sociale, ...) se trouvait ainsi placée dans une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée ; que dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts particuliers de l'intéressée était rompu. A la suite de cela et alors que des solutions moins énergiques auraient sans doute été envisageables, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence dans deux arrêts rendus solennellement en Assemblée Plénière le 11 décembre 1992 (Bulletin des arrêts de la Cour de cassation 1^{er} février 1993, n° 13, p. 27): dorénavant, si le syndrome du transsexualisme a été médicalement constaté par voie d'expertise judiciaire et si le sujet a subi une intervention chirurgicale lui donnant l'apparence physique du sexe opposé, la Cour de cassation autorise la modification de la mention du sexe du demandeur dans son acte de naissance, ce qui justifie corrélativement la possibilité d'un changement du prénom. Il est cependant intéressant de relever qu'en pratique, on rencontre aussi des demandes limitées à une modification du prénom et fondées sur la conviction d'appartenance à l'autre sexe ; les juridictions du fond tendent à y faire droit au motif que cette circonstance constitue bien un intérêt légitime au changement du prénom.

En Grèce, la jurisprudence admet aussi la modification de la mention du sexe et du prénom dans l'acte de naissance, à la suite d'une intervention chirurgicale commandée par des nécessités thérapeutiques (hermaphrodisme ou prédispositions psychologiques vers l'autre sexe). Cependant, à la différence de ce qui se passe en France, on ne trouve pas de demandes tendant à un simple changement de prénom et d'ailleurs, leur succès semblerait fort improbable.

Au Luxembourg, les tribunaux sont assez stricts et ne retiennent que les cas de transsexualisme vrai, caractérisé par une discordance apparue précocement entre le vécu psychologique de l'intéressé, convaincu d'appartenir en réalité au sexe opposé, et le sexe inscrit dans son acte de naissance. Il faut qu'il ait subi une intervention chirurgicale correspondant à la nécessité profonde de se comporter comme un sujet de l'autre sexe (jugements du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 28 janvier 1987, n° 53/87 ; du 31 mai 1989, n° 294/89 ; et du 5 avril 1995, n° 355/95). Les tribunaux écartent au contraire les demandes formées par pure convenance personnelle. Une requête en changement de prénom devant l'autorité administrative pourrait a priori être fondée sur la conviction du requérant d'appartenir au sexe opposé, sentiment qui pourrait constituer un intérêt légitime au sens de la loi des 11 et 21 Germinal An XI relative aux prénoms, modifiée par une loi du 18 mars 1982. A défaut de demande reposant sur une telle argumentation, on ignore cependant le sort qui pourrait lui être réservé par le Gouvernement.

En Pologne, l'admission très large du transsexualisme par les juridictions judiciaires a été suivie d'un revirement brutal dans les années 1980, un arrêt rendu par la Cour Suprême en 1989 ayant même décidé qu'aucune disposition du droit ne permettait d'obtenir un changement du sexe inscrit dans l'acte de naissance. Dans les années 1990, la jurisprudence en est revenue à une position souple dans le souci de répondre aux nécessités pratiques. Un arrêt de la Cour Suprême, rendu en 1991, a admis la reconnaissance du transsexualisme, y voyant une question d'intérêt personnel, et la rectification de l'acte de naissance (art. 189 du Code de procédure civile et Loi relative aux actes de naissance, de mariage et de décès), à condition que l'opération de conversion sexuelle ait déjà été réalisée en Pologne ou même à l'étranger. La Cour Suprême a réaffirmé cette solution en 1995.

Au Portugal, où la Cour de Cassation n'a encore jamais été amenée à se prononcer, les juridictions supérieures considèrent aussi qu'il s'agit d'une action d'état. Elles s'y montrent assez favorables, spécialement la Cour d'Appel de Lisbonne qui a admis deux fois la modification de la mention du sexe et des prénoms dans l'acte de naissance des requérants. Pour cela, il faut que l'individu soit convaincu de façon irréversible qu'il appartient au sexe opposé dont il a acquis chirurgicalement l'apparence. Le tribunal de Lisbonne (10 décembre 1991) a aussi jugé qu'il devait être dans l'incapacité de procréer et ne devait pas être marié. En revanche, un transsexuel ne peut pas obtenir la rectification de la mention du sexe par la voie administrative, laquelle est réservée à l'hypothèse particulière où le sexe n'a pas été défini dans l'acte.

En Roumanie, après réalisation sur le territoire national ou à l'étranger d'une intervention chirurgicale de conversion sexuelle, permise en cas de transsexualisme médicalement établi, un tribunal peut être saisi par l'intéressé afin d'ordonner la rectification de l'indication du sexe qui avait été portée dans son acte de naissance.

En Suisse, une action d'état est admise par la jurisprudence afin de modifier l'indication du sexe et corrélativement le prénom du demandeur. Il faut que la réalité du transsexualisme et l'opportunité de la modification du sexe figurant dans l'acte de naissance soient attestées par une expertise médicale, que le requérant ait subi une opération chirurgicale et qu'il ne soit pas apte à procréer. De plus, le cas échéant, un mariage antérieur devrait être préalablement dissous. A défaut d'intervention chirurgicale, il n'est pas exclu que la conviction pendant une période assez longue d'appartenir au sexe opposé puisse constituer un juste motif de changement du prénom au sens de l'article 30, alinéa 1, du code civil, d'autant plus qu'une loi du 1^{er} juillet 1994 a supprimé l'exigence de prénoms faisant clairement ressortir le sexe d'une personne.

b) Les pratiques administratives

En l'absence de textes législatifs ou réglementaires, diverses pratiques administratives sont utilisées en ce qui concerne la reconnaissance du transsexualisme au Danemark, en Finlande, en Norvège et en Slovénie.

Au Danemark, une opération de conversion sexuelle peut être autorisée par la clinique sexologique de l'hôpital universitaire de Copenhague et par le Conseil médical de la justice ; il doit s'agir d'un cas de transsexualisme vrai et le sujet doit être inapte à la procréation. Après réalisation de l'intervention, il est procédé à la rectification de la mention du sexe et au changement du prénom dans l'acte de naissance, ainsi qu'à la modification du numéro d'identification du sujet dans le registre national. Lorsque l'opération a eu lieu à l'étranger, le transsexuel doit fournir une attestation médicale et la demande de reconnaissance du changement de la mention du sexe dans ses actes de l'état civil doit être faite également auprès de la clinique sexologique de l'hôpital universitaire de Copenhague et du Conseil médical de la justice.

En Finlande, sur présentation d'un certificat médical établissant qu'une intervention chirurgicale a été pratiquée dans le pays, le sujet peut faire modifier la mention du sexe indiqué dans son acte de naissance et changer de prénom. En revanche, si l'opération a été réalisée à l'étranger, le changement de sexe n'est pas reconnu. Une évolution pourrait cependant avoir lieu puisqu'un projet de loi a été élaboré, selon lequel une personne atteinte de transsexualisme pourrait demander la rectification de l'indication du sexe dans son acte de naissance à condition qu'elle soit âgée de 20 ans révolus, qu'elle ait la conviction depuis longtemps d'appartenir au sexe opposé dont elle a le comportement social, qu'elle soit célibataire et sans enfant qu'elle soit inapte à procréer et de nationalité finlandaise.

En Norvège, à la suite d'une opération, le transsexuel peut demander au service de l'état civil une rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance et de son numéro personnel d'identification porté dans le registre national à condition de présenter un certificat délivré par le chirurgien en chef de l'hôpital public d'Oslo. Un nouveau prénom peut alors être donné et inscrit dans le registre national. Ces solutions sont applicables que l'opération ait été réalisée en Norvège ou à l'étranger.

Enfin, en Slovénie, les autorités administratives n'ont jamais fait de difficultés pour rectifier la mention du sexe inscrite dans l'acte de naissance d'une personne quand elle justifie grâce à une attestation médicale qu'elle a subi une opération de conversion sexuelle, dans le pays ou même à l'étranger, et s'il s'agit d'un cas de transsexualisme véritable.

En conclusion, on constate que la plupart des Etats européens reconnaissent le syndrome du transsexualisme lorsqu'il est vrai et permettent aux sujets qui en sont atteints d'obtenir une rectification de leur acte de naissance. Toutefois, au Royaume-Uni, **ni la loi ni la jurisprudence n'avaient reconnu le transsexualisme qui n'avait jusqu'à présent produit aucune conséquence juridique. La Cour Européenne a d'ailleurs été saisie à plusieurs reprises, mais la situation au Royaume-Uni présentait des particularités: l'état civil a un aspect historique ; il n'atteste pas l'identité actuelle du sujet car les** événements modifiant l'état des personnes ne sont pas portés en marge des registres. Une intervention chirurgicale de conversion sexuelle n'est subordonnée qu'à des impératifs médicaux d'ordre thérapeutique. Comme toute personne, le transsexuel peut alors changer librement de prénom, se faire appeler Monsieur ou Madame. En outre, il est rarement nécessaire de fournir un acte de naissance. Dans ce contexte et grâce à ces palliatifs -que l'on ne retrouve pas en France- le

refus par les juges anglais de reconnaître le transsexualisme portait une atteinte moindre à la vie privée du sujet, de sorte que dans l'affaire Rees (précitée), puis dans l'affaire Cossey (affaire Cossey c. Royaume-Uni, CEDH 27 septembre 1990, série A n° 184), la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'a pas retenu de violation de l'article 8 de la Convention, contrairement à ce qu'elle a décidé par la suite dans l'affaire Botella (précitée) **contre la France**.

Or saisie à nouveau de deux requêtes contre le Royaume-Uni, elle a opéré un revirement de jurisprudence par deux arrêts rendus le 11 juillet 2002 en Grande Chambre et dont la portée et l'importance sont considérables (affaire I.c. Royaume-Uni, requête 25680/94 et affaire Christine Goodwin c. Royaume-Uni, requête 28957 / 95). Selon ces deux décisions, la Cour a retenu une violation des articles 8 et 12 de la Convention. Le Royaume-Uni, où des réflexions étaient en cours sur les adaptations à apporter au droit en faveur des transsexuels et où un rapport avait été élaboré en la matière par un groupe de travail en avril 2002, doit donc procéder à la réforme sans tarder.

B - La modification des actes de l'état civil et des documents administratifs

1°) Les actes de l'état civil

A l'exception du Royaume-Uni où, comme on l'a vu, aucune mention marginale n'est inscrite, la mise à jour des registres est soumise selon les Etats à des modalités diverses.

a) L'acte de naissance du transsexuel

Le jugement admettant le changement du sexe et éventuellement du prénom fait l'objet d'une mention marginale ou d'une mention ultérieure portée sur l'acte de naissance de l'intéressé dans la plupart des Etats de la CIEC (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal). Dans certains Etats, l'officier de l'état civil compétent en est informé par le tribunal qui lui adresse la copie du jugement (Allemagne) et lui ordonne d'office de procéder à la rectification de l'acte de naissance du transsexuel pour y indiquer son nouveau sexe et son nouveau prénom (Espagne : art. 25 LRC - Italie : art. 2 de la Loi n° 164/92 - Pays-Bas : art. 28, al. 1 et art. 28b, Livre 1, BW - Portugal, où si la décision indique seulement le nouveau sexe, le changement du prénom est admis sur autorisation de l'officier de l'état civil à la demande de l'intéressé : art. 68, 78 et 103 CRC). Dans d'autres, c'est en principe au transsexuel, par l'intermédiaire de son avocat le cas échéant, de demander à l'officier de l'état civil de procéder à la mention du dispositif du jugement en marge de son acte de naissance en produisant une copie de la décision accompagnée de la preuve de son caractère définitif (Autriche : § 16 PStG ; Grèce : loi 344/1976 art. 13) ; toutefois, le tribunal pourrait lui-même ordonner la mention du jugement (Belgique, France, Luxembourg). Enfin, en Turquie, sur décision du tribunal qui envoie copie du jugement à l'officier de l'état civil, l'acte de naissance du transsexuel est annulé. Un nouvel acte est dressé, indiquant le nouveau sexe et le nouveau prénom de l'intéressé.

Il faut encore noter que la confidentialité de la situation particulière du transsexuel se trouve préservée par des mesures de nature diverse, notamment grâce aux limitations apportées dans de nombreux Etats à la délivrance de copies intégrales reprenant toutes les mentions marginales des actes de naissance (cf. F. Granet et le Secrétariat Général de la CIEC, "L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des Droits de l'Homme dans les Etats membres de la CIEC", *Revue trimestrielle de droit européen, Editions Dalloz-Sirey, 1997, n° 3, pp. 653-684*).

En Allemagne, seuls le transsexuel et les administrations peuvent consulter le registre des naissances ou demander des extraits d'un acte établis à partir des registres ; il en est de même pour les mentions apposées en marge du registre des familles et visant le transsexuel. Le libellé de la mention marginale portée dans les registres est le suivant : "*Par la décision du Tribunal d'Instance de en date du il a été constaté que l'enfant est reconnu comme étant de sexe masculin (ou féminin). De même, les prénoms ont été remplacés par*". Suivent les indications de la date et de l'identité de l'officier de l'état civil.

En Autriche, le changement de prénom(s) et le changement de sexe sont simplement mentionnés en marge de l'acte de naissance de l'intéressé de la manière suivante : "*changement du sexe [par autorisation de] en*" et "*changement de(s) prénom(s) de l'enfant [par décision de] en :*" ; *l'autorité administrative ...*; "*numéro de la décision définitive en date du*", avec dans les deux cas les indications de la date et de l'identité de l'officier de l'état civil. Seuls l'intéressé, son conjoint, ses descendants, toute personne justifiant d'un intérêt légal ou les administrations peuvent consulter le registre des naissances ou en demander des copies ou des extraits.

En Belgique, en l'absence de modèle officiel d'inscription marginale, le dispositif du jugement indique la mention du sexe (et éventuellement le prénom modifié) à porter en marge de l'acte de naissance du transsexuel. En cas de modification du seul prénom par arrêté ministériel, celle-ci est aussi mentionnée en marge de l'acte de naissance. Les extraits ne révéleront que les nouvelles indications.

En Espagne, la délivrance d'une copie intégrale reste en principe réservée au transsexuel (art. 22 - 2° RRC), des tiers ne pouvant l'obtenir que sur autorisation spéciale de l'officier de l'état civil, à condition de justifier d'un intérêt légitime et de raisons fondées (art. 21 RRC). En revanche, un extrait de l'acte de naissance du transsexuel peut être remis à quiconque car il ne révèle pas le changement de sexe. Quant à l'inscription marginale, il n'y a pas de modèle officiel, mais elle doit préciser le nouveau sexe et les prénoms attribués à l'intéressé.

En France, la formulation des extraits est telle qu'elle ne laisse pas apparaître le changement de sexe même si l'intéressé a été précédemment marié et divorcé, puisque le nom et le prénom du conjoint ne sont indiqués que par des initiales. Les actes de l'état civil sont mis à jour par apposition d'une mention qui doit reprendre les principales énonciations du dispositif de la décision judiciaire de changement de sexe (et de prénom, le cas échéant) et qui est généralement rédigée ainsi : *"Par jugement du Tribunal de grande instance (arrêt de la Cour d'appel) de rendu le l'intéressé(e) sera désormais désigné(e) comme étant de sexe masculin (ou féminin). Son prénom sera (nouveau prénom) au lieu de (ancien prénom)"*.

En Grèce, les actes de l'état civil sont revêtus de la mention : *"En vertu du jugement de rendu le"* la personne *"a changé de sexe et de prénom"*. Les extraits indiquent seulement le nouveau sexe et le nouveau prénom du sujet sans révéler l'existence d'une modification.

En Italie, en marge de l'acte de naissance du transsexuel, on appose la mention suivante : *"par décision du tribunal de ... en date du ... enregistrée dans le registre des naissances de la commune de , année..., partie n°....., série n°... , l'acte de naissance est rectifié en ce sens que"*; figurent ensuite la nouvelle mention du sexe et le prénom attribué à la personne. Les extraits indiquent seulement le nouveau sexe et le nouveau prénom, de sorte qu'ils ne révèlent pas la modification (art. 5 de la loi n° 164 du 14 avril 1982 et art. 454 Cc sur la rectification des actes de l'état civil).

Au Luxembourg, la mention marginale indique le nouveau sexe qui figurera sur les extraits des actes de l'intéressé mis à jour par la mention suivante : *"un jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg/Diekirch, le , dont le dispositif a été transcrit dans les registres aux actes de naissance de la commune de le sous le numéro, ordonne que l'acte inscrit ci-contre est rectifié en ce sens que"* (voir le dispositif)".

Aux Pays-Bas, l'article 81 alinéa 3 de la loi sur l'administration communale de base (registre de la population) offre au transsexuel la possibilité de demander l'élimination des données originaires relatives à son sexe et à son prénom. Quant à ses actes de l'état civil, ils sont mis à jour par une mention ultérieure énonçant que : *"Par jugement du Tribunal de Grande Instance de , rendu le, la mention du sexe est modifiée en et les prénoms sont modifiés en Lieu, date et signature de l'officier de l'état civil."*

Au Portugal, il n'y a pas de modèle officiel de l'inscription marginale ; elle doit préciser le nouveau sexe et les prénoms attribués à l'intéressé. A la demande de ce dernier, un nouvel acte de naissance peut être dressé, portant alors ces nouveaux éléments d'identification (art. 95 CRC).

Enfin en Suisse, la décision de changement de sexe qui a force de chose jugée n'est pas mentionnée en marge des registres spéciaux, c'est-à-dire qu'elle ne figure pas en marge de l'acte de naissance ou de reconnaissance ou de mariage de l'intéressé. En revanche, elle est transcrite d'office dans le registre des familles de son lieu d'origine et un nouveau feuillet est ouvert, ce qui contribue à préserver sa vie privée.

Tous les renseignements précédents sont tirés des réponses au questionnaire que la CIEC avait adressé à ses Etats membres et qui comportait une demande d'informations sur les modalités pratiques de réalisation des rectifications apportées aux actes de naissance. Ces questions, qui touchent strictement à l'état civil, n'avaient pas été posées par le Conseil de l'Europe dans son propre questionnaire, ce qui explique que pour les Etats non membres de la CIEC, aucune donnée précise ne puisse être communiquée. Néanmoins, on peut tout de même indiquer que lorsque le transsexualisme a été reconnu, il a été mentionné dans les réponses des Etats qu'il est procédé dans l'acte de naissance à une rectification de la mention du sexe en Roumanie et en Slovaquie.

S'y ajoute la mention du changement du prénom en Bulgarie et en Finlande, et même du changement de nom en République Slovaque.

b) Les autres actes

La question de la mention du jugement admettant le changement de sexe en marge de l'*acte de mariage* de l'intéressé se pose rarement en pratique. Parfois elle n'a pas lieu d'être : c'est le cas dans les Etats qui subordonnent le changement de sexe à la condition que le requérant ne soit pas présentement marié, donc qu'il soit célibataire ou s'il a été marié, que son mariage ait été dissous avant la modification de l'indication de son sexe sur les registres de l'état civil (Allemagne - Autriche - Italie - Norvège - Pays-Bas - Portugal - Suisse - Voir aussi en ce sens le projet de loi finlandais). Il en est de même au Royaume-Uni où les registres ne sont pas mis à jour. Dans les autres Etats, elle pourrait se poser, mais en fait il est particulièrement rare qu'un jugement de changement de sexe soit rendu au profit d'une personne présentement mariée. Cependant le jugement pourrait être mentionné en marge de l'acte de mariage en Belgique, conformément au dispositif du jugement ou à l'initiative de l'officier de l'état civil en vertu des principes généraux régissant la matière. Il en serait sans doute de même au Luxembourg, mais il n'a pas été signalé de jurisprudence sur la question. En Espagne, la question reste discutée. En France, le sexe des époux ne figurant pas expressément dans l'acte de mariage, c'est seulement une mention de changement de prénom qui pourrait être apposée. Mais s'agissant des actes des mariages dissous, ceux-ci ne sont pas mis à jour. En Grèce, selon la doctrine dominante, le mariage du transsexuel devrait être considéré comme inexistant et cette circonstance devrait être mentionnée en marge de l'acte de mariage. Enfin, en Turquie, l'acte de mariage est annulé.

En ce qui concerne les *actes de naissance des descendants* du transsexuel, aucune mention de la décision n'est faite en Allemagne, en Autriche, en France, en Grèce, en Italie, aux Pays-Bas, en Suisse (où la mention relative au changement de sexe n'est pas non plus portée dans le registre des familles sur les feuillets concernant les père et mère et, le cas échéant, l'ex-conjoint ou les enfants du transsexuel) et en Turquie. En Espagne, la question demeure discutée. Enfin, en Belgique et au Luxembourg, aucun texte ne régit la matière ; il en est de même au Portugal où la pratique ne fournit aucun exemple concret.

Il convient de noter que la légitimité d'une mention du jugement de changement de sexe et de la modification du prénom (spécialement si le nouveau prénom n'est pas neutre) en marge de l'acte de mariage ou des actes de naissance des descendants est douteuse pour deux raisons : en premier lieu, un tel jugement est constitutif, c'est à dire non rétroactif ; en second lieu, ces mentions en marge porteraient certainement une atteinte grave à la vie privée du conjoint et des enfants.

2°) Les documents administratifs

Afin de protéger la vie privée du transsexuel, le changement de son sexe a des incidences sur ses documents administratifs ou sur certains d'entre eux. C'est ainsi qu'en Allemagne, le transsexuel peut exiger la modification de pièces administratives (passeport, carte de sécurité sociale, ...) ou la délivrance de nouveaux documents. Toutefois, comme le jugement de changement de sexe est constitutif, les documents établis antérieurement (par exemple, les certificats scolaires ou des diplômes) ne peuvent pas être modifiés, quoiqu'en pratique, dans la mesure du possible et selon la volonté du sujet, on essaie de tenir secrète son appartenance initiale à l'autre sexe. En Autriche, de nouveaux documents administratifs peuvent être délivrés à l'intéressé sur sa demande et il peut aussi obtenir de nouvelles attestations relatives à ses diplômes. En Belgique, sur demande de l'intéressé, de nouveaux documents administratifs lui sont délivrés. En Espagne, le transsexuel doit demander l'annulation et le remplacement de ses documents administratifs (carte nationale d'identité, permis de conduire...) auprès de l'organisme compétent du Ministère de l'Intérieur. En France, il appartient aussi à l'intéressé de solliciter de nouveaux documents (carte de sécurité sociale, carte nationale d'identité, passeport, permis de conduire, numéro INSEE...). Il en est de même au Luxembourg. En Grèce, on procède à la mise à jour du registre des municipalités, sur la base duquel tantôt on établit de nouveaux documents administratifs en cas d'annulation des précédents (par exemple, la carte d'identité), tantôt on actualise les autres. En Italie, les documents administratifs sont annulés et remplacés d'office. Aux Pays-Bas, les pièces administratives sont généralement annulées et remplacées sur demande de l'intéressé. Au Portugal, de nouveaux documents (carte nationale d'identité, passeport, permis de conduire, ...) sont remis au transsexuel par les services émetteurs. Au Royaume-Uni, de nouveaux documents administratifs (passeport, permis de conduire, carte

d'assurance nationale, carte médicale) sont délivrés au transsexuel qui est aussi inscrit sous ses nouveaux nom et prénoms sur les listes électorales, au rôle des impôts, sur les pièces de sécurité sociale ... En Suisse, les documents administratifs du transsexuel sont annulés sur sa demande et remplacés en principe par le service qui les avait émis. En Turquie, les documents administratifs sont annulés et remplacés sur injonction du tribunal qui a rendu le jugement autorisant le changement légal de sexe.

En ce qui concerne les Etats non membres de la CIEC, certaines réponses au questionnaire établi par le Conseil de l'Europe indiquent que très généralement, la modification de la mention du sexe dans l'acte de naissance produira ses conséquences dans tous les domaines, ce qui paraît inclure la délivrance de nouveaux documents administratifs (Bulgarie - Danemark - Hongrie - Norvège - République Slovaque - Roumanie - Slovénie), ainsi que la modification du numéro national d'identification personnel de l'intéressé comme l'ont précisé le Danemark, la Hongrie et la Norvège.

II - LA VIE FAMILIALE DU TRANSSEXUEL¹

Dans tous les Etats européens, le mariage entre deux personnes du même sexe est prohibé. Par ailleurs, les décisions autorisant la modification du sexe indiqué dans les actes de l'état civil sont constitutives. Dès lors, on doit s'interroger sur le sort des liens familiaux créés avant la modification de l'état civil du transsexuel, puis sur sa vie familiale à venir.

A - Le sort des liens familiaux créés avant la modification de l'état civil du transsexuel

1°) L'existence d'une famille fondée sur le mariage

Il semble assez rare qu'un transsexuel marié ou demeuré marié ait obtenu la modification de son état civil et c'est parfois même exclu. Ainsi, en Allemagne, en Autriche, aux Pays-Bas et en Suisse, le changement juridique du sexe est impossible puisqu'il est subordonné au célibat ou à la dissolution antérieure du mariage. Toutefois en Autriche (depuis la circulaire du 27 novembre 1996, précitée), en Allemagne et aux Pays-Bas, la réalisation de l'intervention chirurgicale de conversion sexuelle n'est pas subordonnée au prononcé antérieur du divorce.

En Italie et en Turquie, la question ne peut pas non plus se poser puisque le mariage est dissous de plein droit à compter du jour où la décision est devenue définitive, un époux turc pouvant même alors être tenu de verser à son ex-conjoint une pension alimentaire.

Dans d'autres Etats, la situation considérée pourrait théoriquement se présenter, les solutions n'étant pas fixées faute de jurisprudence clairement établie. En Belgique, la doctrine s'accorde généralement pour dire que le mariage doit être dissous mais elle s'interroge sur le procédé adéquat (divorce, annulation du mariage, dissolution automatique...). En Grèce, les auteurs suggèrent de considérer le mariage antérieur comme inexistant. En France, certains préconisent aussi cette solution, tandis que d'autres envisagent une dissolution de plein droit, le mariage étant devenu sans objet ou, si l'on préfère, frappé de caducité. *Les rares décisions publiées dans les recueils de jurisprudence ont prononcé le divorce pour faute aux torts exclusifs du mari à la demande de l'épouse dans des hypothèses où celui-ci avait subi une intervention de conversion sexuelle et avait un comportement correspondant à sa nouvelle apparence physique (voir Cour d'appel de Nîmes, 7 juin 2000, Revue de droit de la famille 2001, commentaires n° 4, noté H. Lécuyer. – Tribunal de Grande Instance de Caën, 28 mai 2001, Recueil Dalloz 2002, jurisprudence p. 124, note L. Mauger – Vielpeau).* En Norvège, un tribunal a aussi prononcé le divorce d'un transsexuel qui était marié au moment de la modification de ses actes de l'état civil. En Pologne, le changement de la mention du sexe dans l'acte de naissance d'une personne n'entraîne pas automatiquement la dissolution de son mariage. Au Portugal, la doctrine juridique est partagée entre deux opinions : selon la première, le changement de sexe indiqué dans l'acte de naissance des époux serait une cause de dissolution du mariage, selon la seconde une cause d'inexistence. Mais la question ne se posera plus si la jurisprudence du tribunal de Lisbonne (cf. supra, I, A, 2°), qui considère que l'une des conditions de la reconnaissance du transsexualisme est que le transsexuel ne soit pas marié, vient à se confirmer.

¹ S'agissant de la vie familiale du transsexuel, les informations données concernent presque exclusivement les Etats de la CIEC, ce thème ne figurant pas dans le questionnaire établi par le Conseil de l'Europe.

Dans les deux arrêts du 11 juillet 2002, rendus contre le Royaume-Uni (précités), "réexaminant la situation en 2002, la Cour observe que par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause.... Certes, la première phrase [de l'article 12] vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier. La Cour n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques.... Elle juge artificiel d'affirmer que les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ne sont pas privées du droit de se marier puisque, conformément à la loi, il leur demeure possible d'épouser une personne du sexe opposé à leur ancien sexe...". Et la Cour ajoute : "S'il appartient à l'Etat contractant de déterminer, notamment, les conditions que doit remplir une personne transsexuelle qui revendique la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée et celles dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalités applicables à un futur mariage (par exemple, les informations à fournir aux futurs époux), la Cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier" ; d'où une violation de l'article 12 de la Convention. Il appartient donc dans chaque Etat aux autorités compétentes de régler le sort d'un mariage antérieur le cas échéant.

Si le couple avait eu des enfants, la filiation légitime de ceux-ci ne se trouverait pas affectée par la modification du sexe légal d'un de leurs parents. Néanmoins, il serait alors nécessaire de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur les enfants mineurs, comme c'est prévu en Turquie. A raison du caractère tout à fait exceptionnel de la situation, il n'y a généralement pas de jurisprudence sur ce point, hormis au Royaume-Uni où à la suite du divorce, un transsexuel (de sexe masculin à la naissance) avait été assigné par son ex-épouse en suppression du droit de visite concernant leur fille. Le juge ayant donné satisfaction à la mère au motif que des contacts avec un transsexuel ne serviraient pas les intérêts de l'enfant, le père légal n'avait plus revu la mineure depuis huit ans. Il a donc saisi la Commission Européenne des Droits de l'Homme d'une requête fondée sur les articles 8, 12, 13¹ et 14² de la Convention des Droits de l'Homme. La Commission a formulé l'avis qu'il y a eu violation de l'article 8, mais non de l'article 13 et qu'aucune question distincte ne se posait au regard des articles 12 et 14 (*affaire Kristina Sheffield c. Royaume-Uni, rapport du 21 janvier 1997*). Dans son arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* rendu le 30 juillet 1998, la Cour de Strasbourg n'a en revanche retenu ni violation de l'article 8 pris isolément aussi bien que combiné avec l'article 14, ni violation des articles 12 et 13.

2°) L'existence d'une famille fondée sur le concubinage

Le concubinage est le plus souvent analysé comme une union libre entre un homme et une femme qui vivent maritalement en dehors des liens légaux du mariage. Le changement de sexe de l'un des partenaires n'affecte pas juridiquement le couple et rien ne les empêcherait de continuer à vivre ensemble en couple dorénavant homosexuel. Tout au plus perdraient-ils les droits ou avantages reconnus aux époux lorsqu'ils sont aussi accordés aux concubins hétérosexuels, mais non aux compagnons homosexuels. Il n'est pas inintéressant de relever sur ce point que la loi néerlandaise, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998, sur l'enregistrement du partenariat entre deux personnes qui peuvent être du même sexe, produit des effets proches de ceux du mariage ; **en outre, depuis une nouvelle loi entrée en vigueur aux Pays-Bas le 1^{er} avril 2002, le mariage entre deux personnes du même sexe est permis, ainsi que la conversion d'un partenariat antérieur en mariage.**

Si le transsexuel a eu des enfants dont la filiation naturelle a été établie à son égard, celle-ci n'est pas remise en cause par la modification de son état civil. Des problèmes relatifs à l'exercice de l'autorité parentale pourraient alors se poser comme dans la famille légitime, mais les Etats n'ont signalé aucune affaire de ce type.

¹ **Art. 13** : "Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles."

² **Art. 14** : "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente 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".

On peut se demander, dans l'hypothèse où la filiation n'aurait pas été établie avant la modification du sexe légal, si une action en recherche pourrait être ultérieurement exercée contre le transsexuel et selon quelles modalités. Juridiquement, il ne devrait y avoir aucun obstacle à une telle action tant en raison du caractère constitutif de la décision de changement de sexe qu'en raison du caractère déclaratif du jugement établissant la filiation naturelle. Cependant, l'hypothèse envisagée paraît théorique, sauf à imaginer que des considérations pécuniaires suffisamment importantes (notamment successorales) poussent l'enfant à engager la procédure.

En définitive, sauf pour le problème de la dissolution du mariage ci-dessus évoquée, les événements familiaux qui ont précédé le changement de sexe légal ne paraissent pas susciter de difficultés majeures. Il en est tout autrement de la vie familiale à venir du transsexuel, qui est l'objet d'une assez vive polémique.

B - La vie familiale future du transsexuel

La question essentielle consiste à déterminer si le transsexuel pourra ou non épouser une personne du sexe opposé à son nouveau sexe légal, c'est-à-dire une personne de son sexe d'origine.

Une réponse négative paraît s'imposer en Andorre où le transsexualisme n'est pas reconnu. Dans d'autres Etats, la question avait pu transparaître à travers des décisions rendues par les juridictions suprêmes, même si elles n'en avaient pas été directement saisies. C'est ainsi qu'en France, dans un arrêt rendu en Assemblée plénière le 11 décembre 1992 (précité), la Cour de cassation avait simplement énoncé que le principe du respect dû à la vie privée justifie que l'état civil indique le sexe dont le transsexuel a pris l'apparence -ce qui implique qu'il n'a pas véritablement acquis un nouveau sexe. En Espagne, dans plusieurs sentences (2 juillet 1987, du 5 juillet 1988, du 3 mars 1989 et du 9 avril 1991), le Tribunal Suprême avait relevé que le transsexuel n'acquiert pas véritablement le sexe opposé à son sexe biologique, mais seulement l'apparence. En conséquence, dans une résolution du 2 octobre 1991, la Direction Générale des Registres n'avait pas permis le mariage, en rappelant qu'il est une union entre un homme et une femme. Cependant, la situation a évolué, car par des résolutions de janvier 2001, la Direction Générale des Registres a autorisé le mariage entre un transsexuel et une personne de son sexe d'origine, c'est à dire de son sexe biologique ; une proposition de loi a été élaborée ensuite en ce sens.

C'est encore la solution qui semblait se dégager dans d'autres Etats et elle s'inscrit dans la logique des effets attachés au jugement de changement de sexe. Il s'agit d'un jugement constitutif et qui a une opposabilité absolue, puisqu'il concerne l'état des personnes : toutes conséquences juridiques doivent être produites par le nouveau sexe légal et il convient ainsi notamment de reconnaître au transsexuel une pleine capacité matrimoniale en lui permettant d'épouser une personne de son sexe d'origine sous peine de le priver de son droit de se marier en violation de l'article 12 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Certes, dès l'affaire Rees (arrêt Rees c. Royaume-Uni du 17 octobre 1986, précité), puis dans l'affaire Sheffield et Horsham contre le Royaume-Uni (arrêt du 30 juillet 1998, précité), la Cour Européenne avait écarté l'argument tiré d'une méconnaissance de l'article 12, au motif que cette disposition visait le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologiquement différent, de sorte qu'une condamnation n'avait pas été prononcée contre le Royaume-Uni. Mais on sait que la Cour a opéré un important revirement et retenu une interprétation nouvelle de l'article 12 dans deux arrêts rendus en Grande chambre le 11 juillet 2002 (précités), énonçant qu'elle "n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre.... que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques" au regard du droit de contracter mariage et "qu'il appartient à l'Etat contractant de déterminer, notamment, les formalités applicables à un futur mariage", lequel doit être permis.

En revanche, le transsexuel et son conjoint (ou son compagnon ou sa compagne) ne pourraient pas fonder une famille par procréation naturelle. Désireux d'avoir un enfant, le couple devrait nécessairement s'orienter vers l'adoption, ou vers la procréation médicalement assistée avec don de gamètes ou d'embryon, ou vers la maternité de substitution selon les circonstances et selon ce qui est admis par sa législation nationale et sur ces points-là, les solutions sont variables et parfois même incertaines.

Dans l'affaire X, Y, Z c. Royaume-Uni (CEDH 22 avril 1997), la Cour Européenne des Droits de l'Homme s'est prononcée pour la première fois sur la situation d'un enfant conçu par insémination artificielle avec donneur (I.A.D.), donc n'ayant aucun lien génétique avec la personne qui réclamait d'être juridiquement déclarée comme son père et qui était un transsexuel converti du sexe féminin au

sexe masculin. La Cour relève qu'il est primordial, dans l'intérêt de l'ensemble de la société, de préserver la cohérence des règles du droit de la famille plaçant au premier plan l'intérêt de l'enfant. Sur ce point, elle estime que la modification de la filiation réclamée ne servirait pas nécessairement l'intérêt de l'enfant conçu par I.A.D. et qu'en outre, elle pourrait provoquer des incohérences si l'on admettait d'une part qu'un transsexuel femme-homme puisse légalement devenir père et d'autre part, qu'il conserve son sexe d'origine au regard de certaines institutions juridiques telles que le mariage, puisqu'il pourrait alors épouser un homme. En ce qui concerne ensuite les besoins d'identité personnelle et de sécurité de l'enfant au sein de sa famille, la Cour note que le requérant pouvait parfaitement avoir le comportement social d'un père, se présenter comme tel et élever l'enfant, voire même selon le droit anglais, lui donner son nom ou obtenir une ordonnance de garde conjointe. Et la Cour de conclure qu'à raison de la complexité scientifique, juridique, sociale et morale des questions suscitées par le transsexualisme et de la diversité de leur approche dans les Etats européens, l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ne saurait être interprété comme imposant aux Etats parties l'obligation positive de reconnaître en tant que père légal une personne qui n'est pas le géniteur ; qu'ainsi, en l'espèce, le grief tiré d'un manque de respect porté à la vie familiale était vainement soulevé par le requérant. Dans ses deux arrêts rendus le 11 juillet 2002 contre le Royaume-Uni (précités), la Cour a encore relevé que "l'incapacité pour un couple [constitué d'un transsexuel et d'une personne du même sexe biologique] de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi le priver du droit"....de se marier. La Cour distingue bien et dissocie le droit de contracter mariage et le droit de fonder une famille, ne proclamant que le premier d'entre eux dans la situation particulière envisagée.

Présentement, les arrêts du 11 juillet 2002 vont tout de même conduire les Etats à permettre au transsexuel de se marier avec une personne de son sexe biologique, comme l'Espagne l'avait déjà admis.