



Le sexe et le mariage, nouvelle péripétie (fort pédagogique) à propos du transsexualisme

par **Sophie Paricard**, Maître de conférences (HDR) Université Toulouse 1- Capitole, Institut de droit privé, EA 1920, CUFR Albi

Sommaire de la décision > Nul ne conteste que l'appelant ne soit effectivement devenu une femme, de façon légitime et définitive. Dès lors, il ne saurait sans infraction à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, lui être refusé d'avoir un état civil en conformité avec son identité véritable.

En conséquence, il sera dit qu'il est désormais de sexe féminin et que le prénom de Chloé se substituera à celui de Wilfrid ; la mention de cette décision sera portée en marge de son acte de naissance.

Le choix de Wilfrid A. et de Marie-Jeanne T. de poursuivre leur vie commune, relève d'un choix de vie privée dans lequel la cour n'a pas à intervenir.

La cour constatera, tout d'abord qu'elle n'est pas saisie de la validité de ce mariage ; que celle-ci est d'ailleurs incontestable en ce qu'elle doit être appréciée à la date de sa célébration ; qu'en l'espèce a bien été prononcée l'union de deux personnes de sexes différents dont sont issus trois enfants biologiques.

Cependant, la mention de la rectification qui précède en marge de l'acte de mariage, consacrerait de fait l'existence d'une union entre deux personnes de même sexe ce qui, en l'état du droit positif français, demeure contraire à l'ordre public. Au demeurant, cette mention n'a pas de caractère indispensable, puisqu'en tant que de besoin la concordance entre cet acte et l'acte de naissance rectifié de Wilfrid A. est suffisamment établie par la mention de ce mariage figurant déjà en marge de celui-ci. Cette mention nouvelle ne sera donc pas ordonnée.

Une telle mention n'a pas davantage lieu d'être en marge des actes de naissance des enfants : outre qu'elle heurterait indirectement la prohibition d'ordre public ci-avant rappelée, elle serait matériellement absurde en ce qu'elle indiquerait que ceux-ci sont les enfants biologiques de deux personnes de même sexe.

2

Cour d'appel de Rennes (6^e ch. A), 16 oct. 2012

Le texte intégral de cet arrêt est disponible sur le site www.dalloz.fr et sera intégré à la prochaine mise à jour du CD-Rom du *Recueil Dalloz*.

11/08743 - *Décision attaquée* : Tribunal de grande instance de Brest, 22 nov. 2011 (Infirmation)

Mots-clés : ACTE DE L'ETAT CIVIL * Acte de naissance * Rectification * Transsexualisme * Vie privée * Respect - VIE PRIVEE * Intimité * Sexualité * Transsexualisme * Etat civil * Rectification

Note

L'espèce portée devant la cour d'appel de Rennes est rare. Le transsexuel qui demande le changement de sexe est le père biologique de trois enfants mineurs et manifeste le désir,

rejoint par celui de son épouse, de rester marié. Alors que les conditions du changement de sexe ne sont pas contestées en l'espèce, ce sont les liens familiaux du transsexuel qui posent des difficultés.

Le tribunal de grande instance de Brest saisi en premier ressort a rejeté la demande de changement de sexe en se fondant sur la prohibition du mariage homosexuel ¹. La cour d'appel de Rennes infirme le jugement et ordonne le changement de sexe. Le sens de l'arrêt est limpide et relativement inédit : les liens familiaux du transsexuel ne doivent avoir aucune incidence sur le changement de sexe.

Cette décision du 16 octobre 2012 intervient alors que le projet de loi autorisant le mariage homosexuel préoccupe la

(1) TGI Brest, 15 déc. 2011, JCP 2012, note 189, J. Dubarry.

doctrine ². Sa lecture artificielle laisserait penser qu'elle vient l'encourager. Il en résulte en effet qu'une femme peut rester mariée avec une femme.

En réalité, il n'en est rien. Loin d'ouvrir la voie au mariage homosexuel, cet arrêt a le mérite d'en détacher le mariage antérieur du transsexuel et d'en suggérer les écueils.

I – Le sens de l'arrêt : l'absence d'incidence des liens familiaux sur le changement de sexe

Deux liens familiaux étaient en cause en l'espèce : le lien d'alliance et le lien de filiation. Si le premier est celui qui concentre les difficultés, la présence d'enfants a aussi suscité des interrogations.

A - L'absence d'incidence de la présence d'enfants

Le sort du lien de filiation n'est pas en lui-même discutable. Correspondant à la vérité biologique, il ne peut être remis en cause. C'est plus exactement l'avenir des enfants mineurs du transsexuel qui peut être source d'inquiétude du fait qu'ils sont placés dans une situation par elle-même déstabilisante puisque l'un de leurs parents a médicalement changé de sexe. Quelle place le droit leur accorde-t-il dans cette procédure de changement de sexe ?

En l'espèce, le Ministère public a incidemment relevé que la requête en changement de sexe était « contraire à l'intérêt des enfants dont l'état civil devait être également rectifié ».

Cette opposition d'intérêt entre les enfants et leurs parents, tous parties à la procédure, est matérialisée par la désignation d'un administrateur *ad hoc* chargé de représenter les premiers. En effet, conformément à l'article 388-2 du code civil, le juge a la possibilité de substituer aux représentants légaux de l'enfant, en l'occurrence ses parents, un administrateur *ad hoc*, lorsque, dans une procédure, « les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux » ³. L'association tutélaire du Ponant, en tant qu'administrateur *ad hoc* des enfants, était donc partie distincte à la procédure.

L'attention portée à l'intérêt de l'enfant doit être soutenue à l'heure où, qualifié notamment de « supérieur » par la Charte

des droits fondamentaux ⁴, il imprègne fortement la jurisprudence. Cependant, au regard de son caractère « fuyant » ⁵, comme cela a justement été affirmé à propos du transsexualisme, l'intérêt de l'enfant est une « notion qui ne peut plus être invoquée pour justifier ou condamner la solution à apporter à tel ou tel problème général. Elle ne peut l'être que dans des cas particuliers à propos desquels des données très précises ont été rassemblées qui permettent dans toute la mesure du possible de savoir, très concrètement quel paraît être l'intérêt de tel enfant déterminé » ⁶.

Or, en l'espèce, l'intérêt des enfants ne paraissait pas menacé. Les deux aînés avaient été entendus par le tribunal de Brest devant lequel ils avaient indiqué « adhérer à la démarche de leurs parents ». Et l'administratrice *ad hoc* ne s'était pas opposée à cette demande et s'en était « rapportée à la justice ».

Dans le cas contraire, les juges auraient alors arbitrés les intérêts en présence. Il ne semble pourtant guère douteux que le changement de sexe du transsexuel soit inéluctable parce qu'il est la matérialisation juridique d'une indéniable réalité médicale ⁷. Refuser ce changement de sexe au nom de l'intérêt de l'enfant serait même certainement néfaste à la relation parent-enfant, et retentirait négativement sur l'enfant en lui faisant endosser une responsabilité trop forte. La solution la moins mauvaise consisterait en une protection temporaire de celui-ci par le biais d'une assistance éducative, ou par un aménagement des modalités de l'autorité parentale ⁸.

En l'espèce, le ministère public, ne pouvant s'opposer au nom de cet intérêt de l'enfant pris dans sa généralité, considérerait la requête comme contraire à l'intérêt des enfants sous un angle plus restreint, la rectification de leur état civil, car, dans cette hypothèse, ils apparaîtraient comme nés de deux femmes. L'argument était plus abstrait et il a été vite balayé par la cour d'appel.

Il est en effet de jurisprudence constante que le jugement rendu à l'issue d'une action d'état tendant à la modification du sexe dans l'acte de naissance a un effet constitutif et non pas déclaratif ⁹. Le jugement n'opérant que pour l'avenir, il n'a en principe aucun effet sur les événements passés et ne remet pas en cause les actes de naissance des enfants de l'intéressé nés avant la décision de changement de sexe ¹⁰. C'est ainsi que la cour d'appel a pu relever que la mention de changement de

(2) V. par ex. J. Hauser, Présidentielle : être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question ?, JCP 2012, doctr. 268. (3) V. P. Bonfils, A. Gouttenoire, Droit des mineurs, Dalloz, 1^{re} éd., 2008, n° 1031 s. (4) L'article 24 de la Charte impose de tenir compte dans tous les actes relatifs à un enfant de son « intérêt supérieur ». (5) Carbonnier, Droit civil, La famille, PUF, Thémis, 20^e éd., 1999, p. 83. (6) M. Gobert, Le transsexualisme ou la difficulté d'exister, JCP 1990, 3475, n° 16. (7) C'est d'ailleurs l'observation de distorsion entre l'apparence et l'état civil du transsexuel qui a justifié la condamnation de la France (CEDH 25 mars 1992, JCP 1992. II. 21955, note T. Garé). Et un tel refus fondé sur l'intérêt de l'enfant serait certainement condamnable (CEDH 11 juill. 2002, n° 28957/95 et n° 25680/94, *Christine Goodwin et I. c/ Royaume-Uni*, D. 2003. 525, et les obs., obs. C. Birsan, et 1935, chron. J.-J. Lemouland ; AJDA 2002. 1277, chron. J.-F. Flauss ; RDSS 2003. 137, obs. F. Monéger ; RTD civ. 2002. 782, obs. J. Hauser, et 862, obs. J.-P. Marguénaud). (8) C'est ainsi que lors du prononcé du divorce d'un transsexuel, le juge peut être amené à aménager les modalités de l'autorité parentale du parent transsexuel (Nancy, 15 mai 1992, RTD civ. 1993. 111, obs. J. Hauser ; Ord. JAM Bar-le-Duc, 6 juin 1990, cité par J.-P. Branlard, Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique, préf. F. Terré, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 222, 1993, n 1864). (9) Paris, 2 juill. 1998, JCP 1999. II. 10005, note T. Garé ; TGI Paris, 24 sept. 1981 (deux jugements), JCP 1982. II. 19792, note J. Penneau ; Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, n° 05-12.102, Bull. civ. I, n° 478 ; D. 2007. 2690, obs. M. Douchy-Oudot ; Lyon, 15 mai 2007, RTD civ. 2008. 78, obs. J. Hauser. (10) Paris, 2 juill. 1998, préc.

sexe n'avait pas « lieu d'être portée en marge de l'acte de naissance des enfants », neutralisant ainsi l'argument relatif à l'intérêt de l'enfant eu égard à son acte de naissance.

La présence d'enfants n'a donc pas eu en l'espèce d'incidence sur le changement de sexe. Qu'en est-il du mariage ?

B - L'absence d'incidence du mariage

La question est beaucoup plus controversée car le changement de sexe d'un transsexuel marié transforme le mariage en une union de deux personnes de même sexe.

Cette union de deux personnes de même sexe est généralement considérée comme un mariage homosexuel. Son interdiction ¹¹ peut alors justifier deux solutions : soit refuser au transsexuel le changement de sexe ; soit l'autoriser tout en faisant disparaître le mariage. Dans le premier cas, l'absence de lien d'alliance est une condition posée au changement de sexe ; dans le second, le changement de sexe anéantit le lien d'alliance. Mais dans les deux cas, le changement de sexe implique la disparition du lien d'alliance.

La cour d'appel se démarque de ces deux solutions en autorisant le changement de sexe sans toucher au lien d'alliance.

Elle infirme tout d'abord la première solution qui avait été celle retenue par le TGI de Brest. Les magistrats avaient considéré que « la modification du sexe sur les éléments de l'état civil aboutirait (...) à créer une situation de mariage entre personnes de même sexe (...) situation juridique interdite par la loi ».

La cour d'appel refuse de faire du célibat une condition du changement de sexe et n'examine que les conditions posées par la Cour de cassation, toutes indifférentes au statut matrimonial de l'intéressé ¹². Ces conditions n'étaient pas contestées en l'espèce et c'est ainsi que la cour ordonne le changement de sexe sur l'acte de naissance de l'intéressé, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce faisant, elle s'inscrit contre une jurisprudence qui fait du célibat une condition du changement de sexe ¹³. Et elle remet en cause une attitude très majoritaire des praticiens, bien souvent soutenue par le Parquet, consistant à encourager les

transsexuels à divorcer avant de demander leur changement de sexe.

La cour d'appel, en autorisant le changement de sexe, ne prononce pas pour autant l'anéantissement du mariage. C'est pourtant l'opinion majoritaire de la doctrine qui n'envisage que sa disparition et discute seulement sur ses modalités, annulation ou caducité ¹⁴.

Alors qu'elle n'était pas saisie de la validité du mariage, c'est certainement la raison pour laquelle la cour d'appel prend soin de se prononcer sur ce point. Elle relève que cette validité est « incontestable en ce qu'elle doit être appréciée à la date de sa célébration » et « qu'en l'espèce a bien été prononcée l'union de deux personnes de sexe différent ». Ce raisonnement, écartant toute annulation du mariage, ne semble guère pouvoir être contesté.

En revanche, elle ne se saisit pas de la question de la caducité du mariage, contrairement aux juges du premier ressort qui l'avaient écartée ¹⁵. Le mariage se retrouve bien pourtant privé d'un élément essentiel à sa formation (la différence de sexe des époux), par la suite d'un événement postérieur à sa formation (le changement de sexe) et indépendant de la volonté de son auteur (puisque'il s'agit d'un syndrome). Mais la caducité s'applique traditionnellement aux actes juridiques alors que le mariage reste une institution et elle suppose que l'acte juridique n'ait pas commencé à être exécuté, ce qui n'est pas le cas du mariage. Elle n'a d'ailleurs jamais été prononcée en justice. En ne l'examinant même pas, la cour d'appel participe à l'écartier du débat.

Le changement de sexe n'a pas, en l'espèce, impliqué la disparition du mariage antérieur du transsexuel. La doctrine n'a guère évoqué cette situation. Cette décision rennaise, en détachant le mariage antérieur du transsexuel du mariage homosexuel, éclaire de façon nouvelle ce lien d'alliance qui unit désormais valablement deux personnes de même sexe.

II – La portée de l'arrêt : un éclairage nouveau sur le mariage antérieur du transsexuel

Cet arrêt braque les projecteurs sur un aspect resté jusque-là totalement dans l'ombre, la vie privée de ces deux époux, et

(11) Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627, D. 2007. 1389, rapp. G. Pluyette, 935, obs. I. Gallmeister, 1375, point de vue H. Fulchiron, 1395, note E. Agostini, et 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2007. 227, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2007. 287, obs. J.-P. Marguénaud, 315, obs. J. Hauser, et 2008. 438, obs. P. Deumier. V. aussi Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, D. 2011. 297, édito. F. Rome, 209, note J. Roux, 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, 1713, obs. V. Beraud et L. Gay, et 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2011. 157, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2011. 326, obs. J. Hauser. (12) Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, JCP 1993. II. 21991, concl. Jéol, note G. Mémeteau. (13) V. TGI Besançon, 19 mars 2009, RTD civ. 2011. 326, obs. J. Hauser ; Dr. fam. mars 2011, com. 33, P. Reignié. Cependant, à une époque où le mariage homosexuel ne se profilait guère, quelques décisions avaient admis le changement de sexe alors même que la personne était mariée, Un homme marié avait ainsi obtenu en 1998 son changement de sexe à l'état-civil, ce qui conduit le tribunal à prononcer le divorce entre deux femmes, TGI Caen, 28 mai 2001, D. 2002. 124, note L. Mauger-Vielpeau ; RTD civ. 2002. 274, obs. J. Hauser. (14) Cette discussion est ancienne. V. not avec leurs refs RTD civ. 2012. 502, J. Hauser ; F. Terré, D. Fenouillet, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités, Dalloz 2005, 7^e éd., n° 150. (15) Ils l'ont rejeté en vertu d'un argument juridique contestable « pas de caducité sans texte ». Auraient-ils confondu avec le fameux adage, « pas de nullité sans texte » ?

dessine en clair-obscur l'absence d'altérité sexuelle dans le mariage.

A – Un coup de projecteur sur le respect de la vie privée des époux

Contrairement au mariage homosexuel, le mariage antérieur du transsexuel s'est valablement formé et déroulé dans le temps. La fin du mariage doit aussi être regardée sous l'angle de la vie privée des époux.

C'est ce à quoi nous invite la cour d'appel qui affirme, en tête de son raisonnement sur le mariage, que « *le choix de poursuivre la vie commune (...) relève d'un choix privé dans lequel elle n'a pas à intervenir* ». Même si le choix est plus précisément celui de rester marié que de poursuivre la vie commune sous d'autres formes, cette affirmation est novatrice et importante¹⁶. Une évolution en faveur de la protection de la volonté des époux de rester mariés semble en effet se dessiner. L'exigence de dissolution du mariage du transsexuel a été jugée inconstitutionnelle dans des pays qui n'autorisent pas non plus le mariage homosexuel, comme en Allemagne¹⁷ et en Autriche¹⁸. Ces décisions « *appellent l'Etat à reconnaître qu'il est plus important de protéger tous les individus sans exception contre un divorce imposé par l'Etat que d'avoir quelques rares cas où ce principe conduit à des mariages entre personnes de même sexe* »¹⁹. En France, elle pourrait l'être au regard du respect de la liberté individuelle proclamée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme considère jusqu'à présent que le sort du mariage antérieur du transsexuel relève de la marge d'appréciation des Etats²⁰ mais une procédure à l'égard de la Finlande relative à des faits similaires est actuellement pendante et pourrait faire évoluer sa position²¹. Le choix de divorcer pourrait être protégé sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et la liberté de mettre fin au mariage pourrait même être retenue comme une composante de la liberté du mariage, protégée par l'article 12.

Le transsexualisme de l'un des époux ne pourrait donc avoir d'incidence sur le sort du mariage que dans la mesure où il motive une demande en ce sens de l'un au moins des époux. Il pourrait notamment motiver un divorce pour faute²². Si le

transsexualisme en lui-même ne saurait être constitutif d'une faute cause de divorce du fait de l'absence d'imputabilité du syndrome qui est subi par le transsexuel²³, il est évident qu'il génère fréquemment des comportements fautifs susceptibles de justifier le prononcé d'un divorce aux torts exclusifs de l'époux qui en souffre²⁴.

B – Le dessin en clair-obscur de l'absence d'altérité sexuelle dans le mariage

L'absence d'altérité sexuelle ne peut être dessinée qu'en clair-obscur car le mariage antérieur est, au moment de sa formation, celui d'un homme et d'une femme. L'état civil est le témoin de l'altérité sexuelle des époux en tant que tels mais aussi en tant que parents.

L'acte de mariage du transsexuel et les actes de naissance de ses enfants ne sont pas modifiés par le jugement de changement de sexe qui ne vaut que pour l'avenir. L'acte de mariage est en effet un cliché juridique du mariage au moment de sa célébration²⁵, tout comme l'acte de naissance de l'enfant qui racontera sa propre histoire juridique (mariage, divorce, nationalité..) mais qui doit continuer d'établir qu'il est bien né d'un homme et d'une femme.

Seul l'acte de naissance du transsexuel est modifié parce qu'il est l'acte de l'état civil qui raconte l'intégralité de son histoire juridique et qu'il le concerne isolément. En vertu du principe de l'immutabilité, le jugement de changement de sexe ne fait que s'ajouter en marge de l'acte de naissance, laissant subsister le sexe d'origine. C'est ce qui avait d'ailleurs suscité le recours d'un transsexuel qui avait espéré un état civil tout neuf²⁶.

L'instruction relative à l'état civil ne dit pas autre chose²⁷.

Le mariage du transsexuel suggère cependant, en ombre portée, les problèmes que pourrait poser le mariage homosexuel car si le premier a pu remplir sa fonction de procréation comme ce fut le cas en l'espèce, le second ne le pourra pas. Et contrairement aux enfants issus du premier dont la filiation reflète la réalité biologique, les enfants issus du second ne pourront qu'être rattachés artificiellement à deux parents de même sexe. C'est alors l'ensemble du droit de la filiation fondé sur la réalité biologique, à savoir qu'un enfant naît d'un homme et d'une femme, qui est remis en cause.

(16) La cour d'appel de Caen avait déjà rendu une décision en ce sens, sans évoquer cependant la vie privée des époux, en considérant que « l'ordre public n'est pas affecté et troublé par la coexistence chez une même personne (...) d'une appartenance au sexe féminin et du statut de conjoint d'une femme », Caen, 12 juin 2003, non publié, cité par L. Mauger-Vielpeau, Le transsexualisme et le code civil, Dr. fam., sept. 2005, ch. 18, n° 31. (17) C. const. allemande, 27 mai 2008, 10/05. (18) C. const. autrichienne, 18 juill. 2006, BVerfG, 1BvL 1/04. (19) Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Droits de l'homme et identité de genre, Conseil de l'Europe, 2009, p. 22. (20) CEDH 11 juill. 2002, préc. ; CEDH 28 nov. 2006, n° 42971/05, *Parry c/ RU*. (21) n° 37359/09. (22) Les autres cas de divorce ne sauraient se fonder sur le transsexualisme de l'époux. (23) V. en ce sens J. Hauser, RTD civ. 1993. 97, spéc. 100 ; V. cpt Nîmes, 7 juin 2000, Dr. fam., janv. 2001 qui qualifie l'opération de conversion sexuelle de « mutilation sexuelle fautive ». (24) V. TGI Caen, 28 mai 2001, préc., qui souligne l'égoïsme de l'époux transsexuel, son absence d'implication dans la vie familiale, son éloignement du foyer, et son inaptitude à prendre en compte la situation de son conjoint. (25) Cette métaphore est empruntée à Cl. Neirinck, Les caractères de l'état civil, in L'état civil dans tous ses états, LGDJ, Droit et société, n° 47, 2008, p. 51. (26) Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, préc. (27) V. n° 241.

L'absence d'altérité sexuelle des époux s'y dessine aussi dans la clarté puisque cet arrêt la permet. Elle apparaît comme les privant de l'accès à l'enfant qui est pourtant l'un des privilèges du couple marié. Elle leur ferme définitivement la porte de l'assistance médicale à la procréation, réservée à un couple composé d'un homme et d'une femme ²⁸, et fort probablement celle de l'adoption plénière « car qui peut croire vraiment qu'en ces temps où les enfants à adopter ne sont pas en surnombre, (...) deux époux dont l'un serait transsexuel auraient la moindre chance de voir leur candidature à l'accueil retenue ? » ²⁹. Mais si d'aventure l'agrément était obtenu, l'enfant serait alors considéré

comme issu de deux parents de même sexe, ce qui serait incompatible avec l'état civil qui ne connaît que le père et la mère. Cette perspective serait plus probablement à envisager par le tribunal saisi d'une demande d'adoption simple de l'enfant du conjoint frauduleusement né à l'étranger d'une mère porteuse ou d'une insémination artificielle avec donneur.

Cette décision permet la réalisation d'une telle hypothèse et met l'accent sur l'importance du débat sur l'adoption simple de l'enfant du conjoint lors de la discussion du projet de loi ouvrant le mariage au couple de personnes de même sexe.

(28) Art. L. 2141-2, al. 2, CSP. (29) M. Gobert, art. préc., n° 16.