

## 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

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

**Benjamin Moron-Puech**

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1076>

DOI : 10.4000/revdh.1076

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Benjamin 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* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 23 mars 2015, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1076> ; DOI : 10.4000/revdh.1076

---

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

---

# 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

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

Benjamin Moron-Puech

---

- 1** **Sous la pression conjuguée des aspirations à la liberté individuelle et des « progrès de la science », les concepts de sexe — au sens d'identité sexuée et non de sexualité<sup>1</sup> —, de sexualité et de procréation semblent engagés, depuis un peu plus d'un siècle, dans la voie d'une séparation progressive.** Ainsi, dans nos sociétés européennes, le sexe ne semble plus déterminer la sexualité des individus<sup>2</sup>, tout comme le fait d'avoir des rapports sexuels n'implique plus de se reproduire<sup>3</sup>. En revanche, jusqu'à présent, la reproduction semblait demeurer liée au sexe, en ce sens que la reproduction reposait sur l'association de deux identités sexuées différentes, sensées représenter la différence des gamètes nécessaire à la reproduction de l'espèce humaine : les gamètes féminins et les gamètes masculins. Sexe et reproduction demeuraient donc étroitement liés.
- 2** **Par sa décision du 10 mars 2015, rendue dans l'affaire *Y. Y. c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme semble vouloir accélérer la rupture du lien persistant entre sexe et reproduction** et achever ainsi le processus de séparation des notions de sexe, sexualité et reproduction. Au regard des impacts sociaux qu'une telle évolution impliquerait, cette décision mérite de retenir notre attention.
- 3** Après avoir identifié le sens de cet arrêt (1°), le présent article en envisagera la portée à l'égard du droit français (2°).

## 1°/- Analyse de l'arrêt *Y. Y. c. Turquie*

- 4 Après avoir présenté l'arrêt (A), nous analyserons dans le détail la motivation de la Cour (B).

### A – Présentation de l'arrêt

- 5 **L'affaire portée devant la Cour concerne la conventionnalité des conditions auxquelles sont subordonnés les actes médicaux de conformation sexuée<sup>4</sup>.** L'arrêt ne porte pas sur les conditions de l'acte juridique de changement de sexe. Certes, les deux questions sont liées dans la législation turque qui, à la différence par exemple du droit français, subordonne à une décision judiciaire, tant le changement de sexe à l'état civil, que les actes médicaux de conformation sexuée. Ainsi, l'article 40 du code civil turc subordonne l'autorisation des actes médicaux de conformation sexuée à cinq conditions : 1° être âgé de moins de 18 ans, 2° ne pas être marié, 3° être de manière définitive dans l'incapacité de procréer, 4° avoir une « prédisposition transsexuelle »<sup>5</sup> et 5° avoir besoin d'un changement de sexe pour protéger sa santé psychologique. S'agissant de la preuve de ces conditions, il convient de préciser que les deux dernières doivent être attestées par un rapport établi par un établissement de santé et de recherches. Ce n'est qu'une fois ces actes médicaux réalisés, que la rectification des registres d'état civil est ordonnée par le juge, à la vue toutefois d'une nouvelle attestation médicale, certifiant que les actes de conformation ont bien été réalisés en conformité avec l'autorisation judiciaire et les techniques médicales.
- 6 Pour autant, malgré ce lien existant dans la législation turque entre les actes médicaux de conformation sexuée et le changement de sexe à l'état civil, la Cour européenne des droits de l'homme prend bien la peine de distinguer ces deux questions et de souligner que sa décision ne porte que sur les conditions des actes médicaux de conformation sexuée<sup>6</sup>.
- 7 En l'espèce, le requérant, dont l'anonymat a été préservé tout au long de la procédure, est une personne déclarée à la naissance comme étant de sexe féminin et qui, selon ses dires, s'est sentie appartenir dès son jeune âge au sexe masculin, ce qui se manifestait notamment par le sexe de ses camarades de jeux. Accompagné psychologiquement, puis psychiatriquement, cette personne a progressivement mené sa vie en tant qu'homme et a été considérée comme tel par son entourage.
- 8 Non marié et majeur, il a, dans un premier, saisi le tribunal de grande instance (TGI) de Mersin, afin, sur le fondement de l'article 40 du code civil turc, d'être autorisé à pratiquer des actes médicaux de conformation sexuée. Après plusieurs décisions ordonnant que soient réalisés les rapports médicaux exigés par l'article 40 précité, cette demande a été rejetée. Le 27 juin 2006, le TGI de Mersin a en effet considéré, au vu d'un des rapports médicaux ordonnés, que le demandeur n'était pas incapable de procréer, semble-t-il parce qu'il disposait encore de ses gonades et qu'il n'était pas prouvé que celles-ci ne pourraient plus fonctionner.
- 9 Le requérant s'est alors tourné vers la Cour de cassation turque, devant laquelle il aurait fait valoir le caractère injuste de l'article 40 du code civil. Ladite Cour a confirmé le jugement de première instance ayant donné plein effet à l'article 40. Sur un recours en

rectification, la Cour de cassation a maintenu sa décision dans un arrêt du 18 octobre 2007.

- 10 Suite à cette décision, le requérant a saisi la Cour européenne des droits de l'homme le 6 mars 2008 en invoquant une violation de son droit à la vie privée (art. 8 de la CSDHLE) et de son droit à un procès équitable, eu égard au laconisme des décisions de la Cour de cassation (art. 6 de la CSDHLE).
- 11 Cinq ans après cette saisine, et après avoir subi une ablation des seins — semble-t-il à l'étranger — et des injections d'hormones répétées — en dehors du cadre médical et juridique impliqué par l'article 40 du code civil turc — le requérant a formulé une nouvelle demande d'autorisation de conformation sexuée.
- 12 Un rapport médical a de nouveau été ordonné par le TGI de Mersin et, aux termes de ce rapport, il a été conclu notamment que l'individu n'avait pas perdu ses capacités de procréer, malgré les injections d'hormones auxquelles il avait de lui-même procédé. En dépit de ce rapport défavorable au requérant, le TGI de Mersin, sans doute influencé par une décision à venir de la Cour européenne, a accepté l'autorisation de conformation sexuée dans sa décision du 21 mai 2013.
- 13 La lecture de l'arrêt commenté ne permet pas de savoir si la rectification du sexe à l'état civil a été finalement ordonnée. Il semble néanmoins que tel ait bien été le cas car, à défaut d'une telle rectification, l'on peut penser que le requérant n'aurait pas manqué d'invoquer une autre violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDHLE). Or, rien de tel ne transparaît de l'arrêt.
- 14 Toujours est-il que, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme rend son délibéré, le 10 mars 2015, la conformation sexuée a bien eu lieu. D'où une première question, justement posée par le Gouvernement turc. La requête est-elle recevable ? Ne doit-on pas considérer en effet que, faut d'être encore une victime, le demandeur n'aurait plus d'intérêt à agir ?
- 15 La Cour répond par la négative à cette question<sup>7</sup>. Pour cela, elle rappelle dans la majeure de son premier syllogisme, « qu'une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit pas en principe à le priver de la qualité de "victime" aux fins de l'article 34 de la Convention, sauf si les autorités nationales reconnaissent, explicitement ou en substance, puis réparent la violation de la Convention ». Or, en l'espèce, la Cour constate que le deuxième jugement du TGI de Mersin — celui autorisant la conformation sexuée — ne comporte aucune reconnaissance de la violation des droits du requérant. Faute de la reconnaissance de la violation, la Cour déclare l'action recevable.
- 16 Examinant ensuite le bien fondé de la requête, la Cour se saisit de la question au cœur du litige. Était-il conforme à l'article 8 de la CSDHLE, de subordonner la conformation sexuée du demandeur à l'exigence d'une incapacité de procréer ?
- 17 Dans un premier temps, la Cour va s'attacher à montrer que cette question rentre bien dans le cadre de l'article 8 § 1 de la CSDHLE<sup>8</sup>. Dans la lignée de sa jurisprudence antérieure, la Cour rappelle que ce « droit gigogne », qu'est la vie privée, inclut un droit à l'autonomie personnelle, qui inclut lui-même un droit d'opérer des choix concernant son corps. Or, tel est bien le cas ici du requérant, qui s'est vu privé de ce droit. En outre, la Cour indique que, le refus des autorités turques d'autoriser la conformation sexuée, a eu des « répercussions sur son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel », droit également rattaché à la vie privée. Aucune nouveauté donc au stade de l'examen de l'article 8 § 1.

- 18 Dans un deuxième temps, la Cour recherche si les trois conditions cumulatives d'une atteinte licite à la vie privée (art. 8 § 2) sont réunies en l'espèce, à savoir le fait 1° que l'atteinte soit prévue par la loi, 2° qu'elle poursuive un but légitime et 3° qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique pour atteindre le but précité.
- 19 Sur la première condition, la Cour constate bien la présence d'une telle loi (l'article 40 du code civil turc). Sur la deuxième condition, la Cour relève l'existence d'un but légitime pour encadrer les conditions du changement de sexe, mais elle refuse en revanche de se prononcer sur la légitimité de la condition tenant à l'incapacité de procréer. En effet, elle estime que sa réponse à la troisième condition lui permet de se dispenser de vérifier cette deuxième condition. Quant à la troisième condition qui, on l'aura compris, n'est pas remplie, la Cour conclut — après de longs développements sur la marge nationale d'appréciation, qu'elle n'utilisera semble-t-il même pas dans son syllogisme — que l'atteinte à la vie privée n'était pas nécessaire.
- 20 La Cour constate donc une violation de l'article 8 et, après avoir rejeté l'existence d'une violation de l'article 6 de la CSDHFL, accepte partiellement la demande de satisfaction équitable du requérant, en ordonnant au Gouvernement turc de lui verser la somme de 7 500 €, au titre de son « dommage moral ».
- 21 Les grandes lignes de l'arrêt ayant été ainsi indiquées, il convient à présent de tenter de comprendre précisément la motivation utilisée par la Cour, pour retenir en l'espèce une violation de l'article 8 de la CSDHFL.

## B – Analyse de la motivation relative à l'article 8 de la CSDHFL

- 22 Deux points méritent d'être explicités, dans le raisonnement mobilisé par la Cour pour retenir une violation de l'article 8 de la CSDHFL. Le premier est celui relatif au but légitime, sur lequel nous avons dit que la Cour refusait en partie de se prononcer (1). Pourquoi un tel refus ? Le second concerne la pesée des intérêts. Ici, ce qui frappe, ce n'est plus le laconisme de la Cour, mais au contraire la longueur des développements, dont certains — en particulier ceux sur la marge nationale d'appréciation — semblent pourtant étrangers au syllogisme que mène la Cour dans l'arrêt (2). Pourquoi une telle longueur ? Quel message la Cour cherche-t-elle ainsi à faire passer ?

### 1 – Analyse du but légitime de l'atteinte

- 23 Pour justifier la légitimité de l'atteinte portée aux droits du requérant, l'État invoque deux types d'arguments, rattachés tantôt à « la protection de l'intérêt général »<sup>9</sup>, tantôt à la protection « des intérêts de l'individu »<sup>10</sup>.
- 24 Un premier but, lié à l'intérêt général serait d'éviter la banalisation des interventions chirurgicales, lesquelles « seraient dangereuse eu égard tant à leur caractère irréversible qu'à un possible détournement des possibilités médicales à cet égard par certains milieux »<sup>11</sup>, dont la prostitution. Le même intérêt général impliquerait également, selon le Gouvernement turc, d'encadrer les actes médicaux de conformation sexuée afin d'« éviter les opérations inutiles »<sup>12</sup>.
- 25 Ensuite, le Gouvernement invoque la protection des intérêts de l'individu car, premièrement, les actes médicaux de conformation sexuée ne leur permettent pas d'acquérir tous les caractères du nouveau sexe ; deuxièmement, ces actes impliquent la

perte de la capacité de procréer et, troisièmement, le requérant risque de regretter de tels actes.

- 26 L'appréciation de la Cour sur les buts avancés par le Gouvernement pour légitimer son action est riche d'enseignement : elle révèle, à deux égards, une volonté de la Cour d'approfondir le contrôle du but légitime. En effet, la Cour déclare qu'en l'espèce, une fois n'est pas coutume, elle va procéder à une analyse détaillée de motifs légitimes du Gouvernement. Alors que « la pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime »<sup>13</sup>, ici elle « estime qu'il convient de se prononcer de manière plus circonstanciée »<sup>14</sup>.
- 27 Cette déclaration n'est pas que de principe, puisqu'elle va conduire la Cour à présenter les buts du Gouvernement distinctement de la présentation adoptée par le Gouvernement lui-même. D'un côté, les arguments du Gouvernement sont articulés différemment par la Cour ; de l'autre, certains arguments sont passés sous silence. Ainsi, alors que le Gouvernement intégrait dans le risque de banalisation de ces opérations, le risque de détournement de ces actes médicaux par certains milieux, tel celui de la prostitution, la Cour va scinder ces deux aspects. De même, alors que le Gouvernement invoquait, au titre de l'intérêt général, la volonté d'empêcher le caractère inutile de ces opérations, la Cour ne prend même pas la peine de répondre à cet argument.
- 28 En outre, ce contrôle approfondi va conduire la Cour à rejeter les arguments du Gouvernement se rattachant à l'intérêt général, au motif qu'ils ne correspondent pas à l'un des buts légitimes prévus par l'article 8 § 2 qui, selon la Cour, doit s'interpréter strictement (c'est une exception au principe figurant à l'article 8 § 1)<sup>15</sup>. Or, cet article 8 ne mentionne nullement la protection de l'intérêt général, argument pourtant invoqué par le Gouvernement turc.
- 29 Quant à la protection des droits d'autrui, la Cour va affirmer que si, d'une manière générale, l'encadrement du changement de sexe peut être justifié par la protection des droits d'autrui ou la protection de la santé<sup>16</sup>, le Gouvernement turc n'apporte toutefois nullement la preuve d'une telle justification pour la condition à laquelle il a subordonné l'autorisation des actes de conformation sexuée, à savoir l'incapacité de procréer.
- 30 Tous ces éléments témoignent donc d'un **contrôle approfondi des buts légitimes, sans que l'on ne puisse dire toutefois si cela tient aux circonstances de l'affaire, ou si cela témoignerait d'une volonté plus générale de renforcer son contrôle des fins poursuivies par les États.**
- 31 **Malgré cette intensité du contrôle et malgré l'absence de preuve du Gouvernement turc quant à l'existence d'un but pouvant légitimer l'exigence de l'incapacité de procréer, la Cour ne va finalement pas juger en l'espèce qu'il n'existe aucun but légitime.** En effet, de manière *a priori* surprenante, la Cour va refuser de conclure son syllogisme, alors même que tous les éléments permettant d'arriver à cette conclusion sont là. La Cour va en effet déclarer qu'elle « n'estime pas utile de se prononcer de manière plus approfondie sur ce point »<sup>17</sup>. Comment comprendre un tel silence de la Cour, silence au demeurant critiqué dans l'opinion concordante, annexée à l'arrêt, des juges Keller et Spano ?
- 32 **Trois explications peuvent être données pour comprendre ce silence.**
- 33 **La première explication** serait que la Cour, malgré sa déclaration de principe, dans laquelle elle affirme vouloir contrôler le but légitime « de manière plus circonstanciée », n'oserait en vérité pas dire au Gouvernement turc que son action, en elle-même (et non

simplement dans sa mise en œuvre), serait illégitime. **Ce silence** serait donc la marque d'une certaine timidité de la Cour. **Il s'expliquerait alors par la volonté de la Cour de préserver quelque peu sa légitimité**, en axant son contrôle moins sur la légitimité des buts eux-mêmes que sur la mise en œuvre des buts que les gouvernements européens poursuivent<sup>18</sup>.

- 34 **La deuxième explication** de ce raisonnement inabouti, pourrait être que la Cour aurait considéré peu convaincant l'argument tiré de l'illégitimité du but. Aussi, pour remédier à cette fragilité, **la Cour aurait voulu renforcer sa démonstration**, en montrant que la législation turque méconnaissait également l'article 8, compte tenu du caractère non nécessaire de l'atteinte portée aux droits des requérants dans une société démocratique.
- 35 Enfin, on pourrait donner de ce silence une **troisième explication**, laquelle tiendrait au fait que **la Cour voudrait coûte que coûte examiner la troisième condition de l'article 8 § 2, car elle voudrait révéler à son sujet une information importante**. En effet, si la Cour estimait que le Gouvernement turc n'a pas de motif légitime alors, en bonne logique, elle devrait aussitôt conclure que le Gouvernement a méconnu l'article 8 de la CSDHLE : les trois conditions auxquelles l'article 8 § 2 subordonne la licéité de l'atteinte à la vie privée étant cumulatives, si la deuxième fait défaut, la Cour ne peut pas examiner la troisième et donc renseigner l'auditoire sur l'état de sa jurisprudence relativement à cette condition.
- 36 **La première explication nous paraît peu probable**. L'on imagine mal que la Cour rendrait explicite l'échec de sa tentative de renforcement de ses pouvoirs. Autrement dit, la Cour n'aurait guère intérêt à se prétendre suffisamment « forte » pour renforcer son contrôle du but légitime, pour aussitôt capituler en refusant de dire que le Gouvernement Turc n'a recherché aucun but légitime.
- 37 **La deuxième explication est plus crédible, car il nous semble en effet que le Gouvernement turc pourrait facilement contester cette analyse**, en demandant un réexamen de l'affaire par la Grande chambre de la Cour. Lors de ce réexamen, le Gouvernement turc pourrait invoquer les **impératifs de protection de l'ordre et de la morale** — deux motifs reconnus comme légitimes par l'article 8 § 2. En imposant l'incapacité de procréer, le législateur turc empêche qu'une personne, identifiée à l'état civil comme étant de sexe masculin, puisse être la mère gestatrice et biologique d'un enfant, tout comme il empêcherait qu'une personne, identifiée à l'état civil comme étant de sexe féminin, puisse être le père biologique d'un enfant. Au fond, l'exigence d'incapacité de procréer viserait à préserver un modèle de société — auquel la Cour ne serait semble-t-il elle-même pas insensible<sup>19</sup> —, dans lequel sexe et procréation seraient intimement liés. Compte tenu de à l'émoi qu'a suscité, dans les médias occidentaux, la nouvelle qu'une personne identifiée à l'état civil de sexe masculin était enceinte<sup>20</sup>, on peut légitimement penser que cette objectif pourrait être rattaché à la morale. L'opinion selon laquelle il serait anormal qu'un « homme » soit enceint serait si communément partagée par la population turque, qu'elle pourrait être rattachée à la morale<sup>21</sup>.
- 38 Il nous semble d'ailleurs que, dans cet arrêt, les juges de la Cour invitent le Gouvernement à porter l'affaire devant la Grande chambre, de manière à pouvoir ainsi invoquer de nouveaux arguments. C'est là ce que suggère la Cour lorsque, plus tard, lors de l'appréciation de la nécessité de l'atteinte, elle va indiquer que l'exigence d'une incapacité de procréer (nous soulignons) « n'apparaît aucunement nécessaire au regard des arguments avancés par le Gouvernement pour justifier l'encadrement des opérations de

changement de sexe<sup>22</sup> » et la Cour de renvoyer à nouveaux aux paragraphes relatant les buts poursuivis par le Gouvernement.

- 39 Aussi, consciente que le Gouvernement disposait d'un but légitime, qu'il n'a simplement pas eu la présence d'esprit d'invoquer<sup>23</sup> et que la Cour n'avait pas à relever d'office<sup>24</sup>, on peut penser que la Cour n'a pas voulu affirmer que le gouvernement n'avait pas de but légitime. Une telle déclaration de la Cour aurait pu accroître les critiques dirigées contre le renforcement de son contrôle de l'intérêt légitime. Il était de bien meilleure stratégie pour la Cour, de renforcer son contrôle dans une affaire où, justement, cela n'aurait rien changé pour le Gouvernement, lequel aurait ainsi pu plus difficilement reprocher à la Cour son manque de légitimité pour juger des buts que lui, Gouvernement turc, poursuivait.
- 40 Si cette deuxième explication est pertinente, elle doit sans doute être cumulée avec la **troisième explication** proposée plus haut. En effet, l'analyse des développements consacrés par la Cour à la vérification du caractère nécessaire des atteintes dans une société démocratique, révèle la présence de plusieurs *obiter dictum* importants, que la Cour n'aurait pas pu écrire, si elle s'était contentée de relever l'absence de but légitime et d'arrêter là son raisonnement. **Si la Cour a donc refusé d'indiquer que le Gouvernement turc ne poursuivait pas de but légitime, c'est semble-t-il, également, parce qu'elle avait un message important à faire passer dans la suite de son raisonnement.** C'est ce message qu'il nous faut à présent rechercher.

## 2 – Analyse de la nécessité de l'atteinte

- 41 Conformément à une jurisprudence habituelle, **la vérification de la nécessité de l'atteinte aux droits garantis par la CSDHLP, implique un raisonnement en deux temps que la Cour semble ici mener.** D'abord, il convient de déterminer quelle est la marge nationale d'appréciation de l'État pour l'atteinte considérée. Un tel travail est en effet indispensable pour déterminer si, dans la pesée des intérêts de l'État d'un côté et du demandeur de l'autre, il sera nécessaire de donner davantage de poids aux arguments d'une des parties. Ce n'est qu'une fois ce travail réalisé (a), que la Cour pourra procéder en l'espèce à la pesée des intérêts (b).

### *a – Détermination de la marge nationale d'appréciation*

- 42 Le syllogisme utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme, pour déterminer en l'espèce la marge nationale d'appréciation de l'État peut être diversement apprécié. **D'un côté, la majeure du syllogisme est tout à fait didactique** et doit à ce titre être approuvée. **De l'autre, la mineure du syllogisme paraît encourir la critique, en ce qu'elle semble comprendre une contradiction non résolue par la Cour qui, à nouveau, refuse de conclure l'un des syllogismes mené dans cet arrêt.**
- 43 S'agissant tout d'abord de la majeure, celle-ci se trouve longuement évoquée par la Cour et ce de manière pédagogique. Ainsi, énonce-t-elle la règle à appliquer pour connaître l'étendue de cette marge :
- 44 « *l'étendue de cette marge (...) dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention et son importance pour la personne concernée, ainsi que la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci.* »<sup>25</sup>



- 45 Puis, la Cour, adoptant alors visiblement une approche moins continentale qu'anglo-saxonne, tente de rendre cette règle plus concrète en énonçant les corolaires que l'on peut en tirer :
- 46 « Cette marge est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre « intime » qui lui sont reconnus. Dès lors, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation laissée à l'État est plus restreinte. En revanche, elle est plus large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger ».
- 26
- 47 Ces règles ne sont pas nouvelles, comme le révèle la Cour, en citant sa propre jurisprudence<sup>27</sup>, mais elles ont le mérite d'être ici clairement exprimées.
- 48 La mineur du syllogisme n'est pas digne des mêmes éloges, car elle paraît empreinte d'une contradiction. Ainsi, la Cour indique tout d'abord (nous soulignons) que cette affaire met « directement en jeu la liberté pour le requérant de définir son appartenance sexuelle, liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination »<sup>28</sup>. En employant les termes soulignés, la Cour semble faire référence à l'hypothèse dans laquelle la marge nationale d'appréciation est restreinte, parce qu'un « aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu ». Dès lors, la Cour suggérerait ici que la marge nationale serait restreinte.
- 49 Par la suite, pourtant, la Cour rappelle sa jurisprudence *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, dans laquelle elle a jugé que, « pour résoudre dans leurs ordres juridiques internes les problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés, les États contractants devaient jouir d'une ample marge d'appréciation »<sup>29</sup>. Puis la Cour indique, au moyen d'un argument par analogie, « qu'il en va indéniablement de même lorsque sont en cause les exigences légales régissant l'accès à des moyens médicaux ou chirurgicaux pour les personnes transsexuelles désireuses de se soumettre à des modifications corporelles liées à une réassignation de sexe. » Ceci suggère donc que pour la Cour, il faudrait en l'espèce conférer à l'État une large marge d'appréciation.
- 50 **Il y aurait donc une contradiction : au § 102 la Cour suggère une marge nationale d'appréciation restreinte, alors qu'aux § 106 et 107 elle suggère une large marge nationale d'appréciation.**
- 51 La Cour semble néanmoins tenter de résoudre cette contradiction. En effet, après avoir opté pour une large marge nationale d'appréciation, en transposant par analogie la solution dégagée dans l'arrêt *Goodwin* au cas d'espèce, **la Cour va manifester la volonté d'amender sur ce point l'arrêt *Goodwin*, en se prévalant d'une évolution de la société**
- .
- 52 Tout d'abord la Cour va souligner le caractère dynamique et évolutif<sup>30</sup> de son interprétation, ce qui implique qu'elle puisse réviser sa solution si le contexte social change. Or, justement, la Cour va observer que le Conseil de l'Europe a produit plusieurs textes tendant à renforcer les droits des personnes transsexuées<sup>31</sup> et, notamment, une résolution de l'Assemblée parlementaire, invitant les États du Conseil de l'Europe à ne pas subordonner le changement juridique de sexe à des actes médicaux de conformation sexuelle<sup>32</sup>.
- 53 Par ailleurs, la Cour relève que, depuis l'arrêt *Goodwin*, davantage d'États acceptent le changement juridique de sexe, sans exigence « d'infertilité/stérilité »<sup>33</sup>. Certes, il n'y a pas

là *a priori* de consensus, de sorte que la Cour ne devrait pas pouvoir restreindre la marge d'appréciation des États. Cependant, la Cour indique aussitôt, en reprenant ce qu'elle avait écrit dans l'arrêt *Goodwin*<sup>54</sup> — où l'on voit que la Cour s'était déjà ménagée des moyens pour modifier sa position sans être bloquée par l'absence de consensus —, qu'il convient « d'attacher moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés ». **On a donc l'impression que la Cour est prête à admettre ici l'existence d'une évolution de sa jurisprudence et, en conséquence, à restreindre l'étendue de la marge d'appréciation nationale** pour « les exigences légales régissant l'accès à des moyens médicaux ou chirurgicaux pour les personnes transsexuelles désireuses de se soumettre à des modifications corporelles liées à une réassignation de sexe » (hypothèse de l'arrêt commenté), mais aussi, par analogie, pour les « problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés » (hypothèse de l'arrêt *Goodwin*).

- 54 **Malheureusement, la Cour ne conclut pas ce raisonnement.** Aussi, il est impossible de déterminer, du moins à la seule lecture des paragraphes traitant de la marge d'appréciation, si finalement la Cour considère que l'évolution des pratiques est telle qu'il existerait désormais un consensus sur l'absence de nécessité de l'incapacité à procréer, pour bénéficier d'actes médicaux de conformation sexuée. **En conséquence, on ne peut pas savoir si, de « large », la marge nationale d'appréciation serait désormais devenue « normale »<sup>55</sup>, voire « restreinte ».**
- 55 Cette incertitude sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation n'empêche pas la Cour de poursuivre son raisonnement et de procéder à la pesée des intérêts, alors même qu'elle ignore — ou tout du moins qu'elle refuse de révéler — s'il convient d'accorder une importance supplémentaire aux intérêts de l'une ou de l'autre des parties.
- 56 **Une telle manière de procéder pourrait être critiquée sur le terrain logique.** Il suffit pour le comprendre de comparer la démarche de la Cour à celle d'un marchand de fruits qui, voulant comparer le poids de deux tas de fruits, les pèserait séparément, mais disposés chacun dans des paniers de poids distinct. Faute d'avoir disposé ces fruits dans des paniers de poids identique, le commerçant ne pourra pas affirmer avec certitude que le premier tas de fruit est plus ou moins lourd que le second.
- 57 Telle serait, semble-t-il, la situation de la Cour européenne qui, après ses développements sur la marge d'appréciation, semble mettre en balance les intérêts de l'État et du demandeur, sans préciser si les intérêts de l'individu ne doivent pas être disposés dans un contenant — le panier de notre exemple — plus lourd que celui rassemblant les intérêts de l'État.
- 58 **Dans l'interprétation à donner à ce raisonnement *a priori* inachevé, il ne faudrait toutefois pas exclure deux autres interprétations possibles.**
- 59 **La première interprétation serait que la Cour aurait ici oublié d'indiquer expressément l'étendue de la marge nationale d'appréciation, mais l'aurait révélé implicitement au stade de la pesée des intérêts.** Auquel cas, la critique du raisonnement persisterait, mais sous une autre forme : l'arrêt ne serait pas critiquable pour absence de logique, mais le serait compte tenu de son manque de clarté.

- 60 Pour comprendre comment la pesée des intérêts peut impliquer, en amont, un choix sur la marge nationale d'appréciation, il faut avoir à l'esprit que l'examen de la nécessité de la mesure, implique forcément, du moins si l'on postule que la Cour respecte le cheminement intellectuel qu'elle s'est fixé<sup>36</sup>, de peser les intérêts et, dans un deuxième temps, de corriger cette pesée au moyen de la marge nationale d'appréciation. Le seul cas où, logiquement, la Cour peut se dispenser de réaliser explicitement cette deuxième étape, c'est lorsque la prise en compte de la marge nationale d'appréciation ne peut pas affecter la pesée initiale. Or, il ne peut en aller ainsi que dans deux cas : 1° si la marge nationale d'appréciation conduit à accroître le poids des intérêts déjà privilégiés par la Cour (par exemple les intérêts du requérant pèsent plus lourd que ceux de l'État et la marge d'appréciation est restreinte, de sorte qu'elle ne fait qu'aggraver le déséquilibre initiale) ou, 2° si la marge est « normale » et ne renforce donc aucun des deux intérêts en présence. Dès lors, si la Cour n'évoque pas explicitement la pondération de l'équilibre initial des intérêts, au moyen de la marge nationale d'appréciation, c'est que se trouve écartée l'une des trois options possible pour la marge nationale d'appréciation, à savoir l'option où la marge nationale conduit à accroître le poids d'un intérêt, considéré initialement comme de moindre poids que l'intérêt opposé.
- 61 Dans ces conditions, il apparaît que l'étude de la pesée des intérêts pourrait permettre de découvrir quelle étendue la Cour a finalement retenu pour la marge d'appréciation. Puis, à partir de la connaissance de la conclusion de ce syllogisme, il serait possible de remonter vers la majeure dudit syllogisme et, ainsi, de savoir ce que la Cour a décidé, quant à l'existence d'un consensus sur la suppression de l'exigence d'incapacité à procréer, pour bénéficier d'actes médicaux de conformation sexuée. Enfin, par analogie, la connaissance de l'existence d'un tel consensus, nous permettrait de savoir si un même consensus existe sur la suppression de l'exigence d'incapacité à procréer, pour modifier le sexe à l'état civil.
- 62 En effet, si jusqu'à présent la marge nationale d'appréciation était large, c'est, pour reprendre la méthode de détermination de l'étendue de la marge d'appréciation vue plus haut<sup>37</sup>, parce qu'à la nature intime du droit en cause, s'opposait l'absence d'un consensus sur les problèmes soulevés par les personnes transsexuées. Dès lors, si la marge nationale d'appréciation devenait restreinte ou normale, cela ne pourrait être que parce qu'un consensus se serait clairement dessiné — hypothèse d'une marge nationale d'appréciation restreinte — ou aurait à tout le moins commencé à apparaître — hypothèse d'une marge nationale d'appréciation normale.
- 63 La seconde interprétation possible de cette absence de conclusion, pourrait être que la Cour estimerait inutile cette seconde étape du raisonnement. Tel serait le cas si l'un des intérêts faisait totalement défaut. En effet, s'il n'y a des arguments que d'un seul côté de la balance, alors celle-ci penchera nécessairement de ce côté. La pondération de l'autre intérêt, au moyen d'une marge d'appréciation qui lui serait favorable n'y changera rien. Un intérêt inexistant restera inexistant, même si on l'affecte d'un coefficient multiplicateur. Les mathématiques le confirment. :  $0 \times x = 0$ , quelle que soit la valeur de  $x$  ( $x$  représentant ici le coefficient multiplicateur induit par la marge d'appréciation).
- 64 **Si cette deuxième autre interprétation devait être retenue**, à la suite de l'examen de la pesée des intérêts, alors l'arrêt n'encourrait aucune critique. Au contraire, il pourrait même être loué, en ce que **tous les développements sur la marge nationale d'appréciation devraient alors être analysés comme un *obiter dictum*, permettant aux requérants et aux États contractants d'anticiper une évolution à venir de la**

**jurisprudence de la Cour.** La Cour avertirait ici qu'elle serait sur le point d'inverser sa jurisprudence, dégagée dans l'affaire *Goodwin* précitée, quant à la marge nationale d'appréciation reconnue aux États membres dans la mise en œuvre des problèmes soulevés par les personnes transsexuées. **De large, cette marge nationale d'appréciation deviendrait, dans le prochain arrêt où la question viendrait à se poser, restreinte ou normale.**

65 Compte tenu de ces considérations, on comprend tout l'intérêt qui s'attache à l'étude de la pesée des intérêts réalisée en l'espèce par la Cour. Une telle étude permettrait en effet de trancher entre **les trois interprétations semble-t-il possibles de l'absence de conclusion du syllogisme relatif la marge nationale d'appréciation :**

66 **La Cour n'a pas conclu suite à une erreur logique de raisonnement,**

67 **La Cour a conclu mais ne l'a pas fait avec suffisamment de clarté,**

68 **La Cour n'a pas conclu parce que cela n'était pas nécessaire, mais elle a laissé les prémices de son raisonnement pour annoncer un revirement imminent.**

#### **b - Pesée des intérêts**

69 Commencant par les intérêts du requérant, la Cour relève que « au moment où il [le requérant] a sollicité pour la première fois l'autorisation judiciaire de procéder à des actes médicaux de conversion sexuelle [sic<sup>38</sup>] : il était suivie [sic] sur le plan psychologique et avait adopté depuis longtemps un comportement social masculin<sup>39</sup> ».

70 La Cour suggère ensuite que ceci constituerait une atteinte grave au droit au respect de la vie privée. Ceci n'est que suggéré, dans la mesure où la Cour écrit, sans nullement en tirer des conséquences en l'espèce, qu'« il peut y avoir une atteinte grave au droit au respect de la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle »<sup>40</sup>. Malgré cette formule elliptique, critiquable sur la forme, il semble bien que la Cour considère que tel soit le cas en l'espèce. La conclusion du syllogisme sur la pesée des intérêts, favorable au requérant, ôte tout doute sur ce point.

71 Puis, la Cour s'intéresse à la position du Gouvernement et recherche si les mesures prises par lui et ayant pour effet de porter atteinte au droit du requérant, sont proportionnées à la protection d'une banalisation des actes de conformation sexuée. Autrement dit, la Cour vérifie si ces mesures sont conformes à l'un des buts avancés par le Gouvernement, pour défendre cette législation<sup>41</sup>. Pour ce faire, la Cour va procéder en trois temps.

72 Tout d'abord, la Cour semble suggérer, d'une manière générale, que l'exigence d'une procédure spécifique, destinée à vérifier la réalité du changement de sexe envisagé, ne sert à rien pour qui cherche à éviter toute banalisation des actes médicaux de conformation sexuée.

73 **En effet, la Cour affirme qu'« on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'irréfléchi » dans la « décision d'une personne de subir une opération de conversion sexuelle, compte tenu des interventions nombreuses et pénibles qu'entraîne une telle démarche et du degré de détermination et de conviction requis pour changer son rôle sexuel dans la société<sup>42</sup> ».** Or, ceci pourrait suggérer que la seule décision de changement de sexe suffit à éviter tout risque de banalisation, au regard, pour la Cour, du caractère nécessairement réfléchi d'une telle décision.

74 La Cour ne dit toutefois pas explicitement que cela rend inutile toute procédure d'autorisation, pas plus qu'elle n'applique cette règle de droit en l'espèce. Aussi, compte

tenu de cette relative timidité de la Cour, il nous semble qu'il faille considérer que ce paragraphe ne constitue finalement pas un argument utilisé par la Cour dans le syllogisme sur la pesée des intérêts. L'on peut alors penser qu'il s'agit plutôt d'un *obiter dictum*, manifestant la volonté de la Cour d'avertir les États que la judiciarisation et la médicalisation du changement de sexe pourraient, à terme, poser problème par elles-mêmes.

- 75 Cet argument n'en étant donc pas un, la Cour va poursuivre son raisonnement et invoquer ensuite son véritable argument pour rejeter l'argumentaire du Gouvernement, à savoir l'incohérence qu'il y a à subordonner les actes médicaux de conformation sexuée, à l'incapacité définitive de procréer. Comme l'indique la Cour, dans une de ces formules polies qu'elle utilise pour ne pas froisser les États contractants<sup>43</sup>, elle « *ne s'explique pas pourquoi l'incapacité de procréer d'une personne souhaitant se soumettre à une opération de changement de sexe devrait être établie avant même que ne soit engagé le processus physique de changement de sexe* ». **Aux yeux de la Cour, cette exigence serait incohérente en ce que l'incapacité de procréer serait sa propre condition : pour être autorisé à perdre la capacité de procréer — le Gouvernement reconnaît en effet que les actes de conformation sexuée conduisent à une telle perte<sup>44</sup> —, il faudrait préalablement être privé de l'incapacité de procréer !**
- 76 L'irrationalité de cette condition n'est cependant pas absolue, comme le suggèrera plus loin la cour : cette irrationalité n'existe qu'au regard des buts avancés par le Gouvernement<sup>45</sup> lesquels, nous l'avons évoqué<sup>46</sup>, ne correspondent pas au but réellement poursuivi.
- 77 Enfin, la Cour paraît disposée à utiliser un autre argument pour critiquer l'exigence d'une incapacité de procréer, à savoir l'impossibilité matérielle pour le requérant de satisfaire cette condition. En effet, le requérant souligne que, sauf à sortir du cadre légal de la stérilisation, il ne lui serait pas possible de devenir incapable de procréer<sup>47</sup>. Bien que la Cour semble adhérer à cet argument<sup>48</sup>, elle n'estime toutefois pas nécessaire de s'aventurer dans la voie proposée par le requérant, sans doute par crainte de mal interpréter la législation turque et de fonder ainsi sa décision sur un argument non pertinent.
- 78 **Ainsi, au terme de cet examen détaillé de la pesée des intérêts du Gouvernement, il apparaît que la Cour refuse de prendre en compte cet intérêt au seul motif que l'argument du Gouvernement est incohérent.**
- 79 La Cour va alors pouvoir conclure cette mise en balance des intérêts en affirmant que « *en tout état de cause, le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements.* »
- 80 La Cour n'achève cependant pas ainsi le syllogisme sur la pesée des intérêts. Elle va en effet apporter **deux précisions importantes**.
- 81 Par une **première précision**, la Cour va indiquer quelle valeur accorder techniquement à l'argument du Gouvernement, permettant ainsi de dissiper l'incertitude qui régnait sur les raisons de l'absence de conclusion au syllogisme relatif à la marge nationale d'appréciation.
- 82 Pour la Cour, l'argumentaire du Gouvernement n'est pas seulement insuffisant, c'est-à-dire pesant moins lourd que l'argumentaire du demandeur, il est non pertinent, c'est-à-dire, semble-t-il, qu'il ne constitue même pas un argument pouvant figurer dans la balance des intérêts.

- 83 C'est en ce sens que la Cour déclare : « à supposer même que le rejet de la demande initiale du requérant tendant à accéder à la chirurgie de changement de sexe reposait sur un motif pertinent, la Cour estime qu'il ne saurait être considéré comme fondé sur un motif suffisant ».
- 84 Cette précision permet alors de trancher entre les trois interprétations évoquées plus haut quant à l'absence de conclusion du syllogisme sur la marge nationale d'appréciation. Faute pour le Gouvernement d'avancer un intérêt pertinent à mettre en balance avec ceux du requérant, le résultat de la pesée des intérêts ne peut nullement être modifiée par la marge nationale d'appréciation. Dès lors, il devient inutile de savoir quelle est ici la marge nationale d'appréciation<sup>49</sup>. Cette précision sur le caractère non pertinent de l'argument du Gouvernement, permet d'affirmer que c'est la troisième interprétation, évoquée plus haut<sup>50</sup>, qu'il faut retenir pour comprendre qu'aucune conclusion ne soit donnée au syllogisme sur l'étendue de la marge d'appréciation. Ainsi, **si la Cour ne conclut pas ce syllogisme, c'est parce que cela n'est pas nécessaire en l'espèce et, si elle maintient tout de même dans sa décision les prémices de ce syllogisme, c'est parce qu'elle veut annoncer un revirement imminent sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation.**
- 85 Par une **seconde précision**, la Cour va indiquer que le caractère non nécessaire de la condition d'incapacité de procréer n'est pas absolu et qu'il est lié à l'affaire examinée et, plus précisément, aux « arguments avancés par le Gouvernement pour justifier l'encadrement des opérations de changement de sexe »<sup>51</sup>.
- 86 Cette précision vient contredire l'impression qui aurait pu résulter d'une lecture hâtive du précédent paragraphe où elle affirmait, nous soulignons : « *en tout état de cause, le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements* ». L'expression soulignée ne signifie nullement que la Cour entend affirmer que l'intégrité physique doit *en tout état de cause* l'emporter sur les intérêts de l'État. Cette expression doit plutôt se lire comme renvoyant à ce qui a été dit précédemment à savoir, l'absence de nécessité de se prononcer, en l'espèce, sur la question de l'accessibilité du requérant, aux remèdes lui permettant de satisfaire l'exigence d'incapacité à procréer.
- 87 C'est semble-t-il pour dissiper toute ambiguïté sur l'expression « *en tout état de cause* », que la Cour met en relief la relativité du résultat de la balance des intérêts. **Le résultat de la pesée des intérêts de l'État et de l'individu aurait donc pu être différent si le Gouvernement turc avait avancé d'autres arguments et notamment le besoin de protéger l'ordre et la morale.** Les juges ayant rendu cet arrêt semblent ici suggérer au Gouvernement turc de saisir la Grande chambre, pour qu'une nouvelle pesée des intérêts soit réalisée.
- 88 Le résultat en sera-t-il différent ? Bien qu'une connaissance poussée de la législation turque serait nécessaire pour formuler ici une réponse satisfaisante, **il pourrait être avancé que la perte de la capacité de procréer n'est pas nécessaire en ce sens qu'elle n'est pas le seul moyen de protéger l'ordre et la morale.**
- 89 En effet, il pourrait être argué que cet objectif pourrait être atteint *via* d'autres moyens, bien moins attentatoires à l'intégrité physique. Par exemple, comme nous le suggérait notre collègue Clément Cousin, **il pourrait être simplement exigé que les trompes ou les canaux déférents des personnes transsexuées soient ligaturées.** La mesure resterait certes attentatoire à l'intégrité physique, mais elle le serait dans une mesure moindre que l'ablation de l'utérus et/ou des gonades ou encore l'anéantissement des fonctions gonadiques au moyen d'un traitement hormonal. Ainsi, ces personnes

pourraient continuer à produire naturellement des hormones, substances nécessaires au bon fonctionnement de l'organisme humain, mais en outre, cette stérilisation serait réversible, ce qui présenterait un intérêt pour le cas où la personne transsexuée souhaiterait retrouver son sexe d'origine.

- 90 **Autre possibilité, au lieu de rechercher cet objectif au moyen de normes portant sur les corps, le Gouvernement turc pourrait recourir au droit pénal.** Pourrait être ainsi envisagé que soit adoptée une disposition pénale **réprimant le fait, pour des personnes transsexuées ayant changé de sexe, de procréer avec leur sexe d'origine.** Certes, ceci pourrait sembler à première vue moins efficace qu'un contrôle préalable de l'exigence d'incapacité. En effet, des individus pourraient toujours braver l'interdit, acceptant le risque d'une sanction pénale. Cependant, il faut bien voir que l'exigence d'incapacité à procréer n'empêche pas actuellement que des personnes transsexuées, ayant modifié leur sexe et leur état civil à l'étranger, puissent rentrer en Turquie, tout en ayant conservé leurs capacités de reproduction. Mieux, l'exigence d'incapacité à procréer, se révèle inefficace à l'intérieur même du système juridique turc puisque, dans l'affaire en question, le requérant a finalement pu obtenir l'autorisation de pratiquer les actes médicaux de conformation sexuée, alors même que la perte de la capacité de procréer n'était pas établie. Dans ces conditions, quand bien même le Gouvernement turc parviendrait à établir que toute sa législation est commandée par le lien entre sexe et reproduction, il n'est pas certain qu'il puisse établir que la perte des capacités de reproduction, entendue au sens de perte irréversible, était le seul moyen efficace pour atteindre cet objectif.
- 91 Dès lors, surtout si, comme nous le pensons, la Grande chambre vient à ne laisser à la Turquie qu'une marge d'appréciation « certaine » ou « restreinte », il est peu probable que la pesée des intérêts conduise la Cour européenne à adopter une solution différente de celle ici retenue.
- 92 Des propos précédents, il convient de retenir trois enseignements importants, dont il faut souligner qu'ils ont été dégagés à partir d'un arrêt complexe à interpréter, ce qui pourrait conduire d'autres auteurs à en tirer des conclusions différentes
- 93 D'abord, il nous semble la Cour européenne indique, dans un *obiter dictum*, que **de manière imminente**, sans doute dans la prochaine décision qu'elle rendra sur cette question, **elle restreindra la marge d'appréciation des États contractants, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des solutions aux problèmes rencontrés par les personnes transsexuées.**
- 94 Ensuite, et cela est en lien avec le point précédent, **la Cour suggère selon nous, dans un autre *obiter dictum*, qu'elle va à plus long terme considérer comme non justifiée toute procédure préalable (médicale ou judiciaire) de changement de sexe.**
- 95 Enfin, la Cour suggère que, **subordonner la conformation sexuée et, par analogie, la rectification du sexe à l'état civil, à l'exigence d'une stérilisation, peut poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique si, dans une société où sexe et reproduction sont étroitement liés, cette exigence vise à protéger ce lien.** Elle ne dit rien en revanche du caractère nécessaire de l'incapacité à procréer pour atteindre ce but, mais il nous semble que l'étude des autres moyens disponibles pour atteindre ce but, devrait la conduire à la conclusion de l'absence de nécessité d'une telle exigence.

- 96 La portée de cette décision ayant été ainsi précisée dans l'ordre juridique européen, reste à présent à en mesurer la portée dans l'ordre juridique français qui, compte tenu de la langue choisie par la Cour pour rédiger son arrêt<sup>52</sup> — le Français — est peut-être plus directement concerné par cette décision que les autres ordres juridiques nationaux.

## 2°/- Portée de l'arrêt en droit français

- 97 Nous ne intéresserons pas ici à la conventionnalité en général du droit français relatif aux conditions du changement de sexe. Sera uniquement étudiée l'influence que cet arrêt pourrait avoir sur le droit français. Aussi, nous n'étudierons pas la question de savoir si l'ingérence des autorités française est bien prévue par la loi, condition exigée par l'article 8 § 2 de la CSDHLF<sup>53</sup>.
- 98 S'agissant ensuite des conditions du changement de sexe, nous ne nous intéresserons qu'à la seule influence de cette décision sur les droits des personnes transsexuées, laissant de côté les personnes intersexuées<sup>54</sup>.
- 99 Le présent arrêt de la Cour européenne, au regard des conclusions plus haut dégagées, nous paraît susceptible d'exercer une double influence sur l'état actuel du droit français. D'une part, à court terme il nous semble justifier une évolution des conditions proprement dites du changement de sexe (A). D'autre part, à moyen terme, il pourrait également induire des évolutions quant à la procédure par laquelle ce changement s'opère (B).

### A – La portée de l'arrêt sur les conditions du changement de sexe

- 100 En suggérant qu'un État contractant pourrait conditionner les actes médicaux de conformation sexuée et, par analogie, le changement de sexe à l'état civil, à l'exigence d'une incapacité de procréer, s'il était nécessaire dans l'État en question de préserver le lien entre sexe et reproduction, la décision commentée nous paraît devoir conduire à une évolution du droit français.
- 101 En effet, surtout depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe<sup>55</sup>, il paraît difficile de considérer que la société française entend lier indissociablement sexe et reproduction<sup>56</sup>. En effet, cette loi a permis aux personnes de même sexe d'adopter des enfants<sup>57</sup> et, considérant que cette loi impliquait un changement profond de société, la Cour de cassation a rendu plusieurs décisions tendant à accroître la dissociation entre sexe et reproduction.
- 102 Ainsi a-t-elle admis que la procréation médicalement assistée (PMA), réalisée à l'étranger, puisse être transcrite sur les registres d'état civil, alors même qu'une telle PMA est impossible en France<sup>58</sup>. Dans un communiqué de presse, la Cour a justifié cette solution par les changements induits par la loi du 17 mai 2013. Mieux, par la suite, la Cour a considéré que la règle « ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », est une règle « manifestement incompatible avec l'ordre public »<sup>59</sup>, ce qui lui a permis d'écarter l'application d'un traité international. Dans un communiqué de presse, elle a justifié la mise à l'écart du traité, par le fait que le droit de se marier entre personnes de même sexe est une « liberté fondamentale ».
- 103 Compte tenu de l'ensemble de ces décisions, il apparaît difficile de considérer que la société française accorde encore aujourd'hui une importance capitale au lien entre sexe



et reproduction. S'il est possible aux couples de même sexe d'adopter des enfants, grâce éventuellement à une PMA réalisée à l'étranger et si le mariage, dont il est enseigné qu'il comprendrait une dimension verticale (les enfants), est ouvert aux couples de même sexe, peut-on encore considérer que sexe et reproduction doivent être liés ?

- 104 **Sans doute, la situation d'un homme enceint choquerait-elle une partie importante de l'opinion publique. Pour autant, compte tenu de cet affaiblissement du lien entre sexe et reproduction, l'on pourrait avoir de sérieux doutes quant à la possibilité pour la France d'invoquer cet argument pour maintenir, en 2015, l'exigence d'une incapacité à procréer, pour changer de sexe à l'état civil. Or, c'est pourtant ce qu'exige la jurisprudence de la Cour de cassation en son dernier état<sup>60</sup>.**
- 105 En effet, en exigeant la preuve du « caractère irréversible de la transformation de son apparence », la Cour de cassation impose, sans le dire explicitement, l'incapacité de procréer.
- 106 Certes, il pourrait être avancé que la « transformation », dont il est question dans la jurisprudence de la Cour de cassation, porterait seulement sur « l'apparence », ce qui exclurait que l'on exige l'ablation de l'utérus et/ou des gonades, ou encore l'anéantissement des fonctions gonadiques au moyen d'un traitement hormonal. Cependant, ainsi comprise, cette exigence de transformation irréversible de l'apparence n'aurait absolument aucun sens. En effet, compte tenu des progrès de la médecine, aucune transformation de l'apparence ne peut être dite irréversible. Tous les caractères sexués apparents peuvent être reconstruits, qu'il s'agisse des caractéristiques sexuées primaires ou secondaires. Certes, pour les organes génitaux externes ainsi reconstruits, ceux-ci ne seront sans doute guère fonctionnels. Pour autant, ils existeront bien et seront donc apparents.
- 107 Si, au lieu d'insister sur l'apparence, on insiste sur l'irréversibilité — ce qui est soit dit en passant la démarche de la Cour de cassation<sup>61</sup> — et que l'on considère que le mot apparence ne renvoie pas seulement au sexe phénotypique, mais plus largement au sexe biologique, alors il apparaît que ce qui est exigé par la Cour de cassation, c'est que la personne transsexuée ne puisse plus revenir à son sexe d'origine. Or, le seul moyen pour cela, est la perte des facultés de procréer, autrement dit la stérilisation irréversible — ce qui est soit dit en passant bien plus grave que les procédures légales de stérilisation<sup>62</sup>.
- 108 Ainsi interprétée, la condition du caractère irréversible de la transformation de l'apparence retrouve tout son sens et c'est donc cette interprétation qu'il convient de privilégier, conformément au principe d'interprétation rappelée par l'article 1157 du code civil<sup>63</sup>.
- 109 **Nous estimons très probable que si la Cour européenne venait à être saisie d'une demande soulignant l'inconventionnalité de cette exigence, elle la déclarerait bien fondée.**
- 110 **Sans doute, cette déclaration d'inconventionnalité ne se fera-t-elle pas sur le terrain du but légitime**, quand bien même nous avons vu que le but poursuivi par cette exigence de stérilisation irréversible, n'était plus en adéquation avec les conséquences de l'« ouverture du mariage aux personnes de même sexe ». En effet, retenir ici l'absence de but légitime, impliquerait que la Cour rejette les buts invoqués au regard de l'incohérence de l'État français. Or, compte tenu des problèmes de légitimité soulevés par une telle affirmation<sup>64</sup>, nous doutons que la Cour y recourt.

- 111 **Nous croyons en revanche que la Cour utiliserait cette attitude peu cohérente de l'État français, au stade de l'examen de la nécessité de l'exigence d'incapacité à procréer.** En effet, par le passé, la Cour a déjà utilisé de semblables incohérence pour refuser de considérer que les mesures mises en place par un Gouvernement était proportionnées<sup>65</sup>. Ajoutons que, **pour mettre en exergue cette incohérence, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait également s'appuyer sur les décisions rendues par certaines juridictions françaises du fond qui, malgré l'exigence du « caractère irréversible de la transformation de l'apparence, acceptent de prononcer le changement de sexe<sup>66</sup>.**
- 112 Dès lors, il nous semble que la pesée des intérêts serait bien favorable au requérant. Or, **compte tenu de la restriction imminente de la marge nationale d'appréciation** — certes affirmée à propos des seules conditions d'accès à la conformation corporelle du sexe, mais transposable, par voie d'analogie<sup>67</sup>, aux conditions d'accès à la modification du sexe à l'état civil —, **il nous paraît très improbable que l'application de cette marge d'appréciation vienne modifier le résultat de la pesée initiale des intérêts en présence.** Dès lors, la Cour européenne **il est très probable que la Cour européenne des droits de l'homme déclarera non conforme à l'article 8 de la CSDHLF l'exigence du « caractère irréversible de la transformation de l'apparence ».**
- 113 Voilà pourquoi, à notre avis, **l'arrêt commenté devrait conduire désormais les juridictions françaises, désireuses d'éviter une condamnation, à ne plus exiger le caractère irréversible de la transformation de l'apparence de la personne transsexuée.** Seule devrait être établie la réalité de l'état transsexué<sup>68</sup>.
- 114 **Quant aux procédures de changement de sexe qui auraient été rejetées antérieurement à la loi portant « ouverture du mariage aux personnes de même sexe », celles-ci nous semblent également susceptibles d'être analysées comme ayant violé l'article 8.**
- 115 En effet, même si, à cette date, l'argument tiré de l'incohérence du Gouvernement français, ne peut guère être soutenu, il peut être néanmoins avancé, à l'image de ce que nous avons écrit plus haut pour la Turquie<sup>69</sup>, que l'exigence d'une stérilisation irréversible n'est pas nécessaire, en ce sens qu'elle n'est pas le seul moyen pour maintenir l'ordre et la morale. La stérilisation réversible (ligature des trompes et canaux déférents) ou encore l'édiction de nouvelles infractions pénales permettent d'atteindre cet objectif, tout en portant aux droits des personnes transsexuées une atteinte d'une moindre ampleur. Dès lors, compte tenu de la restriction annoncée de la marge nationale d'appréciation, nous estimons probable que là encore une violation de l'article 8 soit constatée.
- 116 Le constat de violation de l'article 8 devrait en revanche se limiter à cette seule condition d'irréversibilité de la stérilisation. Nous ne croyons pas, qu'en l'état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la procédure judiciaire et médicalisée puisse être à court terme remise en cause.

## B – La portée de l'arrêt sur la procédure de changement de sexe

- 117 S'intéressant à la conventionnalité de la procédure de changement de sexe, en particulier l'exigence d'une expertise médicale, une partie de la doctrine française a suggéré que la large marge nationale d'appréciation reconnue aux États contractants par l'arrêt *Goodwin*

<sup>70</sup>, impliquerait qu'aucune inconventionnalité de la réglementation française ne pourrait être caractérisée.

- 118 Le changement imminent de l'étendue de la marge nationale d'appréciation invite à examiner à nouveau la question.
- 119 Comme nous l'avons indiqué<sup>71</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme paraît suggérer que la restriction de la marge d'appréciation nationale, pourrait conduire à la suppression de toute procédure, la décision de l'individu suffisant à établir la fermeté de sa volonté et son caractère suffisamment mûr.
- 120 Pourtant, trois éléments nous invitent à penser qu'une telle violation ne serait pas à court terme reconnue.
- 121 Tout d'abord, la formulation de la Cour sur ce point est très allusive<sup>72</sup> et témoigne de la grande prudence de celle-ci. Ensuite, il faut tenir compte de ce qu'aucun consensus ne paraît se dégager sur la question précise de la procédure à suivre pour changer de sexe : les évolutions récentes des législations portent moins sur la procédure elle-même, que sur la condition d'infertilité/stérilité. Enfin, l'atteinte aux droits du requérant susceptible de résulter de la procédure suivie, nous paraît d'une ampleur bien moindre que celle impliquée par l'exigence d'une stérilisation irréversible<sup>73</sup>.
- 122 Dans ces conditions, **il est peu probable que la décision Y. Y. c. Turquie conduise à une évolution de la procédure française de changement de sexe à l'état civil, laquelle repose sur la judiciarisation et la médicalisation. Si évolution il doit y avoir sur ce point, elle viendra du législateur français.**

\*

\*\*

- 123 La décision commentée de la Cour européenne des droits de l'homme est une décision importante qui devrait accélérer la dissociation progressive des notions de sexe et de reproduction dans l'ensemble des États contractants. **En France, elle 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. Il est peu probable en revanche que cet arrêt ait une influence sur la procédure actuellement suivie (procédure judiciaire et médicalisée).**
- 124 D'aucuns seront attristés par cette décision car ils y verront un pas de plus vers une nouvelle « civilisation » qu'ils rejettent. D'autres s'en réjouiront car, bien que consacrant seulement certaines de leurs revendications, ils y verront le signe d'un « progrès » notable, dans la lutte qu'ils mènent pour la protection de ce qu'ils estiment être leur droit.

\*

- 125 **Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 10 mars 2015, Y. Y. c. Turquie, Req. n° 14793/08**

\*

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

---

## NOTES

1. L'expression « identité sexuée » est ici préférée à celles d'« identité de genre » ou de transidentité. L'expression « identité de genre », à laquelle adhère la Cour dans l'arrêt commenté (not. § 110), ne nous paraît pas souhaitable, car elle suggère qu'il serait possible de dissocier complètement le sexe biologique et le sexe psychosocial, ce dernier étant identifié par un mot propre, ne comprenant plus aucune allusion au sexe : le « genre ». En effet, l'utilisation de deux mots distincts laisse à penser que chacun de ces mots pourrait exister sans l'autre. Autrement dit, il y a là une conception dualiste de l'identité sexuée. Or, il nous semble que les composantes psycho-sociales et biologiques du sexe sont indéfectiblement liées. Voilà pourquoi, adoptant une conception moniste de l'identité sexuée, nous rejetons toute terminologie qui pourrait suggérer un dualisme de l'identité sexuée. Pour soutenir cette conception moniste, il est possible de s'appuyer sur l'histoire de David Reimer (sur laquelle cf. not. John COLAPINTO, *As Nature Made Him: The Boy Who Was Raised as a Girl*, Harper Perennial, 2001). Cet individu, qui était incontestablement à la naissance un « garçon », a subi une circoncision qui s'est mal déroulée et qui a rendu semblait-il non fonctionnel ses organes génitaux externes. Sur les conseils du sexologue John Money, qui adhérait à une conception dualiste de l'identité sexuée, le corps de cet enfant a été féminisé et ses parents l'ont élevé en fille. Toutefois, cet enfant n'a jamais accepté cette identité sexuée qu'on lui avait imposé et, après une existence difficile, il a fini par mettre fin à ses jours. Cette histoire suggère que la mise en pratique d'une conception dualiste de l'identité sexuée peut conduire à des résultats tragiques. Voilà pourquoi nous adhérons, pour l'instant, au postulat suivant lequel l'identité sexuée serait moniste

Quant à l'expression « transidentité », nous la rejetons en ce qu'elle suggère que l'identité d'un individu se ramènerait à son sexe. C'est là semble-t-il une conception exagérée. Le sexe n'est que l'une des nombreuses composantes de notre identité et il est dès lors préférable d'indiquer précisément, par le suffixe « sexué », que c'est le sexe de l'individu qui a fait l'objet d'une évolution.

2. Ainsi, l'homosexualité n'est-elle plus réprimée. Plus généralement, cette séparation du sexe et de la sexualité conduit à l'abandon de tout raisonnement qui viserait à imposer à autrui une forme de sexualité, en tirant argument de son sexe.

3. Ainsi, l'avortement n'est-il plus systématiquement réprimé. Plus généralement, cette séparation de la sexualité et de la reproduction conduit à l'abandon de tout raisonnement qui viserait à imposer une pratique sexuelle, en tirant argument de la nécessité de se reproduire.

4. L'expression « conformation sexuée » est ici préférée à celle de « conversion sexuée », pourtant utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme (not. § 3) et la législation turque. En effet, le mot « conversion » suggère l'idée d'un demi-tour ou d'un sexe opposé. Autrement dit, ce mot repose sur une conception binaire du sexe. Or, les limites de cette conception binaire apparaissent rapidement dès lors qu'on daigne considérer la situation des personnes intersexuées (sur lesquelles, cf. not. Les intersexuels et le droit, Dominique Fenouillet (dir.), Panthéon-Assas, Banque de Mémoires, février 2011). L'expression conformation sexuée paraît en

revanche échapper à cette critique : elle permet de désigner le désir de la personne de se conformer à un sexe donné, sans préjuger du nombre d'identités sexuées possibles.

5. À en croire la Cour et la traduction du code civil turc consultée, l'article 40 n'utilise pas, à la différence du droit français, l'expression pathologisante « syndrome transsexuel ».

6. § 61 et 62 de la décision. *Adde* l'opinion concordante du juge Lemmens, à laquelle se rallie le juge Küris.

7. § 46 à 55 de l'arrêt.

8. § 56 à 58, puis 65 à 66 de l'arrêt.

9. § 74.

10. *Idem*.

11. § 75.

12. § 74.

13. § 76.

14. § 77.

15. § 76 pour la majeure du syllogisme et § 78 pour la mineure.

16. § 79.

17. § 80.

18. Rappr. G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », Cahiers du Conseil constitutionnel, 1997, vol. 2, p. 77 s. L'auteur y indique (n° 40) que la réticence du Conseil à contrôler les buts poursuivis par le législateur s'expliquerait parce que le Conseil répugnerait « d'élever contre le législateur, détenteur d'une légitimité politique et juridique de premier plan, le reproche d'avoir usé son pouvoir, peut-être malicieusement, à des fins qui lui étaient interdites par la Constitution ».

19. On peut se demander si l'affirmation de la Cour, selon laquelle « l'article 8 de la Convention ne peut être compris comme imposant aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels » (en dernier lieu CEDH, Grande chambre, 16 juill. 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. 37358/09, § 71), ne pourrait pas être comprise comme manifestant, en 2010, l'adhésion de la Cour à un modèle de société où sexe et procréation serait intimement lié. En effet, il y a dans le mariage une dimension verticale — il ouvre vers la filiation — et fermer le mariage aux couples de même sexe, pourrait être analysé comme l'affirmation d'un refus d'ouvrir cette dimension verticale aux personnes de même sexe à l'état civil.

20. Voyez récemment l'agitation médiatique autour de Thomas Beatie, sur lequel cf. L. Hérault : « Le mari enceint. Construction familiale et disposition corporelle, Thomas Beatie, *Labor of Love. The Story of One Man's Extraordinary Pregnancy* », *Revue Critique. Bodybuilding. L'évolution des corps*, Éditions de Minuit, 2011, p. 46-60.

21. Pour un semblable raisonnement, cf. CEDH, 13 déc. 2010, *A., B. et C. c. Irlande*, no 25579/05, § 226, où la Cour, pour savoir si la morale peut justifier une législation restreignant fortement l'accès à l'interruption de grossesse, tient compte de l'opinion publique étayée par quelques sondages.

22. § 121.

23. Pour expliquer cet oubli, on pourrait avancer que l'idée, selon laquelle il est nécessaire d'empêcher qu'un homme ne tombe enceint, est tellement profondément ancrée dans l'esprit des représentants du Gouvernement turc que, faute d'émerger à la conscience de ces représentants, ceux-ci ne peuvent même pas formuler cette idée.

24. Sans doute aurait-elle pu le faire, mais en avait-elle envie ? Serait-ce pure fantaisie que de penser que certains juges, ayant rendu cette décision, aient voulu pousser le Gouvernement turc à saisir la Grande chambre, de manière à donner à la Cour européenne une occasion de se prononcer solennellement sur cette question et adresser ainsi un message fort aux États

contractants ? La lecture de l'opinion concordante du juge Lemmens, à laquelle se rallie le juge Küris, rend cette hypothèse crédible. Dans cette opinion concordante, les juges expriment en effet leur souhait de voir la Cour se saisir à nouveau de la question transsexuée, afin d'« approfondir la question » de « [l'exclusion définitive de] l'exigence de l'incapacité définitive de procréer du contexte de la conversion sexuelle » (§ 3 de l'opinion).

25. § 101.

26. *Idem.*

27. *Idem.*

28. § 102.

29. § 106 reprenant CEDH, 11 juill. 2002, Goodwin c. Royaume-Uni, req. No 28957/95, § 85.

30. §103 et 104.

31. Bien qu'utilisé très largement par les juristes et les juridictions, notamment la Cour européenne dans l'arrêt commenté, le terme « transsexuel » ne nous paraît pas très heureux. Il induit en effet une perception erronée des types de problèmes rencontrés par ces personnes : c'est dernières n'ont pas un problème de sexualité, comme peut le suggérer l'adjectif « sexuel », elles ont un problème d'identité sexuée. Cet usage malheureux de l'adjectif « sexuel », dans le mot « transsexuel », s'explique par le fait qu'à l'époque où ce mot a été forgé, sexe et sexualité étaient si étroitement liés, qu'il n'y avait guère d'intérêts à utiliser distinctement les adjectifs « sexué » et « sexuel ». Tel n'est plus le cas aujourd'hui, où sexe et sexualité se dissocient de plus en plus (cf. *infra* n° 1).

32. § 110.

33. § 111.

34. Affaire Goodwin précitée, § 85.

35. On peut en effet concevoir qu'entre la marge nationale d'appréciation « restreinte » et « étendue », il existe une marge « normale », en particulier dans les hypothèses où les éléments justifiant une marge restreinte, s'équilibreraient avec d'autres éléments justifiant une marge étendue. La Cour semble reconnaître ce concept de marge « normale », lorsqu'elle utilise l'expression, certes équivoque, de « certaine marge d'appréciation ».

36. La marge nationale d'appréciation n'est en effet pas mentionnée dans l'article 8 § 2. Cette exigence découle de sa propre jurisprudence, en particulier de l'arrêt Handyside c. Royaume-Uni, 7 déc. 1976 (Cour plénière), req. no 5493/72.

37. Cf. *supra* n° 43 et s.

38. Sur les problèmes terminologiques soulevés par les mots « conversion » et « sexuelle », cf. *supra* les notes n°s 1 et 4.

39. § 113.

40. § 114.

41. Sur les buts poursuivis par le Gouvernement, cf. § 72-80 et *supra* n°s 23-39.

42. § 115.

43. Cf. également l'arrêt CEDH, 5e sect., Pascaud c. France, 16 juin 2011, req. no 19535/08, § 68, où l'on peut lire (nous soulignons) « la Cour a des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique en se fondant sur l'absence de consentement ».

44. § 74.

45. § 121.

46. *Supra* n° 37.

47. § 117.

48. § 118.

49. Sur le détail de ce raisonnement, cf. *supra* n° 63.

50. *Supra* n° 42.

51. § 120.

52. La Cour a le choix entre le français, l'anglais et les deux langues. Le fait qu'elle choisisse ici le Français n'est sans doute pas neutre, comme nous l'indiquait Philippe Reigné.

53. Dans son dernier état (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 févr. 2013, n<sup>os</sup> 11-14.515 et 12-11.949), la jurisprudence de la Cour de cassation subordonne le changement de sexe à l'état civil, qualifié sans doute abusivement de « rectification », à la preuve du « caractère irréversible de la transformation de son apparence ». Or, l'apparence étant ce qui est extérieur, aucune semblable transformation ne peut être irréversible. Il est toujours possible de changer d'apparence au moyen d'actes chirurgicaux. Compte tenu de cette expression contradictoire, il pourrait être plaidé que l'exigence d'une ingérence « prévue par la loi », au sens de l'art. 8 § 2 de la CSDHLF n'est pas remplie. En effet, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt commenté, cette exigence implique que la norme servant de support ait des conséquences prévisibles. Or, on peut douter que tel soit le cas lorsque cette norme est empreinte d'une contradiction, qui peut générer des appréciations divergentes d'une juridiction du fond à l'autre.

54. Ce choix se justifie par le fait que l'arrêt de la Cour européenne ne nous paraît guère pouvoir s'appliquer aux personnes intersexuées dans la mesure où, pour ces dernières, il s'agit moins d'un changement de sexe, que de la rectification d'une erreur commise initialement, lors de l'inscription du sexe de l'enfant à l'état civil. Sur la nature et le régime de cette action, cf. *Les intersexuels et le droit*, op. cit., n<sup>os</sup> 77-92.

55. Art. 343-1,

56. Dès avant cette loi, la dissociation était déjà à l'œuvre puisque l'article 341-1 du code civil, introduit par la loi du no 66-500 du 11 juill. 1966 portant réforme de l'adoption, permettait l'adoption par une personne seule.

57. Art. 6-1 c. civ.

58. Cass., avis, 22 sept. 2014, n<sup>os</sup> 15010 et 15011.

59. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 28 janv. 2015, n<sup>o</sup> 13-50.059.

60. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 févr. 2013, n<sup>os</sup> 11-14.515 et 12-11.949, reprenant une solution nouvelle formulée par la même chambre le 7 juin 2012 (2 arrêts, n<sup>os</sup> 11-22.490 et 10-26.947).

61. Les magistrats écrivent en effet « caractère irréversible de la transformation de son apparence » et non « transformation irréversible de l'apparence ». L'adjectif « irréversible » est mis avant le nom commun auquel il se rapporte pour mieux insister sur le fait que ce que ce qui compte c'est l'irréversibilité.

62. D'une part, les mesures de stérilisation prévues par le code de la santé publique (art. L. 2123-1), n'emportent nullement ablation des organes génitaux internes ; il s'agit seulement d'une ligature des trompes et canaux déférents. Ces « actes médicaux », n'ont donc pas des conséquences aussi graves que la stérilisation exigée pour les personnes transsexuées. D'autre part, ces mesures de stérilisation peuvent être réversibles grâce à des opérations de réimperméabilisation des trompes et canaux déférents.

63. « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun »

64. Cf. *supra* n<sup>o</sup> 32.

65. CEDH, 13 déc. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, no 36536/02, § 38-40 à propos de l'inceste.

66. Cf. not., CA Douai 24 mars 2013, n<sup>o</sup> RG 13/05082 autorisant le changement alors que demeure un doute, médicalement attesté, sur le caractère irréversible de la transformation.

67. L'analogie est justifiée par le fait que, comme nous l'avons vu (*supra* n<sup>o</sup> 48), pour annoncer son revirement sur la marge nationale d'appréciation, la Cour utilise elle-même l'analogie : elle part de l'arrêt *Goodwin* (sexe à l'état civil) pour appliquer le même raisonnement au sexe corporel. Si l'analogie vaut dans un sens, alors logiquement elle doit aussi valoir dans l'autre sens. Pour réfuter cette analogie, l'on ne saurait s'appuyer sur l'opinion concordante du juge Lemmens à

laquelle se rallie le juge Kürtis. Certes, ces juges écrivent (n° 3) que l'« arrêt ne se prononce pas sur la compatibilité avec la Convention de l'incapacité définitive de procréer *entendue comme condition préalable à la reconnaissance juridique du changement de sexe*, notamment pour les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ». Cependant, ces juges ne disent pas que tout parallèle est impossible. Au contraire, ils écrivent que « Bien entendu, il y a des arguments pour considérer que de ce point de vue aussi, la condition précitée pose problème ». De même, un peu plus loin (n° 3 toujours), ils suggèrent que leur refus d'étendre la portée de cet arrêt à la question du changement d'état civil, s'explique moins par le fait que les buts légitimes invocables dans l'un et l'autre cas seraient différents, que par la faiblesse des arguments invoqués par le Gouvernement turc dans cet arrêt. Ces juges écrivent en effet (nous soulignons) : « Les motifs invoqués par le Gouvernement pour justifier que la conversion sexuelle soit subordonnée à l'incapacité définitive de procréer (...) ne sont pas nécessairement ceux qu'un État pourrait invoquer pour justifier cette même exigence comme condition de la reconnaissance juridique du changement de sexe. ». Ils n'écrivent nullement que « Les motifs invoqués pour justifier que la conversion sexuelle soit subordonnée à l'incapacité définitive de procréer (...) ne sont pas nécessairement ceux qui pourraient être invoqués pour justifier cette même exigence comme condition de la reconnaissance juridique du changement de sexe ». Ce sont donc, nous semble-t-il, les arguments mêmes du Gouvernement turc qui empêchent que la Cour puisse se prononcer ici d'une manière générale sur la condition d'incapacité à procréer. Cette absence de généralité ne tient aucunement à la différence fondamentale entre les conformations sexuées biologique et juridique.

**68.** Il nous semble préférable en France d'éviter de parler de « syndrome », compte tenu du mouvement de « dépathologisation » entamé par le Gouvernement français qui, par un décret no 2010-125, du 8 févr. 2010, a sorti les troubles de l'identité de genre, et donc notamment le « transsexualisme », de la liste des maladies mentales considérées comme des affections longue durée. Le rejet de cette terminologie « pathologisante » serait en outre davantage conforme au ressenti de ces personnes qui ne s'estiment pas toujours malades ; certaines se perçoivent simplement comme étant différentes.

**69.** Cf. *supra* n° 88.

**70.** Cf. *supra* n° 48.

**71.** Cf. *supra* n° 72.

**72.** *Idem.*

**73.** Quoi qu'il faudrait peut-être réserver la possibilité d'une atteinte à la vie privée pour le cas où une personne transsexuée aurait dû se soumettre à de nombreux examens médicaux, dont certains pourraient être jugés superflus par la Cour européenne. Compte tenu de l'appréciation *in concreto* réalisée par ladite Cour, il serait envisageable qu'une ingérence injustifiée puisse être caractérisée dans une telle hypothèse.

---

## RÉSUMÉS

*Le 10 mars 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un important arrêt sur la conformité à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'une disposition législative subordonnant le processus de conformation sexuée d'une personne transsexuée, à l'incapacité de procréer. Bien que portant sur les conditions de la conformation physique du sexe, cette décision est riche d'enseignements quant aux conditions du changement de sexe à l'état civil. Elle implique*



*à court terme, dans certaines conditions que nous préciserons, l'abandon de l'exigence d'une stérilisation définitive pour changer de sexe, tant médicalement que juridiquement. À moyen terme, elle pourrait dessiner la voie d'une disparition des caractères judiciairisés et médicalisés des procédures de changement du sexe.*

## AUTEUR

### **BENJAMIN MORON-PUECH**

ATER (Université Panthéon-Assas – Paris II) – N.B. : L'auteur tient à remercier Me Petkova, sans laquelle cet article n'aurait pas pu être réalisé, ainsi que Marie-Xavière Catto, Clément Cousin et Philippe Reigné pour leur relecture attentive et leurs conseils avisés.