

L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées

Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH))

Benjamin Moron-Puech



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3049>

DOI : [10.4000/revdh.3049](https://doi.org/10.4000/revdh.3049)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Benjamin Moron-Puech, « L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 03 mai 2017, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3049> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.3049>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées

Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH))

Benjamin Moron-Puech

- 1 Le **sexe**, en tant que catégorie juridique permettant de répartir les individus en groupes identitaires distincts, a connu ces dernières années **d'importantes évolutions** dans sa **définition**. **Initialement** perçu comme une **notion uniquement biologique**, il a commencé, à partir du milieu du XX^e siècle et des progrès scientifiques — tant en sciences « dures » que « sociales »¹ — à intégrer en son sein des données psychologiques et sociales. Est ainsi advenue une **deuxième définition** du sexe, mêlant les données **biologiques et psychosociales**. Cette dénaturalisation partielle a été consacrée en 1992 par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *B. c. France*. En effet, dans cet arrêt il a été permis à une personne d'obtenir le changement de la mention de son sexe à l'état civil en s'appuyant tant sur des données psychosociales (« la conviction d'appartenir au sexe opposé ») que biologique (la modification de son corps). Depuis quelques années ce mouvement de dénaturalisation se poursuit et se dessine ainsi une **troisième définition** du sexe, **uniquement psychosociale**, où le mot sexe devient alors synonyme d'identité sexuée.
- 2 Certains pays en Europe ont d'ores et déjà adopté cette troisième définition. Tel est le cas de la France qui, très récemment, a adopté une procédure de changement de sexe reposant uniquement sur des données psychosociales. En effet, la Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle a introduit dans le code civil deux articles 61-5 et 61-6, desquels il se déduit que le juge ne peut plus prendre en compte la biologie d'un individu pour

refuser son changement de sexe. Si la France n'est pas le seul pays membre du Conseil de l'Europe à avoir pris cette direction², elle reste néanmoins minoritaire au sein des États membres du Conseil de l'Europe. Cette situation explique en partie pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *A.P., Nicot et Garçon c. France* rendu le 6 avril dernier, a refusé d'adopter cette troisième définition du sexe.

- 3 Dans cet arrêt, où se posait la question de la conformité avec le droit au respect de la vie privée de l'ancienne procédure française de changement de sexe, la Cour décide de s'en tenir à la deuxième définition du sexe, aujourd'hui dominante en Europe, c'est-à-dire la définition mêlant des données biologiques et psychosociales. Pour la Cour, sont conformes à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales les procédures de changement de sexe qui reposeraient sur une conception biologique et psychosociale du sexe. Seules sont refusées les procédures de changement de sexe qui reposeraient sur une médicalisation excessive du sexe, à savoir celle imposant de manière probable une stérilisation des personnes, ce qui était le cas de l'ancienne procédure française ici condamnée. Dans ce commentaire, il conviendra dans un premier temps d'explicitier le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'homme (1°). Puis, dans un second temps, sera menée une analyse critique de ce raisonnement (2°).

1°/- Exposé du raisonnement de la Cour

- 4 Pour parvenir à la conclusion que l'État français a violé le droit au respect de la vie privée des requérants, la Cour commence par vérifier l'applicabilité de l'article 8 de la Convention. À ses yeux, **la situation des requérants ressort à trois égards de cet article 8**. D'abord car, classiquement, il y est question d'« *identité sexuelle* », laquelle relève « *de la sphère personnelle protégée par l'article 8* » (§92). Ensuite, car cette affaire met en cause la notion d'autonomie personnelle qui, dans le cadre des « personnes transsexuelles » comporte un droit à « l'autodétermination, dont la liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels » (§93). Enfin, est ici en cause le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des « personnes transsexuelles », droit qui relève également selon la Cour de l'article 8 de la Convention (§93). La Cour prend également le soin de souligner que, même si jusqu'à présent l'application du droit à la vie privée n'a été reconnu qu'à propos de « personnes transsexuelles », celui-ci s'applique également aux « personnes transgenres », c'est-à-dire celles n'ayant pas subi de « réassignation sexuelle » (§94). En effet, pour la Cour, l'article 8 « vaut pour tous les individus » (§95).
- 5 La Cour va ensuite rechercher **au regard de quel prisme examiner l'atteinte à leur droit au respect de la vie privée dont se plaignent les requérants : celui de l'obligation positive ou celui de l'obligation négative**. Rappelons pour mémoire que la Cour parle d'obligation négative pour désigner les cas dans lesquels pèse sur l'État une *obligation de ne pas* s'ingérer dans les droits des individus et qu'existe au contraire une obligation positive lorsque l'État a *l'obligation d'agir* pour que les droits des individus soit respecté. La différence entre ces deux approches est importante. Approcher une affaire au travers des obligations positives plutôt que des obligations négatives réduit significativement le contrôle que la Cour exerce sur les obligations des États. En présence d'une obligation positive la Cour ne vérifie plus la qualité de la norme sur le fondement

de laquelle a lieu l'atteinte au droit fondamental du requérant, pas plus qu'elle ne vérifie le but poursuivi par l'État pour porter atteinte au droit fondamental du requérant.

- 6 En l'espèce la Cour considère que cette affaire pose la question de savoir si la France s'est ou non acquittée correctement de son *obligation positive* de garantir aux requérants le respect de leur vie privée en leur offrant une procédure de changement de sexe ménageant un juste équilibre entre l'intérêt général et leur intérêt particulier. La Cour se rallie ainsi à l'analyse du Gouvernement et écarte l'analyse du premier requérant. Dans l'un de ses griefs, ce requérant estimait en effet que l'affaire devait être envisagée au prisme des *obligations négative* de l'État, puisque selon lui se posait la question de savoir si l'État avait respecté son obligation de ne pas s'ingérer dans son droit à la vie privée est déterminante de la suite du raisonnement.
- 7 Ayant ainsi opté pour une analyse en termes d'obligation positive, la Cour va conformément à sa jurisprudence³ seulement **vérifier si, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposait la France, les conditions posées à l'époque ménageaient « un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de ces derniers »** (§101). Autrement dit, la Cour ne va pas examiner — ce qu'elle aurait fait en présence d'obligation négative — si les atteintes à leur droit au respect de la vie privée dont se plaignaient les requérants étaient prévu par la loi et répondaient à un but légitime.
- 8 Pour rechercher si « un juste équilibre » a été ménagé par la France, la Cour va examiner les deux conditions auxquelles la Cour de cassation avait subordonné le changement de sexe dans ses arrêts de 2012⁴. Néanmoins, inversant l'ordre dans lequel la Cour de cassation les avait énoncé, la Cour européenne des droits de l'homme examine d'abord l'exigence de cet équilibre pour la condition de « caractère irréversible de changement de l'apparence » et ensuite pour la condition de « réalité du syndrome transsexuel ». La Cour n'arrête pas là cependant son examen des griefs des requérants. Répondant au premier requérant, elle va également s'intéresser à l'exigence d'une expertise médicale obligatoire, exigence induite en pratique par l'obligation pour le requérant de prouver le changement irréversible de son apparence. Au terme de cet examen, si la Cour va censurer en tant que telle l'exigence de changement irréversible de l'apparence (A), elle ne va en revanche rien trouver à redire à la médicalisation de la procédure de changement de sexe (B).

A - La condamnation d'une procédure de changement de sexe imposant la stérilisation

- 9 Commencant par examiner la condition de « caractère irréversible de changement de l'apparence », la Cour va rechercher de manière liminaire ce que recouvre cette condition dont la formulation ne lui apparaît pas très claire (§ 117). Après un examen sommaire du droit positif français, fondé sur les seuls arrêts fournis par les requérants, la Cour va conclure que cette expression implique pour les personnes « transgenre » la « réalisation d'une opération stérilisante ou d'un traitement qui, par sa nature et son intensité entraînait une très forte probabilité de stérilité » (§120).
- 10 Puis, la Cour va rechercher **de quelle marge d'appréciation dispose la France à propos de cette condition de stérilisation**. La Cour commence alors un syllogisme très proche de celui qu'elle avait débuté sans jamais l'achever dans son précédent arrêt Y.Y. c.

Turquie du 10 mars 2015. Dans l'arrêt commenté, la Cour rappelle d'abord ce qui détermine selon elle l'étendue de la marge nationale d'appréciation (§121) : la marge est plus large en l'absence de consensus « sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger » ou quand plusieurs droits ou intérêts doivent être conciliés, tandis qu'elle est plus restreinte « lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu ». Puis, appliquant en l'espèce cette méthode, la Cour va relever la présence à la fois des critères donnant à l'État une marge d'appréciation large et de ceux lui en donnant une restreinte. La Cour devrait alors se trouver bien en peine de choisir entre une marge restreinte et une marge large. Cependant, contrairement cette fois à l'arrêt *Y.Y. c. Turquie*, la Cour parvient à surmonter cette difficulté et achève son syllogisme en **concluant à l'existence d'une marge d'appréciation restreinte**. La Cour va en outre ajouter, postérieurement à cette conclusion, 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 international (§124 et 125). Ce faisant, elle donne là un élément supplémentaire au soutien de l'idée d'une marge restreinte d'appréciation. En effet, la Cour relativise très souvent l'absence de consensus par l'existence d'une tendance lui suggérant qu'un consensus pourrait à terme émerger. Plutôt que d'attendre l'émergence d'un tel consensus qui restreindrait alors la marge des États, la Cour préfère l'anticiper et considérer qu'une simple tendance suffit à restreindre la marge d'appréciation des États.

- 11 Une fois l'étendue de la marge nationale d'appréciation déterminée, la Cour en vient à **l'examen des intérêts en présence**. Examinant d'abord les intérêts des requérants, la Cour constate que cette **exigence de stérilité « porte sur l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains, qu'elle a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la vie émotionnelle, spirituelle et familiale.** » Consciente qu'on pourrait lui objecter que ces traitements sont toutefois consentis par les personnes désirant changer de sexe, elle estime qu'il n'y a **pas là « véritablement » de consentement** car « le fait pour l'intéressé de ne pas s'y plier a pour conséquence de le priver du plein exercice de son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel ». Autrement dit, le consentement de l'individu étant vicié, l'atteinte à l'intégrité physique demeure entière. **Quant aux intérêts de la société, la Cour relève que l'exigence de stérilisation permet de préserver le « principe de l'indisponibilité de l'état des personnes » et de garantir « la fiabilité et [la] cohérence de l'état civil » et, plus généralement, « l'exigence de sécurité juridique »,** qui relèvent tous à ses yeux de l'intérêt général (§132).
- 12 Ayant ainsi déterminé la marge d'appréciation de la France et les intérêts en présence, la Cour est en mesure de placer ces intérêts sur les deux plateaux de la balance de proportionnalité et, réglant cette balance au moyen de la marge d'appréciation, de déterminer lequel doit l'emporter. À l'issue de cette opération, la **Cour conclut à la primauté de l'intérêt du requérant**, dès lors que l'ancien droit français mettait les personnes « transgenres » devant un « dilemme insoluble » – choisir entre leur intégrité physique et la reconnaissance de leur identité sexuelle. Or, ce dilemme constitue à ses yeux une **rupture du juste équilibre entre les intérêts en présence**. Cette conclusion n'implique pas cependant la condamnation de toutes les procédures médicalisées de changement de sexe, comme va le révéler la suite de l'arrêt.

B - La validation d'une procédure médicalisée de changement de sexe

- 13 Le caractère médicalisé de la procédure de changement de sexe faisait l'objet de deux griefs séparés par les requérants. L'un, formulé par le deuxième requérant, critiquait la pathologisation des personnes désirant changer de sexe, **pathologisation induite par l'exigence de « réalité du syndrome transsexuel »**. L'autre grief, formulé par le premier requérant, critiquait l'**expertise médicale** exigée en pratique par les juges pour vérifier l'irréversibilité de la transformation de l'apparence.

1) La validation de l'exigence d'un « syndrome transsexuel »

- 14 Dans sa requête devant la Cour, le deuxième requérant contestait la condition de « réalité du syndrome transsexuel » en avançant que celle-ci revenait à l'identifier à un malade mental, ce qui était attentatoire à sa dignité. Sans contester ce point, le Gouvernement faisait valoir que le « diagnostic de dystrophie de genre est exigé en tant que diagnostic différentiel », afin de s'assurer que « la souffrance du patient ne provient pas d'autres causes possibles, comme la maladie mentale » (§137).
- 15 Pour répondre à ce grief la Cour va reprendre la même méthodologie que celle suivie plus haut à propos de la condition de caractère irréversible du changement de l'apparence, même si ici cette méthodologie n'est pas aussi bien explicitée qu'elle ne l'était précédemment. Ainsi, appliquant directement en l'espèce les critères de détermination de la marge nationale d'appréciation, la Cour va commencer par rechercher quelle est la position des autres États et organisations internationales relativement à l'exigence d'un psychodiagnostic. Elle constate alors que la quasi-unanimité des États l'exige et que, s'agissant des organisations internationales, aucune n'a fermement condamné cette condition. Au contraire, au moins une des organisations – l'Organisation mondiale de la santé – la soutient, puisqu'elle intègre le « transsexualisme » ou « trouble de l'identité de genre » dans sa classification des maladies (§139). Si tous ces éléments tendent à conférer à la France une large marge d'appréciation, compte tenu de l'absence de consensus – c'est le moins qu'on puisse dire – sur la pertinence de cette pathologisation du transsexualisme, la Cour relève néanmoins l'existence d'un autre élément susceptible de la conduire à retenir une marge d'appréciation restreinte. Il s'agit du fait que cette pathologisation porte sur un élément important de l'identité des personnes, à savoir leur identité sexuée. Cet élément est toutefois le seul à pointer en direction d'une marge restreinte ; ne s'y ajoute pas un argument tiré de la gravité de l'atteinte au droit du requérant. En effet, la Cour prend soin de relever que l'intégrité physique du requérant n'est pas ici en cause (§139). Faisant la synthèse de tous ces éléments, **la Cour en conclut que la marge d'appréciation doit être large.**
- 16 La Cour examine ensuite les intérêts en présence. Commençant cette fois par les intérêts des personnes demandant à changer de sexe, elle estime que l'exigence d'un psychodiagnostic tend à faire en sorte que les personnes « ne s'engagent pas erronément dans un processus de changement légal de leur identité ». La Cour ne dit en revanche rien directement des inconvénients que cette pathologisation crée pour les personnes intersexuées. Ceux-ci ne sont cités qu'au travers des positions du requérant, positions dont la Cour laisse en outre entendre qu'elles seraient moins celles du requérant que celles des « organisations non gouvernementales dédiées à la protection des droits des

personnes transgenres ». Ayant ainsi limité les intérêts des requérants, la Cour examine ensuite les éléments d'intérêt général. Pour elle, ceux-ci tiennent au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, à la fiabilité et à la cohérence de l'état civil, et à la sécurité juridique. **Mettant ensuite ces intérêts en balance les uns avec les autres, elle estime que les intérêts du requérant rejoignent en partie ceux de l'intérêt général et que, dès lors, un juste équilibre a été préservé.**

2) La validation des expertises médicale

- 17 La Cour examine ensuite le grief tenant à l'exigence d'une expertise médicale. **Alors que le requérant fondait sa critique tant sur l'article 8 de la Convention** (droit à la vie privée) **que sur l'article 3** (droit à l'intégrité physique), **la Cour décide de ne l'entendre que sur le fondement de l'article 8** (§149). Bien que la Cour ne s'en explique guère, **cette requalification paraît justifiée par le souci de la Cour de n'appréhender cette affaire qu'au travers d'un contrôle des obligations positives de l'État**. Si la Cour s'était placée également sur le terrain de l'article 3 comme l'avait demandé le requérant, elle aurait été contrainte de raisonner en termes d'obligation négative. En effet, ce qui est en cause ici ce n'est pas une inaction de l'État ou une action insuffisante de celui-ci en vue de satisfaire à son *obligation positive* de protéger l'intégrité physique d'autrui. Au contraire, c'est le point de savoir si en ordonnant une expertise médicale, nullement destinée à protéger l'intégrité physique, l'État n'a pas manqué à son *obligation négative* de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Or, adopter un raisonnement en termes d'obligation négative aurait obligé la Cour à procéder à un contrôle beaucoup plus approfondi, qui l'aurait sans doute conduite à une solution différente⁵. Afin d'éviter cela, la Cour a pu préférer déclarer de manière autoritaire qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le grief du requérant sur le fondement de l'article 3.
- 18 Après avoir procédé à cette requalification du grief du requérant, la Cour examine la marge d'appréciation dont disposait la France. **Pour déterminer cette marge d'appréciation, la Cour ne paraît plus tout à fait s'en remettre aux critères qu'elle a énoncés plus haut** et qui tenaient pour les uns à l'existence d'un consensus et pour les autres à la gravité de l'atteinte (gravité tant par l'importance du droit en cause que par les conséquences de l'atteinte). La Cour se contente de relever que la question sur laquelle elle a à se prononcer a trait à « l'administration de la preuve, domaine dans lequel la Cour reconnaît aux États parties une très large marge de manœuvre sous réserve qu'ils ne se livrent pas à l'arbitraire »⁶. Ce faisant, la Cour suggère que cette très large marge d'appréciation rendrait sans objet l'habituelle pesée des intérêts et qu'il n'y aurait plus besoin désormais que de rechercher si l'État n'a pas agi de manière arbitraire.
- 19 La suite du raisonnement de la Cour est cependant un peu confuse. La Cour va en effet semble-t-il tant vérifier l'absence d'arbitraire que rechercher si en l'espèce un juste équilibre a été préservé entre les intérêts du demandeur et ceux de la société. Or, elle avait pu donner auparavant l'impression que la recherche de l'absence d'arbitraire était propre à la matière probatoire et venait se substituer à la pesée des intérêts. Cela étant, la pesée des intérêts s'opère de manière très sommaire, ce qui fait douter de sa réalité : si la Cour évoque bien les éléments en rapport avec l'intérêt du requérant — un examen sur ses parties génitales — elle ne dit rien en revanche des raisons d'intérêt général imposant des expertises médicales (§152). On est tout de même conduit à croire que ces raisons doivent exister puisque la Cour va considérer qu'en dépit de l'atteinte qui est portée aux intérêts du requérant, un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de ce dernier et

l'intérêt général (§153). D'où **la Cour conclut que la France n'a pas manqué à son obligation positive de garantir le droit du premier requérant au respect de sa vie privée (§154).**

- 20 **Au terme de cet arrêt, la condamnation du droit français est donc limitée à la seule exigence de stérilisation probable à laquelle était conditionnée le droit français, la Cour ne trouve donc rien à redire à la procédure de médicalisation du changement de sexe.** Ces différentes conclusions auxquelles est parvenue jusque-là la Cour la conduisent à considérer qu'elle est dispensée d'examiner les autres griefs du requérant qui se plaignait d'une discrimination (article 14 de la Convention) ainsi que de la violation de son droit à un procès équitable (article 6 § 1 de la Convention). Quant à la réparation à laquelle peuvent prétendre les requérants, **la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes en dommages et intérêts formulées par les requérants.** Pour la Cour, **le seul constat de la violation par la France de l'article 8 « constitue en soi une satisfaction équitable suffisante ».** Cette affirmation peine à convaincre dans la mesure où, jusqu'à l'arrêt de la Cour, les deuxième et troisième requérants ont bien été privés de la possibilité d'être rattachés au sexe correspondant à celui qu'ils revendiquaient. Dire cela, c'est toutefois déjà entrer dans l'appréciation critique de l'arrêt vers laquelle il convient à présent de se tourner.

2°/- Analyse critique du raisonnement de la Cour

- 21 Le raisonnement tenu par Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt commenté appelle une appréciation nuancée. **D'un côté, il est des raisons de s'en réjouir. La condition de changement irréversible de l'apparence était en effet difficilement compatible avec les principes fondamentaux de notre ordre juridique** et, si ce n'avait été la Cour européenne des droits de l'homme ou le législateur⁷, il est probable que celle-ci aurait tôt ou tard fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité fondée soit sur le principe constitutionnel de dignité, soit sur le droit à la santé. Rappelons en effet, en restant pour l'instant dans l'approche pathologique qui était celle du droit français jusqu'en 2016, que cette condition de changement irréversible de l'apparence imposait à la personne désirant changer la mention de son sexe à l'état civil un choix entre son intégrité physique et son intégrité psychique : soit renoncer à son intégrité physique pour mettre un terme aux souffrances liées à sa « dystrophie de genre », soit renoncer à son intégrité psychique pour préserver ses caractéristiques sexuées. Dès lors, il était très probable qu'à l'image de ce qu'avait pu décider la Cour de cassation italienne⁸, cette condition du changement de sexe aurait été déclarée inconstitutionnelle. Par conséquent, en tant que juriste épris de cohérence, l'on ne peut que se réjouir de cette remise en ordre au sein du système juridique.
- 22 En outre, à titre plus personnel, nous ne pouvons que nous réjouir de **cette solution qui correspond pleinement aux prédictions que nous avons formulées dans une précédente lettre d'actualité de cette revue** parue à l'occasion de l'arrêt *Y.Y. c. Turquie* du 10 mars 2015. En effet, examinant la portée de l'arrêt *Y.Y. c. Turquie* en droit français, nous indiquions qu'« [e]n France, cette décision devrait conduire à court terme à l'abandon de la condition d'irréversibilité de la transformation de l'apparence, comprise comme l'exigence d'une stérilisation irréversible », mais qu'en revanche il était peu probable que cette décision « ait une influence sur la procédure actuellement suivie (procédure judiciaire et médicalisée) ». Or, à l'exception du caractère judiciaire de la

procédure sur lequel la Cour ne s'est pas prononcée, ce que nous avons prévu s'est produit dans l'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France*.

- 23 **D'un autre côté, il est des raisons, plus nombreuses, de s'attrister de cet arrêt** et c'est sur elles que nous voudrions nous arrêter. Certaines de ces raisons sont particulières à l'analyse retenue par la Cour dans cet arrêt (A), d'autres sont plus structurelles et tiennent, d'une manière générale, à l'utilisation par la Cour de méthodes de raisonnement non satisfaisantes (B).

A - Les critiques particulières à l'arrêt

- 24 L'arrêt *A.P., Nicot et Garçon c. France* encourt plusieurs critiques relevant de la technique juridique. Les unes procèdent de l'utilisation d'une terminologie critiquable (1), les autres d'une motivation peu convaincante (2).

1) Les difficultés terminologiques

- 25 Si la motivation de l'arrêt est critiquable, c'est d'abord en raison de la terminologie malheureuse qu'utilise la Cour pour désigner la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil, mais aussi les personnes s'engageant dans cette procédure.
- 26 Concernant le nom de la procédure, **la Cour parle de « rectification de l'état civil », ce qui est manifestement une erreur.** En droit français, la *rectification* désigne une procédure destinée à corriger une erreur commise dès l'origine sur un élément d'identité de l'individu, procédure qui produit donc un effet rétroactif. Or, dans les affaires en cause, ce n'est pas de cela dont il s'agit. Il y est question d'une action en *changement* d'état civil, laquelle vise à modifier pour l'avenir l'état civil de la personne. D'ailleurs, à l'époque des faits dont la Cour européenne a à connaître, l'action en rectification du sexe était fermée aux personnes transsexuées (ce qui n'est plus le cas aujourd'hui⁹). Compte tenu de la composante biologique de l'identité sexuée, ces personnes ne pouvaient pas bénéficier de l'action en rectification du sexe, laquelle aurait supposé de montrer que leurs caractéristiques biologiques sexués auraient été dès l'origine en adéquation avec celles du sexe revendiqué. Or, par définition, s'agissant de personnes transsexuées, cela n'était pas le cas.
- 27 Au-delà de la question du nom à donner à cette procédure, **c'est surtout le nom donné aux personnes désirant recourir à cette procédure qui est problématique.** La Cour parle en effet souvent à leur égard de personne « transsexuelle », terme qui fait écho à l'opinion de la Cour selon laquelle la question du changement de la mention du sexe à l'état civil se rapporterait à « l'appartenance sexuelle » ou à « l'identité sexuelle » des individus (§92 et §93). Cette terminologie est regrettable car, comme nous l'avons naguère signalé dans notre commentaire sous l'arrêt *Y.Y. c. Turquie*, elle entretient une **confusion entre deux notions très différentes. D'un côté l'identité sexuée**, qui a trait à la catégorie sexuée à laquelle un individu prétend appartenir et **de l'autre l'orientation sexuelle**, qui a trait aux mécanismes gouvernant le désir sexuel des individus, mécanismes qui ne dépendent pas seulement de l'identité sexuée du partenaire¹⁰. Utiliser l'expression « identité sexuelle » abouti à établir un lien entre l'identité sexuée et l'orientation sexuelle et peut suggérer que l'orientation sexuelle devrait dépendre de l'identité sexuée. Or une telle orientation est à rebours de la liberté sexuelle par ailleurs prônée par la Cour
- ¹¹.

- 28 Certes, il faut reconnaître que la Cour sait parfois prendre quelques distances avec l'adjectif « transsexuel » et plus généralement l'adjectif « sexuel ». Ainsi utilise-t-elle parfois le terme de « genre » comme suffixe quand elle parle des personnes « transgenres ». Il n'est pas sûr toutefois que le terme soit très heureux, même s'il ne manque pas de légitimité puisqu'il est utilisé par nombre des personnes désireuses de changer de sexe. En effet, **tel qu'utilisé par la Cour, le terme de « transgenre » est perçu comme distinct du terme « transsexuel »**. Le premier est utilisé par la Cour pour désigner les personnes ayant consenti à modifier leur corps pour le faire correspondre au sexe revendiqué, alors que le second désigne celles qui n'auraient pas ou ne voudraient pas subir ces opérations¹². **Or, cette distinction est critiquable en ce qu'elle laisse entendre que le genre ne pourrait pas désigner des réalités biologiques et qu'il ne concernerait que la composante sociale du sexe, ce qui n'est pas le cas**. Quoi qu'en disent les pourfendeurs d'une « théorie du genre », les personnes recourant au terme de « genre » dans les sciences sociales n'excluent pas que ce terme puisse également recouvrir des réalités biologiques, lesquelles sont à leurs yeux tout autant construites que les réalités sociales¹³. On ajoutera enfin que les termes de genre est un terme très polémique en France et qu'y recourir est assez maladroit pour une juridiction qui désirerait susciter une large adhésion de son auditoire.
- 29 À ce problème de nom utilisé pour désigner le requérant, s'ajoute celui du genre grammatical — cette fois le mot genre est pertinent — auquel il est recouru quand il est question du requérant. Alors que dans l'arrêt *Y.Y. c. Turquie*, la Cour avait décidé d'adopter à propos du requérant un genre grammatical en rapport avec l'identité sexuée revendiquée (§1), elle retient dans l'arrêt commenté un tout autre choix (§6). Certes, la Cour prend aussitôt la peine d'indiquer que « cette désignation ne [peut] s'entendre comme les excluant de la catégorie sexuelle à laquelle ils s'identifient ». Cependant, le résultat est là : même dans l'ordre juridique international où la Cour pourrait retenir une identité sexuée du requérant autre que celle retenue par l'État national¹⁴, **la Cour refuse de reconnaître au requérant l'identité sexuée qu'il revendique**. Ce faisant, la Cour européenne des droits de l'homme prend une décision à rebours du principe d'autodétermination de l'identité sexuée auquel des résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ont manifesté leur adhésion¹⁵. Ce décalage avec le discours dominant au sein du Conseil de l'Europe est d'autant plus surprenant que, quelques lignes plus loin dans l'arrêt, **la Cour va poser pour la première fois dans sa jurisprudence un droit à l'autodétermination de l'identité sexuée, droit qu'elle vient pourtant de méconnaître**. Cette violation du droit à l'autodétermination est d'autant plus frappante que, contrairement à ce que la Cour affirme dans le présent arrêt, elle n'avait jusque-là jamais dégagé un tel droit à partir de l'article 8 de la Convention. Les arrêts *Van Kück* et *Schlumpf*, que la Cour avance ici comme « précédent », disent l'inverse ! On lit en effet dans ces arrêts que la Cour n'a « établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel ». Quoi qu'il en soit, l'arrêt commenté révèle un double discours inquiétant pour l'effectivité du droit au respect de la vie privée. Si l'expression d'autodétermination a un sens, alors elle implique que la Cour reconnaisse l'identité sexuée revendiquée par les requérants, sans autre condition, y compris la reconnaissance préalable de cette identité par l'État mis en cause.
- 30 Outre les problèmes inhérents aux termes mêmes utilisés par la Cour pour désigner les personnes désirant changer de sexe — que nous appelons pour notre part personnes

transsexuées —, s'ajoute le problème du recours à une **terminologie pathologisante** pour les désigner. Ainsi, sans nullement user de guillemets¹⁶, la Cour n'hésite pas à parler à propos de ces personnes de « troubles de l'identité de genre », de « syndrome de transsexualisme » ou encore de « diagnostic de transsexualisme ». Or, **l'utilisation de ce vocabulaire médical est doublement critiquable**. Elle l'est, premièrement, en ce que l'un des griefs formulés par les requérants portait précisément sur cette pathologisation qu'il dénonçait, de sorte **qu'il appartenait à la Cour de recourir à un vocabulaire neutre, montrant que son opinion n'était pas déjà faite** sur ce grief. L'utilisation de ce vocabulaire est en outre critiquable en ce sens que, **théoriquement, la situation de ces personnes ne paraît nullement susceptible d'être qualifiée en soi de maladie**. Si certaines de ces personnes peuvent ressentir une souffrance telle qu'elle les conduise à des états dépressifs ou suicidaires, tel n'est pas le cas de toutes, de sorte qu'il est inexact de voir en soi dans le « transsexualisme » une maladie. En outre, il faut souligner que cette souffrance provient non pas du corps de l'individu lui-même, mais de la société qui l'entoure¹⁷. Or, à suivre ce raisonnement il faudrait également parler de malade pour les personnes souffrant d'être racisées et plus généralement discriminées. Ce serait là une bien étrange manière de procéder. À la réflexion, si l'on tient vraiment à parler de malade dans ce type de situation, c'est moins à l'individu en souffrance qu'il faut apposer ce qualificatif, qu'à la société dans laquelle il évolue¹⁸.

2) Une motivation peu convaincante

- 31 À côté de ces problèmes terminologiques, l'arrêt commenté apparaît également critiquable en ce que le raisonnement sur lequel il est construit peine à convaincre. C'est le cas d'abord lorsque la Cour décide d'examiner cette affaire sous le prisme d'obligations positives (a). C'est le cas ensuite lorsque la Cour s'intéresse à la marge nationale d'appréciation (b).

a) Le choix discutabile du recours aux obligations positives

- 32 Le premier moment où le raisonnement de la Cour peine à convaincre c'est lorsque celle-ci décide de raisonner en termes d'obligation positive, plutôt qu'en terme d'obligation négative (§121-125). En l'espèce, **pour justifier une approche en termes d'obligation positive, la Cour se fonde sur sa jurisprudence antérieure**, à savoir l'arrêt *Hämäläinen* c. Finlande rendu par la Cour le 16 juillet 2014, où elle avait raisonné de même. Cependant, **ce précédent ne doit pas faire oublier qu'à d'autres occasions**, notamment dans l'arrêt *Y.Y. c. Turquie*, au demeurant postérieur à l'arrêt *Hämäläinen*, **la Cour a appréhendé la question de la procédure du changement de sexe sous le prisme d'obligations négatives**. Dès lors, l'argument donné par la Cour ne suffit pas à emporter l'adhésion.
- 33 **À notre sens, les deux analyses sont possibles** en l'espèce : l'on peut tout aussi bien considérer que l'État s'est ingéré dans le droit à la vie privée du requérant (obligation négative), en ne reconnaissant pas l'identité sexuée que ce dernier revendique, tout comme l'on peut considérer que les procédures de changement de sexe mises en œuvre par l'État sont insuffisantes au regard de l'obligation positive qu'il a de respecter la vie privée d'autrui. D'ailleurs, dans l'affaire *Hämäläinen* sur laquelle la Cour s'appuie, les juges avaient initialement considéré dans leur décision de 2009 qu'il s'agissait d'une obligation négative (§43-44) et ce n'est que devant la Grande chambre, en 2014, que cette

qualification a été rejetée (§62-64). Même devant cette dernière juridiction la question n'était pas consensuelle : trois des juges ayant participé à la décision rendu en Grande chambre ont rendu une opinion dissidente dans laquelle ils ont défendu la qualification d'obligation négative (§4 de l'opinion dissidente). On le voit, donc, la frontière entre les deux types d'approche est floue.

- 34 Certes, la Cour est consciente de la **porosité de la frontière entre les obligations positive et négative**. Par exemple, dans l'arrêt Hämäläinen de 2009 précité, la Cour « rappelle que la frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise » (§43). Pourtant, elle n'en tire pas les conséquences qui s'imposeraient. Au lieu de s'efforcer de clarifier la distinction, notamment en détaillant les raisons qui la conduisent à retenir une approche plutôt qu'une autre, elle use d'une formule lapidaire. Pire, alors même que la Cour a affirmé raisonner en termes d'obligation positive, elle reprend parfois des modes de raisonnement propres à l'obligation négative. C'est le cas notamment dans des développements consacrés à l'expertise médicale où la Cour s'intéresse à un moment à la gravité de l'« ingérence » dans les droits du requérant (§152), vocabulaire réservé en principe à l'examen des obligations négatives.
- 35 **Cette motivation insuffisante est d'autant plus préjudiciable que si la Cour avait raisonné en termes d'obligation négative, le résultat n'aurait sans doute pas été le même, compte tenu de l'exigence d'un but légitime** qu'il aurait fallu vérifier conformément à la lettre de l'article 8. En effet, si l'on reprend les buts légitimes avancés par cet article, aucun d'entre eux n'apparaît de manière manifeste comme permettant de justifier les faits fustigés par les requérants. **Les exigences de stérilisation, de psychodiagnostic ou d'expertise médicale ne semblent pas avoir grand-chose à voir avec les buts légitimes mentionnés dans l'article 8**, à savoir la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, ou la protection des droits et libertés d'autrui. Cela n'a pas échappé à certains juges européens qui, dans une opinion concordante sous l'arrêt *Y.Y. c. Turquie*, à propos de l'exigence de stérilisation, indiquaient être « curieux de savoir quels motifs [les États] pourraient invoquer pour justifier leur système. Ces motifs sont peut-être suffisants, peut-être pas, je l'ignore »¹⁹. Où l'on voit qu'appréhender l'affaire en termes d'obligation négative aurait pu conduire à une toute autre solution en l'espèce. L'indigence de la motivation adoptée par la Cour en l'espèce sur la nature de l'obligation de l'État (positive ou négative) n'en apparaît donc que plus inacceptable. Le même reproche peut être adressé à la motivation de la Cour relative à la marge nationale d'appréciation.

b) La détermination discutable de la marge nationale d'appréciation

- 36 Dans le présent arrêt la Cour va rechercher à trois reprises de quelle marge d'appréciation disposait la France relativement aux questions posées par les requérants. Pas une fois cependant, la Cour ne va mener une démonstration convaincante. Premièrement, à propos de la condition de changement irréversible de l'apparence, la Cour va conclure que la marge d'appréciation doit être considérée comme restreinte à la seule vue de deux éléments, l'un allant dans la direction d'une marge étendue, l'absence de consensus (§122), l'autre dans le sens d'une marge restreinte, l'importance du droit fondamental en cause (§123). Or, **alors que ce relatif équilibre devrait conduire à laisser à l'état une marge d'appréciation intermédiaire, qu'ailleurs nous avons**

proposé d'appeler « normale »²⁰, la Cour va ici opter pour une large marge d'appréciation, sans qu'on ne comprenne pourquoi. Cette faiblesse de la motivation est d'ailleurs justement relevée par le juge Ranzoni dans son opinion dissidente (§21). Si ce dernier limite sa critique à la condition de stérilisation — où l'on voit que sa critique porte moins sur un problème de motivation qu'un désaccord de fond —, la même critique peut être adressée, deuxièmement, au passage de l'arrêt dans lequel la Cour recherche la marge d'appréciation dont disposait la France pour apprécier de la conventionalité de l'exigence d'un psychodiagnostic.

- 37 En effet, à propos du psychodiagnostic, la Cour va cette fois conclure à l'existence d'une large marge nationale d'appréciation alors que là encore elle s'appuie sur un élément censé conduire à une large de marge manœuvre, l'absence d'un consensus, et un autre élément l'orientant habituellement vers une marge restreinte, l'importance du droit en cause. Certes, pour expliquer cette différence, l'on peut observer que presque une quasi-unanimité des États adoptaient la solution critiquée par le requérant, ou encore que l'atteinte au droit en cause était perçue par la Cour comme moins grave, même si elle concernait aussi l'identité sexuée, élément fondamental du droit au respect de la vie privée. Cependant, l'on aimerait que la Cour précise tout cela, qu'elle indique davantage pourquoi cette fois la marge doit être large alors que précédemment, dans une situation proche, elle était restreinte. À défaut, la lecture de la décision donne le sentiment d'une décision arbitraire.
- 38 **Ce sentiment d'arbitraire est également renforcé, troisièmement, par le raisonnement adopté par la Cour lorsqu'elle examine la marge de manœuvre dont disposait la France pour imposer une expertise médicale.** La Cour procède par voie d'affirmation en indiquant reconnaître « aux États parties une très large marge de manœuvre sous réserve qu'ils ne se livrent pas à l'arbitraire ». Or, en n'explicitant pas les raisons sous-tendant cette affirmation, c'est la Cour elle-même qui donne l'impression d'agir de manière arbitraire. Certes, l'on croit comprendre, à la lecture de cette partie de l'arrêt, que l'affirmation suivant laquelle la marge nationale d'appréciation serait large à propos de l'administration de la preuve s'appuie sur la jurisprudence antérieure. Cependant, la Cour ne cite aucun précédent. En outre, une recherche dans la base de données de la Cour ne révèle pas d'arrêts contenant une semblable affirmation. Si par exemple dans l'arrêt *Baka c. Hongrie* rendu le 23 juin 2016 en Grande Chambre, la Cour a pu affirmer que la « spécificité de la tâche que lui attribue l'article 19 de la Convention [...] conditionne sa façon d'aborder les questions de preuve », elle en a simplement conclu que les États disposaient d'une « certaine flexibilité » — autrement dit une certaine marge d'appréciation — dans l'administration de la preuve. Cependant, l'on ignore tout de l'étendue de cette flexibilité, large ou restreinte. La Cour indique seulement qu'elle est déterminée par « la nature du droit matériel en cause ainsi que des éventuelles difficultés d'administration de la preuve ». Dès lors, **l'on peine à comprendre ce qui justifie en l'espèce cette affirmation autoritaire suivant laquelle la marge de manœuvre des États en matière probatoire devrait être très large.**
- 39 Au vu de ce qui précède, il apparaît nettement que la motivation de l'arrêt n'est pas toujours convaincante. Si cela tient sans doute à des raisons propres à l'arrêt, il nous semble que cela tient aussi, plus généralement, à la faiblesse des instruments utilisés par la Cour pour répondre aux questions qui lui sont posées.

B - Les critiques générales aux méthodes de la Cour

40 L'arrêt commenté nous paraît être un excellent révélateur des faiblesses de deux instruments qu'a forgés la Cour pour l'aider à résoudre les cas qui lui sont soumis : la distinction des obligations négative et positive d'une part (1) et la marge nationale d'appréciation d'autre part (2).

1) Les critiques de la distinction des obligations positive et négative

41 L'examen de cet arrêt permet de prendre conscience des faiblesses de la distinction des obligations positives et négatives. Comme nous l'avons évoqué plus haut, **cette distinction repose sur un critère fuyant alors que les différences de régime qui en découlent peuvent être déterminantes dans la solution du litige.** La Cour ne semble pas au premier abord avoir pleinement pris conscience de cette difficulté. Certes, la Cour souligne parfois, nous l'avons dit, l'absence de définition précise de cette distinction. Pourtant, elle ne tire pas les conséquences qui s'imposeraient. **Au lieu de s'efforcer de rapprocher les régimes, afin de lutter contre le sentiment d'arbitraire que peuvent avoir les justiciables lorsqu'un régime leur est appliqué plutôt qu'un autre, la Cour feint d'ignorer le problème.** En effet, elle souligne souvent – et notamment dans l'arrêt *Hämäläinen c. Finlande* (§65) – que le contrôle qu'elle exerce dans le cadre des obligations positives serait « comparable » à celui exercé dans le cadre des obligations²¹. Or, il n'en est rien. Approcher une affaire au travers des obligations positives plutôt que des obligations négatives réduit considérablement le contrôle que la Cour exerce sur obligations des États. En présence, d'une obligation positive, la Cour ne vérifie plus la qualité de la norme sur le fondement de laquelle a lieu l'atteinte au droit fondamental du requérant, pas plus qu'elle ne vérifie le but poursuivi par l'État pour porter atteinte au droit fondamental du requérant.

42 Cette ignorance du problème ne nous paraît que de façade. **Il est permis de penser que la Cour est pleinement consciente de cette différence de régime et que, si elle ne cherche pas à résoudre le problème de frontière entre les obligations positive et négative, c'est finalement parce qu'elle y trouve un intérêt.** Cela lui permet en effet de **déterminer quelle intensité devra avoir son contrôle, non pas tant en raison de critères objectifs, que de sa plus ou moins grande proximité avec la cause du requérant.** En maintenant cette porosité des frontières la Cour se dote ainsi d'un outil lui permettant de ne protéger correctement que les seules causes auxquelles elle est sensible. Mais, ce faisant, **la Cour utilise et promeut une technique laissant place à l'arbitraire, alors même qu'une bonne partie de sa jurisprudence est destinée à lutter contre l'arbitraire des États...**

43 **La présente affaire nous paraît d'ailleurs susceptible d'illustrer l'utilisation arbitraire qui peut être faite de cette distinction des obligations négative et positive.** En effet, dès le début de l'arrêt l'on comprend que la Cour n'est pas particulièrement réceptive à la cause des requérants, compte tenu de la terminologie pathologique qu'elle emploie d'une part et de son refus de respecter le droit à l'autodétermination du requérant d'autre part. Or, au moment de choisir entre la qualification d'obligation positive ou négative, ce préjugé négatif semble ressortir et conduire la Cour à préférer le raisonnement apportant le moins de protection aux requérants. Ce préjugé semble se manifester également à la fin de l'arrêt lorsque la Cour, sans aucune forme de motivation,

décide de ne pas examiner le grief tiré du requérant relatif aux expertises médicales sur le fondement de l'article 3 de la Convention²². Or, comme nous l'avons plus haut souligné, cette requalification permet à la Cour de préserver son approche en termes d'obligation positive, approche qui la dispense d'un contrôle approfondi des pratiques étatiques dénoncées par le troisième requérant.

- 44 Cette **instrumentalisation de la distinction des obligations positive et négative** nous paraît d'autant plus critiquable qu'elle **méconnaît la raison d'être des obligations positives**. Rappelons en effet que les obligations positives ont été « découvertes » par la Cour, sur le fondement de l'article 1^{er} de la Convention, afin d'étendre la protection due par les États aux individus dans les cas où il n'y avait pas d'ingérence de l'État dans les droits du requérant, mais simple inaction de celui-ci. Or, dans l'hypothèse où les deux qualifications d'obligation positive et négative sont possibles, le recours à l'obligation positive n'a plus du tout la même fonction. Il permet à la Cour de procéder à un contrôle d'une intensité moindre que celui prévu par la Convention. Ce faisant, **lorsque les deux qualifications d'obligation positive et négative sont possibles, opter pour l'obligation positive est un moyen pour la Cour de s'écarter des conditions du contrôle posées par l'article 8 de la Convention**.
- 45 **Ce risque d'arbitraire inhérent à la distinction des obligations positives et négatives doit être combattu**. Deux solutions sont pour cela possibles.
- 46 **La première solution consisterait, dans les hypothèses où les deux qualifications d'obligation positive et négative seraient envisageables, à privilégier la seconde qualification**. Cette règle permettrait en effet d'assurer aux individus un niveau de protection de leurs droits fondamentaux conforme à celui qu'ont voulu leur octroyer les rédacteurs et signataires de la Convention.
- 47 **La seconde solution, qui a notre préférence, consisterait à rapprocher véritablement le régime des obligations positive et négative²³**. Certes, au premier abord, les deux premières conditions posées par l'article 8 — une atteinte prévue par la loi et l'existence d'un but légitime — ne paraissent pouvoir s'appliquer que si la Cour aborde la question qui lui est soumise au travers d'obligations négatives. Pourtant, l'examen de la motivation retenue par la Cour dans l'arrêt commenté laisse penser qu'il est possible d'adapter ces conditions dans le cadre d'un raisonnement articulé autour des obligations positives de l'État. En effet, **même si le présent arrêt se contente formellement de contrôler l'existence d'un juste équilibre entre les droits des requérants** (troisième condition posée par l'article 8 alinéa 2), **il contient certains développements qui ne sont pas sans rappeler les première et deuxième conditions de l'article 8 alinéa 2** : une ingérence prévue par la loi et une ingérence répondant à un but légitime.
- 48 Ainsi, **les développements liminaires que la Cour consacrent au point de savoir ce que signifie l'exigence du « caractère irréversible de la transformation de [l']apparence » rappellent le contrôle de l'exigence d'une loi de qualité, première condition posée par l'article 8 alinéa 2**. Certes, en apparence, ces développements liminaires répondent à une toute autre finalité : **déterminer le sens de la condition d'irréversibilité de la transformation de l'apparence**. Cependant, si l'on s'en tient à cet objectif, la suite du raisonnement de la Cour ne se comprend guère ou, plus exactement, apparaît éminemment critiquable. En effet, les propos qui suivent ce constat d'une ambiguïté ne donnent pas l'impression que la Cour chercherait véritablement à découvrir le sens de cette expression, ce qui impliquerait par exemple une étude des

travaux préparatoires aux décisions par lesquelles la Cour de cassation a posé ce critère ou une étude minutieuse des décisions des juges du fond ayant eu à appliquer cette condition. La Cour se contente d'une analyse très sommaire des décisions des juges du fond, analyse où ne sont retenues que les seules décisions avancées par les requérants. Les décisions en sens contraire avancées par le Gouvernement français ne sont pas examinées par la Cour, au motif que n'auraient été communiquées que les références de ces décisions et non une copie de celles-ci... C'est ainsi que la Cour finit par retenir une interprétation de la condition d'irréversibilité proche de celle défendue par les requérants, à savoir que la condition examinée impliquait une stérilisation ou à tout le moins des actes la rendant très probable. Or, ainsi appréhendé, ce raisonnement de la Cour apparaît inacceptable car les juges européens semblent y faire preuve de partialité, en ce qu'ils accordent plus de valeurs aux arrêts avancés par l'une des parties que par l'autre.

- 49 **Le regard porté sur ce raisonnement change du tout au tout sitôt qu'on on y voit un raisonnement destiné non à identifier le sens de la condition d'irréversibilité mais le degré de précision de ce texte, autrement dit un raisonnement semblable à celui auquel procède la Cour lorsqu'elle vérifie, en présence d'obligation négative, si l'ingérence est prévue par une loi de qualité.** Cette grille d'analyse permet en effet de comprendre pourquoi la Cour souligne longuement l'imprécision de ce texte dont elle dénonce « l'ambiguïté », alors qu'une telle condamnation n'aurait sinon pas véritablement de sens dans une simple recherche du sens du texte. De même, cette grille de lecture permet de comprendre pourquoi la Cour attache tant de poids aux arrêts mis en avant par les requérants pour éclairer le sens de cette expression. S'il en est ainsi, c'est non pas tant par faveur aux requérants, qu'à titre de conséquence de cette imprécision. En effet, en présence d'un énoncé susceptible d'être interprété de plusieurs façons, si la Cour veut procéder à un contrôle effectif de ce texte par rapport aux obligations positives de l'État, il lui faut raisonner à partir de l'interprétation de cet énoncé le plus attentatoire aux droits du requérant. À défaut, en raisonnant sur une interprétation optimiste de ce texte, la Cour prend le risque de le valider alors qu'en pratique ce texte pourra être utilisé par les autorités nationales dans un autre sens, plus attentatoire aux libertés que le sens retenu par la Cour.
- 50 **Certes, la conséquence que la Cour semble tirer en l'espèce de l'imprécision de l'énoncé en cause — irréversibilité de l'apparence — n'est pas exactement la même que celle retenue par la Cour quand elle raisonne en termes d'obligation négative.** En présence d'obligation négative, la trop grande imprécision d'un texte entraîne ipso facto un constat de violation de l'article 8 de la Convention. Ici, en revanche, s'agissant d'une obligation positive, la démarche est différente. L'imprécision impose seulement de réaliser le contrôle de proportionnalité à partir de l'interprétation la plus défavorable aux intérêts du requérant. Cependant, **malgré cette différence entre les obligations négative et positive, l'idée derrière cette « sanction » de l'imprécision reste la même : tenir compte de l'imprécision du texte dans le contrôle de conventionalité afin d'éviter l'arbitraire.** Où l'on voit comment est-ce que les développements liminaires de l'arrêt commenté relatifs au sens de la condition d'irréversibilité de l'apparence peuvent révéler la proximité de régime des obligations positives et les obligations négatives, quant à l'exigence d'une « loi » posée par l'article 8.
- 51 **Un rapprochement des régimes de ces obligations peut aussi s'opérer quant au but légitime,** autre condition posée par l'article 8 et restreinte à ce jour par la Cour aux seules

obligations négatives. Certes, la notion de but légitime ne se retrouve pas dans l'arrêt. Cependant celui-ci en contient une forme adoucie, par la référence qui y est faite à l'« intérêt général ». Celle-ci survient au moment où la Cour va réaliser le contrôle de proportionnalité. En effet, classiquement, dans un contrôle articulé autour des obligations négatives, la Cour va faire référence à l'intérêt général lorsqu'elle va procéder à un contrôle de proportionnalité. En effet, mélangeant quelque peu les moyens et les fins, la Cour va rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts privés. Or, à cette occasion, la Cour va procéder à un contrôle de l'intérêt général. Elle va ainsi affirmer que les objectifs avancés par le Gouvernement pour justifier le recours à un psychodiagnostic – préserver du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, garantir la fiabilité et la cohérence de l'état civil et, plus largement, l'exigence de sécurité juridique – relèvent de l'intérêt général » (§132).

52 **Si ce contrôle du but poursuivi existe bien il n'en est pas moins en-dessous des exigences posées par l'article 8** qui, rappelons-le, ne distingue pas à proprement parler les obligations négatives des obligations positives (les rédacteurs de ce texte n'ayant pas eu en tête cette distinction). Cette infériorité de l'intensité du contrôle apparaît assez nettement à la lecture de l'arrêt Y.Y. c. Turquie. Dans cet arrêt, le Gouvernement turc prétendait se placer sur le terrain des obligations positives et avançait donc seulement des motifs d'intérêt général pour justifier que sa procédure de changement de sexe ménageait un juste équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt particulier. La Cour, à l'inverse, décide de raisonner en termes d'obligation négative et dès lors est conduite à apprécier le but poursuivi par le Gouvernement de manière autonome. Or, à cette occasion, la Cour va bien mettre en lumière le fait qu'un but peut être d'intérêt général sans pour autant être d'intérêt légitime. En effet, sans contester le rattachement des motifs avancés par le Gouvernement à l'intérêt général, la Cour va indiquer n'être pas convaincue que ces motifs « puissent relever de la catégorie des buts légitimes énoncés au second paragraphe de l'article 8 ». En effet, la liste des buts légitimes mentionnés par l'article ne contient pas l'intérêt général, ce dont on ne peut que se féliciter au regard du caractère malléable de cette notion.

53 Où l'on voit bien finalement que lorsque la Cour approche une affaire en termes d'obligation positive, elle le fait aussi en contrôlant les buts poursuivis par le Gouvernement, simplement son contrôle est d'un degré inférieur. Or, compte tenu de la porosité des frontières entre les deux modes de raisonnement, cela n'est pas acceptable. Sur ce point, comme sur le contrôle de l'existence d'une loi, les deux régimes de contrôle devraient être rapprochés. Pour cela **la Cour devrait exiger dans les deux cas que l'État ait poursuivi un but légitime**. Si cette réforme était faite par la Cour, la rigueur de son raisonnement en ressortirait assurément renforcé, en ce qu'elle limiterait considérablement le sentiment d'arbitraire qui peut être ressenti par les requérants lorsque la Cour préfère dans leur affaire raisonner en termes d'obligation positive plutôt que d'obligation négative. Il en irait de même si la Cour clarifiait sa manière d'appréhender la marge nationale d'appréciation.

2) Les critiques relatives à la marge nationale d'appréciation

54 Le présent arrêt nous semble illustrer également l'ambiguïté du rôle que la Cour fait jouer à la marge nationale d'appréciation, celle-ci oscillant entre un rôle accessoire et un rôle principal dans le contrôle de proportionnalité.

- 55 Théoriquement, si on en revient aux raisons qui ont justifié l'introduction de la notion de marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour, cette notion s'explique par le souci de la Cour de laisser aux États une plus ou moins grande souplesse dans la pesée des intérêts dont elle estime qu'ils sont les premiers garants. Techniquement, la marge nationale d'appréciation n'intervient qu'une fois les intérêts identifiés et répartis de part et d'autre de la balance. **Déterminer la marge d'appréciation c'est**, pour filer la métaphore, **régler la balance qui va servir à peser les intérêts**. La marge d'appréciation va ainsi permettre de **déterminer si certains des intérêts en jeu doivent peser davantage que d'autres**. Ainsi, dire que l'État dispose d'une large marge d'appréciation, cela signifie que ses intérêts pèseront plus lourd dans la balance que ceux du requérant. Mais encore faut-il qu'il existe des intérêts de l'État ! Tant que ces intérêts n'ont pas été identifiés, quelle que soit la marge d'appréciation de l'État, la balance pèsera toujours du côté des intérêts du requérant. Où l'on voit donc que, **théoriquement, la marge d'appréciation joue dans le contrôle de proportionnalité un rôle accessoire par rapport à la détermination des intérêts à peser**. Elle ne permet pas à elle seule de déterminer la solution du contrôle de proportionnalité. Le présent arrêt, dans ses développements relatifs à la condition d'irréversibilité de l'apparence et à la condition de « réalité du syndrome transsexuel » s'inscrit assez bien dans ce cadre théorique construit par la Cour. En effet, la Cour identifie les intérêts en présence puis, compte tenu de la marge d'appréciation, elle procède à la pesée des intérêts et donne la conclusion de son syllogisme. Cependant d'autres passages de l'arrêt sèment le doute quant à l'adhésion de la Cour à cette approche accessoire de la marge d'appréciation.
- 56 **À d'autres endroits de l'arrêt commenté la Cour semble doter la marge nationale d'appréciation d'un autre rôle, non plus accessoire mais principal**. Ceci apparaît d'abord lorsqu'on examine le moment auquel la Cour détermine la marge nationale d'appréciation. Alors que la Cour devrait théoriquement ne s'intéresser à cette question qu'après l'identification des intérêts, elle y procède — et le phénomène s'observe dans pratiquement tous les arrêts — avant. Certes, la Cour va faire intervenir cette marge d'appréciation seulement après avoir identifié ces intérêts. Cependant **le fait même de déterminer l'étendue de cette marge avant l'identification des intérêts sème le doute sur l'importance que lui accorde la Cour**. Si cette marge ne jouait véritablement qu'un rôle accessoire, pourquoi déterminer son étendue en premier lieu ? N'est-ce pas là suggérer qu'elle peut avoir une influence sur l'identification des intérêts ou que cette identification pourrait ne pas être nécessaire ou être réalisée moins rigoureusement si la marge était large ? Le présent arrêt paraît aller en ce sens. En effet, lorsque la Cour examine la condition de « réalité du syndrome transsexuel », condition pour laquelle elle a estimé que la marge de l'État devait être large, elle ne procède pas très rigoureusement à l'identification des intérêts. Ainsi, la Cour « oublie » de mentionner que la pathologisation induite par cette qualification accroît la détresse psychique des requérants. Pour obtenir leur changement de sexe, ceux-ci doivent en effet accepter de passer pour des malades mentaux, des personnes atteintes d'un « syndrome », d'un « trouble de l'identité de genre ». De même, lorsque la Cour examine le grief relatif aux expertises médicales, le fait d'avoir opté pour une « très large marge de manœuvre » semble la conduire à substituer à la recherche des intérêts en présence la recherche d'un éventuel arbitraire²⁴. Ainsi, à nouveau en l'espèce, la Cour semble faire jouer à la marge nationale d'appréciation un rôle principal, autre que le rôle accessoire qu'elle devrait occuper dans la pesée des intérêts.

- 57 **Cette ambiguïté sur le rôle de la marge nationale d'appréciation transparait également dans les différents degrés de marge d'appréciation que la Cour reconnaît**. À l'heure actuelle, semblent n'exister officiellement dans la jurisprudence de la Cour que deux degrés : large et restreinte. Il n'existe pas de marge intermédiaire. Or, si la marge servait véritablement à régler la balance des intérêts, il serait théoriquement concevable, outre un réglage favorable aux intérêts du requérant ou de l'État, que cette marge conduise à ne privilégier aucun des deux intérêts. Une telle marge intermédiaire serait notamment utile lorsque certains des indices utilisés par la Cour pour déterminer ladite marge pointeraient dans la direction d'une marge restreinte, tandis que d'autres pointeraient dans la direction d'une marge large. Pourtant — et le présent arrêt le montre bien — même lorsque les indices de détermination de la marge pointent dans des directions opposées, la Cour ne recourt pas à une marge intermédiaire. Elle opte toujours pour une marge restreinte ou large. Ce faisant, la Cour donne l'impression de faire de la marge d'appréciation un élément du contrôle de proportionnalité distinct de la pesée des intérêts : de même qu'une pesée des intérêts donnant plus de poids aux intérêts de l'État entraînerait une absence de condamnation de celui-ci, une large marge d'appréciation permettrait également à l'État d'échapper à cette condamnation.
- 58 **Cette ambivalence du rôle de la marge nationale d'appréciation ne nous paraît pas acceptable**. Là encore, elle crée un risque d'arbitraire, **la Cour étant susceptible de privilégier l'une de ces deux approches en fonction de sa proximité avec la cause du requérant**. De même, **elle ne nous paraît pas conforme avec l'article 8 qui ne contient guère de référence à l'idée d'une marge nationale d'appréciation, alors qu'il contient très nettement l'idée d'un contrôle de proportionnalité et d'une pesée des intérêts au travers de la condition de « nécessité » de l'ingérence**. Par conséquent, la condition de marge nationale d'appréciation doit à nos yeux conserver un rôle accessoire par rapport à la pesée des intérêts. Elle ne saurait en aucun cas jouer un rôle autonome dans la réalisation du contrôle de proportionnalité.

*

* *

- 59 Au terme de l'analyse de cet arrêt, l'on voudrait appeler la Cour à renouveler ses méthodes. Sans cela, quelle que soit le sens des décisions qu'elle continuera à rendre, la Cour ne parviendra pas à convaincre son auditoire. **Il est regrettable qu'à un moment où la Cour essuie des critiques de plus en plus nourries de la part des juristes — certains n'hésitant pas à argüer qu'elle n'aurait aucune méthode et agirait en dehors du droit, en se fondant sur de simples appréciations morales ou politiques²⁵ —, la Cour ne s'efforce pas de recourir à des instruments laissant le moins de jeu possible à l'arbitraire**. Certes, les contraintes matérielles pesant sur la Cour sont importantes. Il nous semble toutefois que ces contraintes ne font pas obstacle aux clarifications que nous avons ici suggérées et qui contribueraient à renforcer la légitimité de ses décisions.
- 60 **Cour EDH, 6 avril 2017, A. P., Nicot et Garçon c. France, Requête n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. On songe en particulier aux écrits de Simone de Beauvoir (*Le deuxième sexe*, Gallimard, 1949) et de Michel Foucault (« Le vrai sexe », *Arcadie*, 27^e année, n° 323, nov. 1980, p. 617-625, republié dans *Dits et écrits*, tome IV : 1980-1988, Bibliothèque des Sciences humaines, Gallimard, 1994, p. 115-123)
2. Peuvent y être ajoutés Malte, le Danemark, l'Islande et la Norvège. D'autres pays sont également en train d'examiner des projets ou proposition de loi tendant à une telle démedicalisation. C'est le cas notamment de la Belgique et ce sera celui du Portugal au mois de juin prochain.
3. F. Sudre *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7^e éd., PUF, 2015, p. 30
4. Cass., 1^{re} civ., 7 juin 2012, 10-26.947 et 11-22.490.
5. Cf. *infra* n° 34, où il est montré qu'un contrôle en terme d'obligation négative aurait pu conduire à une condamnation de l'exigence d'expertise médicale obligatoire.
6. Certes plus loin la Cour évoque l'ampleur de l'ingérence porté au droit du requérant. Toutefois, elle semble ici avoir changé d'étape dans son raisonnement et s'intéresser à ce moment-là à la pesée des intérêts. On en veut pour preuve que ces développements interviennent dans un nouveau paragraphe, moyen couramment utilisé par la Cour pour marquer le fait qu'elle a franchi une étape dans son raisonnement.
7. Rappelons en effet que la *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle* a abandonné cette condition.
8. Celle s'est en effet placée sur ce terrain du droit à la santé : Corte Suprema di Cassazione, 1^{re} civ., 21 mai 2015, no 15138/15.
9. En effet, le sexe ne reposant désormais plus que sur des données psychosociales, il est loisible aux personnes transsexuées en mesure d'établir qu'elles se sont toujours senti appartenir au sexe revendiqué d'engager une action en rectification d'état civil.
10. Ainsi, la pédophilie ou la zoophilie, quel que soit le regard normatif porté sur eux, relèvent bien de l'orientation sexuelle et n'ont rien à voir avec l'identité sexuée.
11. Pour une illustration paroxystique de cette liberté cf. l'arrêt K. A. et A. D. c. Belgique du 17 février 2005.
12. Cette distinction apparaît assez nettement dans le §94 de l'arrêt.
13. Cf. en ce sens le commentaire publié dans cette *Lettre d'actualité* par notre collègue M.-X. Catto, sur l'avis rendu par la Commission consultative des droits de l'homme relatif sur « l'identité de genre » et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil.
14. Rappr. CA Paris, 14 juin 1994, *Osmar B*, RCDIP, 1995, p. 308, note Y. Lequette.
15. Cf. la Résolution 2048 (2015), *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, § 6.2.1. qui se réfère explicitement au droit à l'autodétermination. Voir déjà la résolution 1728 (2010), *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, qui appelait les États à traiter la discrimination et les violations des droits de l'homme visant les personnes

transgenres et, en particulier, à garantir dans la législation et la pratique les droits de ces personnes [...] à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale (§ 16.11).

16. Les guillemets sont seulement utilisés lorsqu'il est recouru à l'ancienne expression de « syndrome de Benjamin ».

17. C'est là au demeurant l'un des apports du psychiatre français Frantz Fanon qui a su identifier les causes sociales des maladies psychiatriques et promouvoir, à côté des thérapies individuelles, des thérapies institutionnelles, destinées à changer la société elle-même. Sur cette approche, cf. Khalfa J., 2010. « Fanon psychiatre révolutionnaire », in Fanon F., *Écrits sur l'aliénation et la liberté*, Khalfa J. et Young R. (coord.), La découverte, p. 137-167.

18. Rappr. le raisonnement tenu ailleurs à propos des personnes intersexuées : « Le droit des personnes intersexuées. Chantiers à venir », *La Revue des droits de l'homme*, vol. 11 | 2017.

19. Opinion concordante du juge Lemmens, à laquelle se rallie le juge Kūris.

20. B. Moron-Puech, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, note 35.

21. CEDH, Grande chambre, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, §65.

22. Cf. *supra* n° 15.

23. Rappr. F. Sudre *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7^e éd., PUF, 2015, p. 30.

24. *Supra* n° 17.

25. Not. F. Chénéde, « Petite leçon de « réalisme juridique ». À propos de l'affaire *Paradiso et Campanelli contre Italie* », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 663

RÉSUMÉS

L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 6 avril 2017 confirme une solution qu'avait déjà subtilement annoncée l'arrêt Y. Y. c. Turquie du 10 mars 2015, à savoir qu'on ne saurait subordonner le changement de la mention du sexe à l'état civil à une stérilisation préalable, mais qu'il est en revanche loisible aux États de conserver une procédure de changement de sexe médicalisée. Si l'arrêt du 6 avril 2017 peut au premier abord apparaître comme une victoire pour les défenseurs des droits des personnes transsexuées, son analyse appelle une appréciation beaucoup plus nuancée. En effet, à rebours du chemin récemment pris par la France, la Cour y valide la médicalisation des procédures de changement de sexe, en considérant notamment qu'il n'est pas attentatoire à la vie privée des personnes transsexuées de les considérer comme des malades mentaux en exigeant d'eux qu'ils rapportent la preuve d'un « syndrome transsexuel ». Cette validation des procédures médicalisées par la Cour est critiquable à double titre. Il est d'une part sérieusement permis de douter du bien-fondé de la pathologisation des personnes désirant recourir à cette procédure. Cette validation est d'autre part critiquable en ce qu'elle est décidée aux termes d'un raisonnement dans lequel la Cour, dénaturant l'article 8 de la Convention, a procédé à un examen a minima des griefs formulés par les requérants.

AUTEUR

BENJAMIN MORON-PUECH

Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique (Université Panthéon-Assas) et à l'IDEMEC (Aix-Marseille Université | CNRS)