

Paris, le 27 juillet 2012

Décision du Défenseur des droits MLD-2012-111

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Saisi, le 14 décembre 2011, par l'intermédiaire d'un délégué territorial d'une réclamation de Madame Stéphanie D. au sujet du refus de réédition de son diplôme prenant en compte son nouvel état civil à la suite de sa conversion sexuelle, le Défenseur des droits, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, décide :

- de recommander à l'école d'ingénieur concernée de rééditer un nouveau diplôme prenant en compte l'état civil de Madame D. ;
- de prendre acte de la décision du Ministère de l'enseignement supérieur visant à modifier la circulaire n°2006-202 du 8 décembre 2006 concernant la réédition de diplômes afin d'y intégrer le cas d'un changement d'état civil, dûment validé par les autorités compétentes, d'une personne transsexuelle qui a procédé à une conversion sexuelle.

Le Défenseur des droits demande à être tenu informé des suites des mesures prises conformément à ses recommandations, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Note récapitulative

Le Défenseur des droits a été saisi, le 14 décembre 2011, par l'intermédiaire d'un délégué territorial d'une réclamation de Madame Stéphanie D. au sujet du refus de réédition de son diplôme prenant en compte son nouvel état civil à la suite de sa conversion sexuelle.

Monsieur Stéphane D. est né de sexe masculin en 1960.

Il obtient son diplôme d'ingénieur auprès de l'école supérieure d'ingénieur S. en 1983.

A la suite de sa conversion sexuelle, son état civil est modifié le 24 juin 2011, par décision du Tribunal de Grande Instance d'Evry du 8 avril 2011. Ses prénoms sont modifiés de sorte qu'il se nomme désormais : Madame Stéphanie D.

Par courrier du 22 septembre 2011, Madame Stéphanie D. cherche alors à obtenir la réédition de son diplôme auprès du Directeur général de S. afin que son changement d'état civil soit pris en compte. Elle veut pouvoir faire valoir son diplôme dans le cadre de recherches d'emploi sans s'exposer à un risque de discrimination transphobe.

Par courrier du 23 novembre 2011, le Directeur général de S. lui répond qu'il est dans l'impossibilité légale de répondre favorablement à sa demande. Tout en reconnaissant son intérêt légitime au respect de la vie privée, il relève qu'en l'état du droit positif français, la modification de la mention du sexe dans l'acte de naissance n'a qu'un effet constitutif et non rétroactif. Ce changement n'opère que pour l'avenir mais ne peut pas affecter les actes et situations juridiques antérieures.

Il conclut : « *Ainsi, si nous ne réfutons pas que vous êtes valablement déclarée reconnue Madame [Stéphanie D.] depuis la rectification de votre état civil, nous devons cependant nous conformer au droit français et en déduire que vous êtes née Monsieur [Stéphane D.] et avez été diplômée en cette qualité en 1983* ».

On relèvera que la réclamante n'a pas connu de difficultés similaires auprès de l'Université de P. Le 6 décembre 2011, l'Université a réédité son diplôme d'études supérieures spécialisées (certificat d'aptitude à l'administration des entreprises) qu'elle avait initialement obtenu en 1984 et qui prend désormais en compte sa nouvelle identité.

En réponse à l'enquête du Défenseur des droits, le Directeur général de S. répond par courrier du 2 avril 2012, qu'accéder à la demande de la réclamante « *aurait impliqué pour S., d'aller à contre-courant du droit positif français* ». A cet effet, il s'appuie sur l'absence d'effet rétroactif de la modification de la mention du sexe à l'état civil. Il ajoute qu'il a sollicité l'avis du Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche qui aurait validé cette analyse juridique, mais sans en transmettre copie.

Il explique également que la réédition d'un diplôme pour motif de changement de prénom n'est pas autorisée. En effet, la circulaire n°2006-202 du 8 décembre 2006 portant sur les modalités d'élaboration et de délivrance des diplômes dans le cadre du dispositif « LMD » (licence, master, doctorat) ne prévoit l'obtention d'un duplicata du diplôme que dans l'hypothèse où le diplôme original a été détruit, perdu ou volé.

Par ailleurs, il ajoute que le droit de l'Union ne pose aucune norme contraignante concernant la rectification de l'état civil et que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas prononcée sur ce type de litige.

Parallèlement, par courrier du 15 mai 2012, Madame D. renouvelle sa demande de réédition de diplôme, par le biais de son avocat conseil.

Dans un courrier en réponse du 29 juin 2012, l'avocat conseil de S. maintient son refus de réédition de diplôme qu'il n'estime pas discriminatoire. Il indique toutefois qu'afin de trouver une issue, S. a saisi officiellement le Ministère de l'enseignement supérieur et le Rectorat sur cette question.

En réponse au courrier de notification de charges adressé par le Défenseur des droits, Madame M., juriste auprès de S., indique, par courrier du 3 juillet 2012, ne pas contester que la Convention européenne des droits de l'homme crée des obligations dont le respect s'impose aux Etats contractants. Toutefois, S. ne pourrait répondre à une éventuelle violation des articles 8 et 14 de ladite Convention dans la mesure où une association loi 1901 ne peut que respecter le droit positif français. Il ne lui appartient pas d'aller plus loin que ce que le droit français lui permet de le faire. Or, il n'est pas prévu de pouvoir rééditer un diplôme en dehors du cas où un diplôme a été détruit, perdu ou volé et avec une modification par rapport au diplôme original. Elle l'informe que S. s'est rapproché du Rectorat de Versailles et du Ministère de l'enseignement supérieur afin que les autorités compétentes identifient l'existence éventuellement de solutions permettant de prendre en compte le droit fondamental au respect de la vie privée de Madame D.

En réponse au courrier de notification de charges adressé par le Défenseur des droits, le Directeur général pour l'enseignement supérieur et l'insertion professionnelle indique, dans un courrier du 29 juin 2012, que compte tenu des analyses de la direction des affaires juridiques du Ministère de l'Enseignement supérieur et du Défenseur des droits, la circulaire 2006-202 du 8 décembre 2006 sera modifiée afin de permettre et de faciliter toute procédure de modification de diplôme suite à un changement d'état civil dûment validé par les autorités compétentes.

A la demande des services du Défenseur des droits, l'analyse menée par le sous-directeur des affaires juridiques de l'enseignement supérieur et de la recherche a été transmise par courriel du 16 juillet 2012.

Il précise tout d'abord qu'en réalité sa direction n'a jamais été saisie de ce dossier et n'a donc jamais émis d'avis à l'endroit de S. contrairement à ce qu'a allégué le directeur de S. Il dit qu'il aurait, en tout état de cause, recommandé au directeur général de S. de délivrer un nouveau diplôme à l'intéressée.

Il rappelle qu'aux termes de l'article 100 du code civil « *toute rectification judiciaire ou administrative d'un acte ou jugement relatif à l'état civil est opposable à tous* ». Or, en l'espèce, l'état civil de Madame D. a été modifié le 24 juin 2011 par décision de justice près le Tribunal de grande instance. Dans ces conditions, il conclut que les autorités qui ont établi le document, dénommé diplôme, reconnaissant des compétences et qualifications de cette personne, doivent prendre les dispositions nécessaires pour que ce document réponde aux modifications intervenues dans l'état civil de celle-ci.

Il ajoute également : « *Le fait que S. soit un établissement d'enseignement supérieur privé ne saurait faire obstacle à ce qu'il soit fait droit à la demande de Madame D. Outre le fait que les dispositions précitées de l'article 100 du Code civil sont opposables « à tous » l'établissement en cause qui est habilité par arrêté du 10 janvier 2012 fixant la liste des écoles habilitées à délivrer un titre d'ingénieur diplômé, ne saurait rejeter une demande à laquelle accéderait un établissement public d'enseignement supérieur, a fortiori lorsque le diplôme attestant de ce titre est cosigné par le recteur d'académie* ».

Enfin, il affirme faire sien les arguments avancés par le Défenseur des droits pour faire valoir que le refus d'accéder à la demande de Madame D. présenterait un risque contentieux au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et que ce risque contentieux ne serait pas moindre devant les juridictions françaises.

ANALYSE JURIDIQUE

Les effets d'une conversion sexuelle sur l'état civil : droit et pratique en France

Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, a longtemps interdit de prendre en considération la modification artificielle des attributs du sexe, consécutive à une intervention chirurgicale ⁽¹⁾.

A la suite d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme du 25 mars 1992 condamnant les autorités françaises pour avoir refusé de modifier l'état civil d'une personne transsexuelle ⁽²⁾, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence par rapport à celle de la première chambre civile.

Dans deux arrêts rendus le 11 décembre 1992, la haute juridiction a jugé que *“lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un traitement thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification”* ⁽³⁾.

En conséquence, les personnes transsexuelles ont, depuis les années 90, le droit d'obtenir la modification de leur état civil au titre du respect dû à leur vie privée ⁽⁴⁾.

Toutefois, c'est sous le visa de l'article 57 du code civil imposant la mention du sexe sur l'acte, et non sous celui de l'article 99, que la Cour de cassation a décidé qu'une personne transsexuelle, ayant pris une apparence physique le rapprochant de l'autre sexe *« auquel correspond son comportement social »*, peut obtenir l'indication, sur ses actes de l'état civil, de ce sexe apparent.

Cette action d'état ne peut conduire qu'à un jugement constitutif d'un nouvel état par opposition à un jugement déclaratif qui ne ferait que consacrer juridiquement une situation préexistante.

En conséquence, le jugement du tribunal de grande instance ordonnant la modification - terme qu'il conviendrait de préférer à la rectification (terme réservé aux cas de mentions erronées) - n'a pas d'effet rétroactif. Comme le constate la jurisprudence, la décision ordonnant la modification de la mention du sexe à l'état civil n'a d'effet que pour l'avenir et ne remet pas en cause les énonciations de l'acte de naissance de l'intéressé.

En l'état actuel du droit français, le changement de la mention du sexe figurant sur l'état civil à la suite d'un jugement du tribunal de grande instance est purement constitutif ⁽⁵⁾. Bien qu'opposable à tous, il n'est donc pas rétroactif ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Cass. Civ. 1ère, 16 déc. 1975, D. 1976, jurispr. p. 397, 1re esp., note Lindon ; JCP G 1976, II, 18503, note Penneau ; Bull. civ. 1975, I, n° 374. – CA Paris, 1re ch., sect. C, 24 févr. 1978 : JCP G 1979, II, 19202, note J. Penneau

⁽²⁾ CEDH 25 mars 1992 B. c/ France, Req. n° 13343/87

⁽³⁾ JCP G 1993, II, 21991, concl. M. Jéol et note G. Mémeteau

⁽⁴⁾ Cass. Civ. Ass. Pl. 11 décembre 1992 Marc X et René X, JCP, 1993, II, 21991 ; Selon l'attendu de principe, *“lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; (...) le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification”*.

L'absence de rétroactivité s'explique par la nature même du jugement constitutif : il s'agirait de la constatation d'une situation nouvelle qui s'est développée postérieurement à la naissance. Cette analyse est discutable si l'on définit le transsexualisme comme la conviction d'appartenir depuis sa naissance de manière irréprouvable au sexe opposé. Elle a néanmoins l'avantage de la simplicité et d'éviter de s'interroger sur la validité rétroactive d'un mariage consacré entre deux personnes du même sexe ou sur la filiation d'un enfant né de deux pères ou de deux mères.

On relèvera, par ailleurs, que dans la note de service n° 88-353 du 21 décembre 1988 adressée aux recteurs d'académie (publiée au BO n° 2 du 12 janvier 1988), le Ministère de l'Education nationale a reconnu que le caractère cognitif attaché au diplôme devait se traduire par la possibilité de délivrer au lauréat, ayant changé de nom postérieurement à l'obtention de ce document, un nouveau diplôme établi à son nouveau nom.

En pratique, certains rectorats acceptent ainsi, *mutatis mutandis*, de rééditer les diplômes de personnes transsexuelles en prenant en considération leur nouvelle identité et en particulier leur changement de prénom lié au changement de sexe. Cela a d'ailleurs été le cas de l'Université de P. dans le cas d'espèce.

Sa compatibilité avec le droit européen

A notre connaissance, ni la Cour européenne des droits de l'homme ni la Cour de justice de l'Union européenne ne se sont prononcées sur la question de l'état civil figurant sur les diplômes des personnes transsexuelles. Mais cette absence de jurisprudence ne signifie pas que le droit de la Convention européenne des droits de l'homme ou que le droit de l'Union, auxquels le droit français doit se conformer, n'imposent pas aux Etats de prendre des mesures afin de lutter contre des discriminations transphobes.

A cet égard, divers organes politiques du Conseil de l'Europe ont déjà eu l'occasion de s'exprimer spécifiquement sur le sujet.

Les textes européens préconisant expressément la reconnaissance du changement de sexe dans les documents tels que les diplômes

Ainsi, le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Monsieur Thomas Hammarberg, a recommandé aux Etats parties d'« *instaurer des procédures rapides et transparentes de changement de nom et de sexe sur les extraits d'acte de naissance, cartes d'identité, passeports, diplômes et autres documents officiels* » (point 3 de son rapport intitulé « Droits de l'Homme et identité de genre » du 29 juillet 2009).

Le Comité des Ministres a également appelé les Etats membres « *à prendre les mesures appropriées pour garantir la reconnaissance juridique intégrale du changement de sexe d'une personne dans tous les domaines de la vie, en particulier en permettant de changer le nom et le genre de l'intéressé dans les documents officiels de manière rapide, transparente et accessible ; les Etats membres devraient également veiller, le cas échéant, à ce que les acteurs non étatiques reconnaissent le changement et apportent les modifications correspondantes dans des documents importants tels que les diplômes ou les certificats de travail* » (point 21 de la Recommandation CM/Rec (2010) 5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, 31 mars 2010).

⁽⁵⁾ Cass. Civ. 1ère, 14 novembre 2006, n° 04-10.058 : CA Lyon 15 mai 2007 : JurisData n° 2007-346157 ; JCP G 2007, IV, 1032 ; RTD civ. 2008, p. 78, obs. J. Hauser

⁽⁶⁾ CA Paris 2 juillet 1998 : JurisData n° 1998-993270 ; JCP G 1999, II, 10005, note T. Garé et réf. citées par l'auteur ; *Dr. famille* 1999, comm. 13, note P. Murat

L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a également demandé aux Etats parties que « *les documents officiels reflètent l'identité de genre choisie (...)* » (point 16.11.2 de la Résolution 1728 (2010) sur la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre).

Même si ces textes ne sont pas dotés de valeur juridique contraignante, le droit positif en vigueur doit être interprété comme imposant aux autorités nationales de prendre en compte le changement d'état civil des personnes transsexuelles sur les diplômes délivrés antérieurement à la conversion sexuelle, sous peine de discrimination fondée sur le sexe et ou le transsexualisme.

L'interdiction des discriminations à l'encontre des personnes transsexuelles au regard des articles 8 et 14 de la CEDH

Les personnes transsexuelles souffrent souvent dans leur vie quotidienne de la différence qui peut exister entre leur apparence physique et des documents officiels établis antérieurement, tels que leurs diplômes, alors que les tribunaux leur ont dûment reconnu un changement d'état civil conformément à la législation.

Le changement d'état civil n'est qu'une étape dans le processus transidentitaire. Cette reconstruction de l'identité administrative est toutefois partielle, notamment lorsque les documents antérieurs à une conversion sexuelle ne peuvent être modifiés rétroactivement. Ainsi, le fait pour une personne transsexuelle de conserver sur ce type de document son ancien prénom masculin alors que son apparence et sa vie sociale sont celles d'une femme constitue une pratique qui défavorise particulièrement cette personne du seul fait de son changement de sexe.

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) interdit expressément toute discrimination fondée sur le sexe dans le champ des droits et libertés garantis par la Convention. Même si la discrimination fondée sur le transsexualisme n'est pas expressément visée, elle est implicitement interdite par la Convention dont la liste des critères de discrimination prohibés n'est pas limitative.

Pour qu'il puisse s'appliquer l'article 14 doit se trouver dans le champ d'application de la Convention. Or, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protège le droit au respect de la vie privée, ce qui inclut le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain et notamment son identité sexuelle ⁽⁷⁾.

Ces dispositions posent des obligations positives sur les Etats parties à la Convention. Même si S. est un établissement d'enseignement supérieur privé, les diplômes qu'il délivre sont co-signés par le Recteur d'académie qui est, en tant qu'autorité publique, tenue au respect de la CEDH.

Par ailleurs, la Convention européenne des droits de l'homme ne permet des différences de traitement que dans la mesure où elle est justifiée par un objectif légitime et qu'elle est proportionnée.

A ce jour, la Cour européenne a eu à connaître de plusieurs affaires de transsexualisme.

Dans l'affaire *Goodwin c/ Royaume-Uni* ⁽⁸⁾, la requérante avait subi une opération de conversion sexuelle. Alors qu'elle menait une vie sociale de femme, elle était toujours considérée comme un homme au regard de la loi. Cette situation avait des répercussions

⁽⁷⁾ CEDH 11 juillet 2002 *Goodwin c/ Royaume-Uni*, Req. n° 28957/95

⁽⁸⁾ *Ibidem*

négatives sur sa vie, par exemple pour les pensions car elle avait dû continuer à payer des cotisations sociales jusqu'à l'âge de 65 ans (âge de retraite pour les hommes) au lieu de 60 ans (âge de retraite pour les femmes). Contrainte de conserver le même numéro d'assurance nationale, son employeur avait également pu se rendre compte qu'elle avait travaillé par le passé en tant qu'homme et sous un autre nom, ce qui avait été source de gêne et d'humiliation pour elle.

La Cour a condamné l'Etat mis en cause. Elle a relevé que les personnes transsexuelles, confrontées à des situations de conflit entre la réalité sociale et le droit risquaient de souffrir de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété et que « *la situation insatisfaisante des transsexuels opérés, qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne peut plus durer* »⁽⁹⁾.

Dans cet arrêt *Goodwin*, la Cour a ainsi jugé que l'on pouvait raisonnablement attendre des Etats qu'ils acceptent « *certaines inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances* », sauf à démontrer « *des difficultés concrètes ou notables ou une atteinte à l'intérêt public* ». En principe, il appartient donc aux autorités nationales d'éviter ou de minimiser le risque de difficultés et d'embarras auquel les personnes transsexuelles peuvent être exposées dans leur vie quotidienne.

Or, en l'espèce, il n'apparaît pas que des objectifs légitimes tels que la sécurité juridique ou la protection des tiers rendent impossible la modification des données relatives à l'état civil sur un diplôme officiel.

D'ailleurs, le Ministère de l'Enseignement supérieur et de la recherche n'a pas justifié la position actuelle et n'a pas tenté de légitimer la position de S. Au contraire, il a informé le Défenseur des droits de son intention de modifier expressément le droit positif actuel en modifiant la circulaire n°2006-202 du 8 décembre 2006 concernant la réédition de diplômes afin d'y intégrer le cas d'un changement d'état civil dûment validé par les autorités compétentes d'une personne transsexuelle qui a procédé à une conversion sexuelle.

Parallèlement, S. s'est dite prête à rechercher des solutions avec les autorités compétentes pour respecter les droits de Madame D. L'école envisage à ce stade de délivrer une attestation de diplôme prenant en compte la nouvelle identité de Madame D.

Dès lors, le refus de délivrer un nouveau diplôme au titulaire transsexuel ayant procédé à une conversion sexuelle et ayant changé de prénom, alors que cette rectification est reconnue dans une décision de justice, ne semble pas proportionné au regard de son droit à la dignité et au respect de sa vie privée et constitue une discrimination fondée sur le sexe et/ou le transsexualisme au sens des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁽⁹⁾ *Ibidem*