

Paris, le 3 avril 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-076

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 loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle ;

Vu le code civil, et notamment les articles 61-5 et 61-6 ;

Vu le décret n°2017-450 du 29 mars 2017 relatif aux procédures de changement de prénom et de la mention relative au sexe à l'état civil ;

Vu la circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil ;

Saisi par Monsieur X qui estime que le jugement du 3 juillet 2018 rendu par le tribunal de grande instance de Y lui refusant la demande de changement de la mention de son sexe à l'état civil constitue une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que des articles 61-5 et 61-6 du code civil.

Décide de présenter les observations suivantes devant la 1^{ère} chambre 1^{ère} section de la cour d'appel de Y.

Jacques TOUBON

Observations devant la 1^{ère} chambre de la cour d'appel de Y

Contexte de la saisine et faits

Monsieur X, né de sexe féminin, a appelé l'attention du Défenseur des droits sur les difficultés qu'il rencontre pour obtenir la modification de son changement de sexe à l'état civil.

Monsieur X a introduit une requête à cette fin auprès du tribunal de grande instance de Y, le .20 février 2018.

Par courrier du 05 avril 2018, il a été demandé au requérant de transmettre au tribunal des documents médicaux justifiant que la mention relative à son sexe à l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel il se présente et est connu, notamment des :

« certificats médicaux récents, émanant de (son) médecin psychiatre, établissant de façon lisible, qu'il (le) suit depuis un certain temps, décrivant les symptômes du syndrome de transsexualisme [...] distinct d'une simple homosexualité, et justifiant un état stable sans idée de retour en arrière. »

Le ministère public, dans ses conclusions du 9 avril 2018, a émis un avis réservé à la demande de Monsieur X, estimant que *« les pièces jointes, n'objectiv(aient) pas qu'il ait entrepris des modifications conséquentes de son anatomie prévenant qu'il puisse donner naissance à un enfant »*.

Par un jugement en date du 3 juillet 2018, le TGI de Y, siégeant en chambre du conseil, a rejeté la demande de Monsieur X en considérant notamment que :

Si les textes de loi n'exigent pas de traitement ou d'opération chirurgicale, la preuve d'un suivi régulier par un psychiatre et la décision de subir des opérations définitives empêchant toute grossesse pourrait permettre de s'assurer de la réalité de la volonté récente de changement de sexe de la part de l'intéressée, de façon stable, sans idée de retour en arrière.

Monsieur X a interjeté appel de cette décision, le 10 juillet 2018.

C'est dans ce contexte que l'affaire est portée devant la 1^{ère} chambre de la cour d'appel de Y.

Discussion juridique

Lors de la 15^{ème} séance en date du 22 avril 2015¹, et après examen du rapport de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination rédigé par Madame Deborah Schembri² et intitulé « La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, Commission sur l'égalité et la non-discrimination », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a regretté que *« les personnes transgenres soient victimes d'une large discrimination en Europe »*. Elle a constaté que *« cette discrimination prend diverses formes, y compris des difficultés d'accès à l'emploi, au logement et aux services de santé, et les personnes transgenres sont souvent la cible de discours de haine, d'infractions motivées par la haine, de*

¹ Résolution 2048 (2015) du 22 avril 2015 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe

² La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, Commission sur l'égalité et la non-discrimination, Rapporteuse : Mme Deborah SCHEMBRI, Malte, Doc. 13742, 2 avril 2015

harcèlement et de violences physiques et psychologiques. Les personnes transgenres sont aussi particulièrement exposées au risque de discrimination multiple. Le fait que la situation des personnes transgenres soit considérée comme une maladie par des manuels de diagnostic internationaux constitue une atteinte à leur dignité humaine et un obstacle supplémentaire à leur intégration sociale ».

Pour lutter contre les discriminations dont sont victimes les personnes transgenres, elle a rappelé que le comité des ministres du Conseil de l'Europe avait recommandé aux Etats membres, en 2010³ :

« de veiller à ce que des mesures législatives et autres visant à combattre toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, à garantir le respect des droits de l'homme des personnes (...) transgenres, et à promouvoir la tolérance à leur égard soient adoptées et appliquées de manière efficace ».

Concernant l'état civil des personnes transgenres, le comité des ministres a précisé en annexe de ses recommandations sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale⁴ que :

« 20. Les conditions préalables, y compris les modifications d'ordre physique, à la reconnaissance juridique d'un changement de genre devraient être régulièrement réévaluées afin de lever celles qui seraient abusives.

21. Les Etats membres devraient 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 ; »

Conformément à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale* ».

La liberté des personnes de définir leur identité de genre est reconnue comme « *l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination* »⁵. Dans une position constante de la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit de « *l'un des aspects les plus intimes de la vie privée* » et « *l'aspect fondamental du droit au respect de sa vie privée* »⁶.

Toutefois, le droit au respect de la vie privée n'est pas absolu. La Convention européenne des droits de l'homme permet une ingérence dans l'exercice de ce droit, à la condition que celle-ci soit prévue par la loi et poursuive un but légitime, tout en respectant « *un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* »⁷.

Dans un arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002⁸, la Cour européenne des droits de l'homme a, à ce titre, reconnu 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* », sauf à démontrer « *des difficultés concrètes ou notables ou une atteinte à l'intérêt public* ». La Cour a ainsi jugé que

³ Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (*adoptée par le Comité des Ministres le 31 mars 2010 lors de la 1081e réunion des Délégués des Ministres*)

⁴ Annexe des Recommandations CM/Rec (2010)5 – point 4

⁵ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, req.n°35968/97 ; CEDH, 10 mars 2015, *YY c. Turquie*, req. n°14793/08

⁶ Ibidem

⁷ Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

⁸ CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req.°28957/95

le refus par un Etat partie de reconnaître légalement une conversion sexuelle complète constituait une violation de l'article 8 de la Convention et ne pouvait pas être justifié par une ingérence légitime. La Cour a considéré que les faits d'espèce reflétaient un « *conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété* »⁹.

Si dans ses arrêts *B. c. France*¹⁰ et *Van Kuck c. Allemagne*¹¹, la Cour a relevé que la détermination manifeste des personnes transgenres ayant entrepris une opération chirurgicale pouvait constituer un « *élément assez important pour entrer en ligne de compte, [...] sur le terrain de l'article 8* », elle a affirmé que « *le respect dû à l'intégrité physique s'opposerait à ce qu'(elles) doiv(ent) se soumettre à ce type de traitements* »¹².

Dans son arrêt de chambre du 6 avril 2017, et tout en relevant qu'il existe une tendance à l'abandon de cette condition de stérilisation, tant dans les droits des États parties à la Convention qu'en droit international¹³, la Cour a relativisé la marge d'appréciation des Etats en la matière en considérant que :

« le rejet de la demande (des requérants) tendant à la modification de leur état civil au motif qu'ils n'avaient pas établi le caractère irréversible de leur apparence, c'est-à-dire d'avoir démontré avoir subi une opération stérilisante ou un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité, s'analyse en un manquement par l'Etat défendeur à son obligation positive de garantir le droit de ces derniers au respect de leur vie privée ».

La Cour a ainsi jugé que l'obligation de stérilisation posée par les juridictions françaises comme marqueur d'irréversibilité pour voir reconnaître juridiquement l'identité de genre constituait un manquement par l'Etat à son obligation positive de garantir le droit des personnes au respect de leur vie privée et, partant, une violation de l'article 8 de la Convention.

Jusqu'à l'entrée en vigueur en France de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, le changement de la mention de sexe à l'état civil reposait sur une construction prétorienne de la Cour de cassation qui a fait l'objet de nombreux revirements. La haute Cour subordonnait le changement de sexe à une double condition : celle de la réalité du syndrome transsexuel ainsi que celle du caractère irréversible de la transformation de son apparence physique¹⁴.

Les personnes transgenres devaient produire des pièces médicales attestant du « *syndrome de dysphorie de genre* » et de l'irréversibilité de leur apparence physique. Cette dernière condition leur imposait d'attester de traitements hormonaux ou d'opérations chirurgicales, impliquant la perte de fertilité.

Dans un souci de simplification, et à l'aune de la jurisprudence européenne « *hostile à toute obligation de stérilisation* »¹⁵, la loi du 18 novembre 2016 a instauré un cadre légal au changement de la mention du sexe à l'état civil par l'introduction des articles 61-5 et 61-6 du code civil.

L'article 61-5 du code civil dispose ainsi que :

⁹ Ibidem

¹⁰ CEDH Plén., 25 mars 1992, *B.c.France*, req. n°13343/87

¹¹ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, *op.cit.*

¹² CEDH, *YY c. Turquie*, 10 mars 2015 §119, *op.cit.*

¹³ CEDH, 6 avril 2017, *AP, Garçon et Nicot c.France*, req. 79885/12, 52471/13, et 52596/13, §124 et 125

¹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n°11-22.490.

¹⁵ CEDH, *YY c. Turquie*, 10 mars 2015, *op.cit.*

Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification.

Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :

1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;

2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;

3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.

L'article 61-6 du code précité précise par ailleurs que la demande doit être présentée devant le tribunal de grande instance et que « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ».

Il ressort de la lecture combinée de ces deux articles que la personne demanderesse doit apporter la preuve par tous moyens d'un changement de l'identité sexuée au jour de la demande « *par une réunion suffisante de faits* » pour fonder la conviction du juge, en écartant toute condition médicale.

Le premier critère énoncé à l'article 61-5 susvisé a ainsi trait à l'identité de genre vécue, tandis que le deuxième révèle la dimension sociale de son appartenance au sexe revendiqué, et le troisième est tiré du changement de prénom ayant pu intervenir préalablement à la requête de changement de sexe à l'état civil.

Si la loi énumère « *les principaux de ces faits* », la circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi du 18 novembre 2016¹⁶ précise toutefois que cette liste est indicative et non exhaustive, et que ce qui a pu être défini comme « *possession d'état du sexe* » lors des débats parlementaires s'établit selon « *la méthode du faisceau d'indices* ».

La logique de cette nouvelle procédure est de permettre aux personnes transgenres de demander, sous le contrôle du juge, une modification de la mention du sexe sur le fondement de documents relatifs à des comportements sociaux et/ou à l'expérience de vie du sexe revendiqué.

La circulaire ajoute sur ce point que l'exigence de la production de tels éléments « *ne doit pas toutefois conduire à considérer que c'est la société qui détermine le sexe du demandeur* ». C'est la « *volonté de la personne de se présenter en société comme appartenant au sexe intimement vécu qui peut permettre la mise en concordance du sexe revendiqué avec celui inscrit à l'état civil* »¹⁷.

¹⁶ Circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil (NOR : JUSC1709389C)

¹⁷ CEDH, YY c.Turquie, 10 mars 2015, *op.cit*

Le Défenseur des droits avait à ce titre déjà alerté dans sa décision cadre du 24 juin 2016 relative à la modification de la mention du sexe à l'état civil¹⁸, en relevant que de telles demandes « *risquent d'entériner les stéréotypes de genre (...) et d'entraîner des refus au motif que la personne ne serait pas suffisamment « femme » ou « homme » sur la base de perceptions relevant de l'ordre des préjugés* ».

En tout état de cause, et si le changement d'état civil est désormais subordonné à l'existence d'une « *réunion suffisante de faits* », la preuve médicale n'est plus une condition *sine qua non*.

Dans sa décision précitée de 2016, le Défenseur des droits considérait déjà que la production de pièces médicales pouvant attester du diagnostic de « *transsexualisme* » s'inscrivait dans une démarche de pathologisation préjudiciable de la transsexualité, et constituait « *pour les personnes trans une source de mal-être qui renforce le risque d'exclusion sociale (et) de discriminations* ».

Si toute condition médicale est désormais écartée, le législateur n'interdit pas pour autant la production d'éléments de cette nature par les demandeurs.

La circulaire de 2017 rappelle à cet effet que même si « *(...) rien ne s'oppose à ce que la personne concernée, si elle l'estime utile, produise des attestations médicales établissant qu'elle suit un traitement médical ou qu'elle a subi une opération de réassignation sexuelle (...) de tels éléments ne sauraient être exigés et l'absence de production de ceux-ci ne saurait conduire au rejet de la demande* ».

Cette évolution législative et réglementaire est conforme à la position de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *AP, Garçon et Nicot c. France* visé *supra*, laquelle a souligné que « *conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants [...] revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée [...] à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique* ».

En l'espèce, il ressort des pièces versées aux débats que des documents médicaux ont été spécifiquement demandés à Monsieur X par la juridiction de première instance, dès le stade de la mise en état.

En effet, par un courrier du 5 avril 2018, il a été sollicité auprès de Monsieur X la communication « *d'autres certificats médicaux récents, émanant de (son) médecin psychiatre, établissant, de façon lisible, qu'il (le) suit depuis un certain temps, décrivant les symptômes du syndrome de transsexualisme (...), distinct d'une simple homosexualité et justifiant un état stable sans idée de retour en arrière* ».

De plus, il lui a été demandé de produire un certificat médical précisant si « *d'autres opérations irréversibles sont en cours* » car la potentielle fertilité de Monsieur X serait en « *contradiction avec le changement de sexe (qu'il envisage)* ».

Monsieur X s'est opposé au versement de ces pièces complémentaires et a précisé à l'audience du 18 janvier 2018 que « *les textes n'imposaient pas d'opérations médicales* ».

Par une décision du 3 juillet 2018, le tribunal de grande instance de Y a rejeté sa demande considérant que les documents médicaux fournis par l'intéressé étaient anciens, et que la visite d'un psychiatre à trois ou quatre reprises par Monsieur X paraissait « *insuffisante pour constater une réelle volonté de changer de sexe distincte d'une simple homosexualité* ».

¹⁸ Décision du Défenseur des droits MLD-MSP-2016-164 du 24 juin 2016

La juridiction a poursuivi en rappelant que « *si les nouveaux textes n'exigent pas de traitement ou d'opération chirurgicale, la preuve d'un suivi régulier par un psychiatre et la décision de subir des opérations définitives empêchant toute grossesse pourrait permettre de s'assurer de la réalité de la volonté récente de changement de sexe de l'intéressé, de façon stable, sans idée de retour en arrière* ».

Il ressort des motifs du jugement que le rejet de la demande de Monsieur X est uniquement fondé sur l'insuffisance de pièces médicales, et notamment d'éléments attestant de la volonté de ce dernier de subir des interventions tendant à modifier définitivement son apparence physique en concordance avec le sexe qu'il revendique.

Or Monsieur X paraît avoir transmis d'autres documents justifiant de sa demande, tels que des fiches de paie, des factures, des témoignages de proches attestant le connaître sous sa seule identité masculine depuis 2015.

Il a également versé aux débats la décision de changement de prénom qui lui a été octroyée par la mairie de Z, le 22 juin 2017. La nature même de cette dernière décision, prise sous l'angle de l'intérêt légitime, est en effet un élément attestant de la reconnaissance de l'identité de genre de la personne qui en a fait la demande.

Son conseil, Maître W, dans ses conclusions d'appelant du 14 février dernier, précise par ailleurs que Monsieur X aurait transmis des éléments médicaux attestant qu'il subit un traitement hormonal depuis 2015 et que la décision de première instance n'en aurait fait nullement mention.

Il ressort du dispositif du jugement rendu en première instance que la décision de rejet est motivée par l'insuffisance de pièces médicales, pourtant non exigibles par les textes, sans prendre en considération les autres éléments versés au dossier.

De même, le Défenseur des droits estime que l'obligation faite au requérant par la juridiction de verser des éléments attestant de sa volonté de subir une opération définitive, et par là même de rapporter la preuve de l'irréversibilité future de son apparence contrevient tant à la jurisprudence européenne à l'aune de l'article 8 de la Convention, qu'aux dispositions législatives en vigueur et prévues aux articles 61-5 et 61-6 du code civil.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation de la cour d'appel de Y.

Jacques TOUBON