

**Cour de Cassation**

**Assemblée plénière**

**du 19 mai 1978**

**76-41.211**

Publié au bulletin

**Titrages et résumés :** 1) ENSEIGNEMENT - Enseignement libre - Professeur - Licenciement - Rupture abusive - Faute de l'employeur - Nécessité - Remariage après divorce - Atteinte à la liberté du mariage. Il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement. Relèvent l'existence de telles circonstances les juges du fond qui ayant à statuer sur l'action en dommages-intérêts exercée sous l'empire de l'article 23 du livre I du Code du travail par un professeur d'un établissement privé à la suite de son licenciement motivé par son remariage après divorce, retiennent que lors de la conclusion du contrat par lequel cet établissement s'était lié à ce professeur, les convictions religieuses de ce dernier avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante. Ils en ont justement déduit qu'il incombait au salarié, selon la législation alors en vigueur, d'établir la faute commise par son employeur dans l'exercice de son droit de rompre et ont pu décider que l'institution attachée au principe de l'indissolubilité du mariage qui avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise en lui conservant son caractère propre et sa réputation, n'avait commis aucune faute.

**P.PDT M. Bellet, président**

RPR M. Sauvageot, conseiller rapporteur

P.AV.GEN. M. Schmelck, avocat général

Demandeur AV. M. Waquet

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

SUR LE MOYEN UNIQUE, PRIS EN SES TROIS BRANCHES :

ATTENDU QUE, SELON LES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE (LYON, 7 OCTOBRE 1976), DAME R., INSTITUTRICE AU COURS SAINTE MARTHE, ETABLISSEMENT PRIVE D'ENSEIGNEMENT CATHOLIQUE LIE A L'ETAT PAR UN " CONTRAT SIMPLE ", A ETE, LE 3 SEPTEMBRE 1970, LICENCIEE DE SES FONCTIONS EN RAISON DE SON REMARIAGE APRES DIVORCE; QU'ELLE A OBTENU UNE INDEMNITE POUR BRUSQUE RENVOI MAIS A ETE DEBOUTEE DE SA DEMANDE EN REPARATION DU DOMMAGE RESULTANT DU CARACTERE ABUSIF DE SON LICENCIEMENT; ATTENDU QU'IL EST FAIT GRIEF A LA COUR D'APPEL, STATUANT SUR RENVOI APRES CASSATION, D'EN AVOIR AINSI DECIDE, ALORS QUE, SELON LE POURVOI, D'UNE PART, EST FAUTIF LE LICENCIEMENT MOTIVE PAR L'EXERCICE, DANS LE CADRE DE LA VIE PRIVEE DU SALARIE, D'UNE DES LIBERTES FONDAMENTALES GARANTIES PAR LA CONSTITUTION, COMME LA LIBERTE DU MARIAGE ET LA LIBERTE RELIGIEUSE, ALORS QUE, D'AUTRE PART, LE CARACTERE CONFESIONNEL D'UN ETABLISSEMENT NE CONSTITUE PAS UN MOTIF IMPERIEUX SUFFISANT POUR JUSTIFIER UNE ATTEINTE A LA LIBERTE DU MARIAGE ET ENCORE MOINS A LA LIBERTE RELIGIEUSE, ALORS, ENFIN, QUE L'ETABLISSEMENT, AYANT PASSE UN CONTRAT AVEC L'ETAT, DEVAIT DISPENSER A SES ELEVES UN ENSEIGNEMENT NON CONFESIONNEL PLACE SOUS LE CONTROLE DE L'ETAT; QUE L'EMPLOYEUR NE POUVAIT DONC SE FONDER SUR UN MOTIF RELEVANT D'UNE DOCTRINE RELIGIEUSE POUR LICENCIER UN PROFESSEUR X..., REMUNERER ET SURVEILLER PAR L'EDUCATION NATIONALE, CHARGE DE DISPENSER CET ENSEIGNEMENT, ET, DONC NON TENU DE RESPECTER DANS SA VIE PRIVEE LA MORALE CATHOLIQUE ET, ENCORE MOINS, DE L'INCULQUER A SES ELEVES; QUE LE MAINTIEN DU CARACTERE PROPRE DE L'ETABLISSEMENT NE JUSTIFIE PAS L'ATTEINTE PORTEE A LA LIBERTE DU MARIAGE DU SALARIE;

MAIS ATTENDU, EN PREMIER LIEU, QU'IL NE PEUT ETRE PORTE ATTEINTE SANS ABUS A LA LIBERTE DU MARIAGE PAR UN EMPLOYEUR QUE DANS DES CAS TRES EXCEPTIONNELS OU LES NECESSITES DES FONCTIONS L'EXIGENT IMPERIEUSEMENT; QUE, DANS DES MOTIFS NON CRITIQUES PAR LE MOYEN ET QUI, QUEL QU'EN SOIT LE MERITE, SUFFISENT A JUSTIFIER LEUR DECISION, LES JUGES DU FOND ONT RETENU QUE LORS DE LA CONCLUSION DU CONTRAT PAR LEQUEL L'ASSOCIATION SAINTE-MARTHE S'ETAIT LIEE A DAME R., LES CONVICTIONS RELIGIEUSES DE CETTE DERNIERE AVAIENT ETE PRISES EN CONSIDERATION ET QUE CET ELEMENT DE L'ACCORD DES VOLONTES, QUI RESTE HABITUELLEMENT EN DEHORS DES RAPPORTS DE TRAVAIL, AVAIT ETE INCORPORE VOLONTAIREMENT DANS LE CONTRAT DONT IL ETAIT DEvenu PARTIE ESSENTIELLE ET DETERMINANTE; QU'ILS ONT AINSI RELEVE L'EXISTENCE DE CIRCONSTANCES TRES EXCEPTIONNELLES OPPOSABLES A DAME R., A LAQUELLE IL INCOMBAIT, SELON LA LEGISLATION ALORS EN VIGUEUR, D'ETABLIR LA FAUTE COMMISE PAR SON EMPLOYEUR DANS L'EXERCICE DE SON DROIT DE ROMPRE UN CONTRAT A DUREE INDETERMINEE; QUE LES JUGES DU FOND, AYANT RAPPELE QUE LE COURS SAINTE-MARTHE, ATTACHE AU PRINCIPE DE L'INDISSOLUBILITE DU MARIAGE, AVAIT AGI EN VUE DE SAUVEGARDER LA BONNE MARCHÉ DE SON ENTREPRISE, EN LUI CONSERVANT SON CARACTERE PROPRE ET SA REPUTATION, ONT PU DECIDER QUE CETTE INSTITUTION N'AVAIT COMMIS AUCUNE FAUTE;

ATTENDU, EN SECOND LIEU, QUE L'ARRET ATTAQUE ENONCE EXACTEMENT QUE LE FAIT, PAR UN ETABLISSEMENT D'ENSEIGNEMENT PRIVE, D'AVOIR CONCLU AVEC L'ETAT LE " CONTRAT SIMPLE " PREVU PAR LA LOI DU 31 DECEMBRE 1959 N'AVAIT PAS EU POUR EFFET DE LE PRIVER DE SON CARACTERE PROPRE; D'OU IL SUIT QUE LE MOYEN NE PEUT ETRE ACCUEILLI;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE LE POURVOI FORME CONTRE L'ARRET RENDU LE 7 OCTOBRE 1976 PAR LA COUR D'APPEL DE LYON.

**Publication** : Bulletin des arrêts Cour de Cassation Assemblée plénière N. 1 P. 1

**Décision attaquée** : Cour d'appel Lyon (Chambres réunies) 7 Octobre 1976

**Cour de cassation, chambre civile 3, 8 juin 2006**

**N° de pourvoi: 05-14774**

Publié au bulletin **Rejet**

**M. Weber , président**

M. Rouzet, conseiller rapporteur

M. Cédras, avocat général

SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, TROISIEME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 18 janvier 2005), que les époux X..., propriétaires d'un appartement, ont fait assigner le syndicat des copropriétaires Les Jardins de Gorbella à Nice en annulation de la résolution de l'assemblée générale en vertu de laquelle le syndic de copropriété les avait assignés en référé afin que soit retirée la construction qu'ils avaient édiflée en végétaux sur leur balcon pour une semaine à l'occasion de la fête juive des cabanes ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant constaté que la communication de certaines pièces et le dépôt des conclusions étaient intervenus le jour même et postérieurement à l'ordonnance de clôture, sans permettre à la partie adverse d'être en mesure d'y répondre utilement, et qu'aucun motif grave survenu ultérieurement n'était invoqué pour justifier la demande de révocation de l'ordonnance, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision de ce chef ;

Sur les deuxième et troisième moyens, réunis :

Attendu que les époux X... font grief à l'arrêt de les débouter de leur demande, alors, selon le moyen :

1 / que le règlement de copropriété ne peut imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble telle qu'elle est définie aux actes, par ses caractères ou sa situation ; que les époux X... faisaient valoir que l'immeuble dans lequel ils étaient propriétaires d'un appartement étant à usage d'habitation, l'édification sur leur balcon, pendant une semaine, d'une cabane précaire et temporaire leur permettant de respecter les prescriptions de la religion juive, sans créer de nuisances ou de risques pour les autres copropriétaires, était conforme à la destination de l'immeuble ce dont il résultait que la résolution de l'assemblée générale des copropriétaires mandatant le syndic pour agir en justice afin d'obtenir l'enlèvement de cette cabane devait être annulée comme restreignant leur droit d'exercice d'un culte sans être justifiée par la destination de l'immeuble ; qu'en jugeant que l'assemblée générale des copropriétaires était en droit d'adopter la résolution litigieuse au seul motif que les époux X... avaient méconnu le règlement de copropriété, sans rechercher, comme il le lui était demandé, en quoi la restriction ainsi imposée aux droits d'un copropriétaire était justifiée par la destination de l'immeuble, la

cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 8, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 ;

2 / que les clauses d'un règlement de copropriété ne peuvent avoir pour effet de priver un copropriétaire de la liberté d'exercice de son culte, en l'absence de toute nuisance pour les autres copropriétaires ; qu'en refusant à des copropriétaires le droit d'exercer leur culte par l'édification sur leur balcon, pendant une semaine, d'une cabane précaire et temporaire, au seul motif que cette construction serait contraire aux dispositions du règlement de copropriété, la cour d'appel a violé les articles 9 du Code civil et 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ;

3 / qu'ils avaient fait valoir que la résolution de l'assemblée générale des copropriétaires mandatant le syndic pour agir en justice afin d'obtenir l'enlèvement de la cabane édiflée temporairement pour l'exercice de leur culte avait été adoptée à partir d'un rappel tronqué du règlement de copropriété et dans le seul but de leur nuire ; qu'en s'abstenant de rechercher si l'adoption de cette résolution ne constituait pas un abus de droit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 ;

Mais attendu, d'une part, que n'ayant pas soutenu devant les juges du fond que le règlement de copropriété ne pouvait imposer aucune restriction aux droits des copropriétaires en dehors de celles qui seraient justifiées par la destination de l'immeuble, le moyen est nouveau, mélangé de fait et de droit ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu à bon droit que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété et relevé que la cabane faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit que l'assemblée générale était fondée à mandater son syndic pour agir en justice en vue de l'enlèvement de ces objets ou constructions ;

D'où il suit que le moyen, pour partie irrecevable, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les époux X... aux dépens ;

Req 3 Août 1915, Arrêt Clément - Bayard.

#### ARRÊT

« La Cour; — Sur le moyen du pourvoi pris de la violation des articles 544 et s., 552 et s. du Code civil, des règles du droit de propriété et plus spécialement du droit de se clore, violation, par fausse application, des articles 1382 et s. du Code civil, violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 : — Attendu qu'il ressort de l'arrêt attaqué que Coquerel a installé sur son terrain, attenant à celui de Clément-Bayard, des carcasses en bois de 16 mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues; que ce dispositif ne présentait pour l'exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n'avait été édifié que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard, sans d'ailleurs, à la hauteur à laquelle il avait été élevé, constituer, au sens de l'article 647 du Code civil, la clôture que le propriétaire est autorisé à construire pour la protection de ses intérêts légitimes; que, dans cette situation de fait, l'arrêt a pu apprécier qu'il y avait eu par Coquerel abus de son droit et, d'une part, le condamner à la réparation du dommage causé à un ballon dirigeable de Clément-Bayard, d'autre part, ordonner l'enlèvement des tiges de fer surmontant les carcasses en bois; — Attendu que, sans contradiction, l'arrêt a pu refuser la destruction du surplus du dispositif, dont la suppression était également réclamée, par le motif qu'il n'était pas démontré que ce dispositif eût jusqu'à présent causé du dommage à Clément-Bayard et dût nécessairement lui en causer dans l'avenir; — Attendu que l'arrêt trouve une base légale dans ces constatations; que, dûment motivé, il n'a point, en statuant ainsi qu'il l'a fait, violé ou fausement appliqué les règles du droit ou les textes visés au moyen; — Par ces motifs, rejette... ».

Article 544

Créé par Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804

La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

Article 1382

Créé par Loi 1804-02-09 promulguée le 19 février 1804

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

## Cour de cassation (Ch. civ.) — 18 mars 1878

(S. 1878. 1. 193, note Labbé)

### Fraude à la loi

*Il y a fraude à la loi en droit international privé lorsque les parties ont volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente.*

### (Princesse de Bauffremont C. Prince de Bauffremont)

FAITS. — Le 1<sup>er</sup> août 1874, la Cour de Paris prononce la séparation de corps entre le prince de Bauffremont, citoyen français, et son épouse, belge d'origine, devenue française par le manage. A cette époque, la loi française applicable en l'espèce n'admet pas le divorce; cette prohibition ne convient pas à la princesse. Profitant de ce que la séparation de corps lui restitue la liberté de choisir seule un domicile séparé, elle se transporte temporairement dans le duché de Saxe-Altenbourg dont elle obtient la nationalité le 3 mai 1875. Désormais sujette de cet Etat allemand, elle recouvre sa liberté matrimoniale grâce à sa nouvelle loi nationale qui considère comme divorcés les catholiques séparés de corps. La princesse peut épouser celui pour lequel elle a entrepris le voyage en Allemagne; le 24 octobre 1875, à Berlin, elle convole avec le prince Bibesco, sujet roumain.

Le procédé déplaît au prince de Bauffremont, quant à lui toujours Français et toujours marié avec celle qui désormais se dit l'épouse d'un autre. Il engage une procédure pour clarifier sa situation, demandant au Tribunal de la Seine, l'annulation, d'une part, de la naturalisation obtenue sans son autorisation, d'autre part, du second mariage contracté pendant l'existence du premier au mépris de l'interdiction de la loi française.

Un jugement du 10 mars 1876 lui donne satisfaction. En un premier motif, il est déclaré que « la princesse de Bauffremont n'a pu valablement acquérir à défaut de l'autorisation de son mari, la nationalité de l'Etat de Saxe Altenbourg et... elle était encore française lors du mariage contracté par elle, le 24 octobre 1875 ». Un second motif observe, sur le mode conditionnel, qu'aurait-il reçu l'agrément du mari, le changement d'état recherché par la femme n'aurait pas résulté de « l'exercice légitime d'une faculté conférée par la loi... [mais] n'en serait que l'abus... [et] qu'il appartiendrait toujours à la justice de repousser des entreprises également contraires aux bonnes moeurs et à la loi ».

Sur appel de la princesse, la Cour de Paris constate que le débat a pour objet, non la validité de la naturalisation étrangère, sur quoi elle se juge sans compétence, mais « les effets légaux au regard de la loi française » que cette naturalisation pourrait produire. Par arrêt du 17 juillet 1876, elle juge que, sans autorisation du mari, l'acquisition volontaire de la nationalité étrangère était impropre à libérer la princesse de l'allégeance française et donc des contraintes de la loi française ; elle ajoute que même si les époux en avaient été d'accord, ils n'auraient pas eu le pouvoir d'é luder, par un changement de nationalité, « les dispositions d'ordre public de la loi française qui les régit ». Ainsi, la Cour d'appel donne-t-elle à son tour deux motifs pour déclarer l'acte de naturalisation « inopposable au mari » et confirmer le jugement maintenant l'épouse dans les liens de sa première union (v. D. de Folleville, *De la*

*naturalisation en pays étranger des femmes séparées de corps en France et de l'incompétence des tribunaux en cette matière, 1876).*

La princesse se pourvoit en cassation. Elle propose deux moyens. Tel que l'entend la Cour de cassation, le premier n'intéresse pas le droit international privé. Ce n'est pas le cas du second qui reproche à la cour d'appel de n'avoir pas su apprécier la régularité ni l'efficacité du changement de nationalité.

Pourvoi en cassation par la princesse de Bauffremont. — 1<sup>o</sup> moyen. Violation des art. 215 et 217, C. civ., en ce que la Cour, dans l'arrêt attaqué, a admis la princesse de Bauffremont, mariée en Allemagne au prince de Bibesco, à ester en justice en appel pour soutenir la validité de son second mariage sans autorisation maritale ou de justice.

2<sup>o</sup> moyen. Violation des art 3, § 3, 17, 108, C. civ.; fausse application des art. 215 et 217, C. civ.; violation de l'art. 1124, § 3, du même Code; violation de l'art. 227, C. civ., et de la loi du 8 mai 1816, en ce que la Cour a refusé d'apprécier sa naturalisation d'après la loi du pays où elle a été obtenue, et refusé ensuite d'apprécier la capacité pour la femme de convoler en secondes noces d'après la loi sous l'empire de laquelle elle était placée par sa naturalisation,

#### ARRET

La Cour; — Sur le premier moyen; — Attendu que, si la femme mariée ne peut ester en jugement, à aucun degré de juridiction, sans l'autorisation de son mari, il n'est pas exigé par la loi que cette autorisation soit expresse; qu'elle peut, lorsque le litige est engagé entre deux époux plaçant l'un contre l'autre, être tacite et résulter notamment de ce que le mari, ayant provoqué le débat, y a appelé sa femme; qu'en l'actionnant, le mari l'autorise à défendre sa cause contradictoirement avec lui; que, dans l'espèce, le défendeur (au [\*44] pourvoi) a introduit devant le tribunal civil de la Seine, contre la demanderesse, sa femme, une action en nullité, tant du mariage contracté par celle-ci, le 14 octobre 1875, à Berlin, avec le prince Bibesco, que de l'acte de naturalisation passé à Altenbourg le 3 mai précédent; qu'intimé plus tard sur l'appel interjeté par la demanderesse du jugement intervenu, il a accepté le débat, et, loin d'élever aucune exception, il a, par des conclusions formelles, contesté les prétentions dans lesquelles la demanderesse avait succombé en première instance, et demandé aux juges d'appel l'invalidation des actes dont l'annulation avait été l'objet même de sa demande originaire; qu'il a par là tacitement maintenu et confirmé, au second degré de juridiction, l'autorisation tacite qui, au premier degré, résultait de ce qu'il avait actionné sa femme; qu'ainsi, il a été satisfait aux exigences des articles 215 et 218 du code civil tant en appel qu'en première instance; D'où il suit que le premier moyen manque en fait;

Sur le second moyen, pris dans ses deux branches — Attendu que la demanderesse, Belge d'origine, est devenue française par son mariage avec le prince de Bauffremont, sujet français; que, séparée de corps et de biens, aux termes de l'arrêt du 1<sup>er</sup> août 1874, elle est néanmoins restée l'épouse du prince de Bauffremont et française, la séparation ayant pour effet seulement de relâcher le lien conjugal sans le dissoudre; qu'ainsi, elle était française et mariée en France, lors du mariage par elle contracté à Berlin avec le prince Bibesco, à la suite de la naturalisation par elle obtenue dans le duché de Saxe-Altenbourg; que l'arrêt attaqué n'a pas eu à statuer et n'a pas statué sur la régularité et la valeur juridique, en Allemagne et d'après la loi allemande, de ces actes, émanés de la seule volonté de la demanderesse; que, se plaçant uniquement au point de vue de la loi française, qui, en effet, domine le débat et s'impose aux parties, il a décidé que, même eût-elle été autorisée par son mari, la demanderesse ne pouvait être admise à invoquer la loi de l'Etat où elle aurait obtenu une nationalité nouvelle, à la faveur de laquelle, transformant sa condition de femme séparée en celle de femme divorcée, elle se soustrairait à la loi française, qui, seule, règle les effets du mariage de ses nationaux, et

en déclare le lien indestructible qu'adoptant les motifs des premiers juges, il a, en outre, constaté en fait que, d'ailleurs, la demanderesse avait sollicité et obtenu cette nationalité nouvelle, non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent, en établissant son domicile dans l'Etat de Saxe-Altenbourg, mais dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage, et d'aliéner sa nouvelle nationalité aussitôt qu'elle l'aurait acquise; qu'en décidant, dans ces circonstances, que des actes ainsi faits en fraude de la loi française et au mépris d'engagements antérieurement contractés en France n'étaient pas opposables au prince de Bauffremont, l'arrêt attaqué a statué conformément au principe de la loi française sur l'indissolubilité du mariage, et n'a violé aucune des dispositions de la loi invoquées par le pourvoi;

Par ces motifs— Rejette.

Du 18 mars 1878.— Cour de cassation (Ch. civ.). — MM. Mercier, prem. prés.; Charrins, prem. av. gén. — MM Chambareaud et Sabatier, av.

OBSERVATIONS.— t. Prononcé la même année que l'arrêt Forgo (v. *infra*, n° 7) qui devait introduire la théorie du renvoi dans le droit international privé français, l'arrêt Princesse de Bauffremont est la décision fondatrice, en ce domaine, de la théorie de la fraude à la loi. De là, il prend un éclat d'autant plus remarquable qu'à la vérité le rejet du pourvoi en l'espèce n'en exigeait sans doute pas tant. Dès lors, en effet, que la Cour de cassation déduisait du droit français de la nationalité que la Princesse de Bauffremont avait conservé la nationalité française, son maintien sous l'autorité des lois françaises était assuré, et il n'était pas nécessaire, pour dénoncer l'irrégularité au regard de l'article 147 du Code civil du mariage célébré à Berlin, de recourir à la théorie de la fraude à la loi (Audit, *La fraude à la loi*, n<sup>os</sup> 199 et s., p. 49).

Mais on a assez vite oublié que cet arrêt innovait aussi en matière de nationalité. La Cour de Paris avait jugé que si la séparation de corps permet d'après la loi française à chaque époux de choisir librement un domicile séparé, « là où il lui plait, même en pays étranger », elle ne donne pas à la femme licence d'acquérir une nationalité étrangère sans l'autorisation de son mari (Paris, 17 juill. 1876, préc.; v. sur ce point Niboyet, *Traité* t. 1, n° 319, p. 402). Entérinée par la Cour de cassation, devant laquelle elle n'était pas directement critiquée, cette solution fonde en la cause l'inefficacité en France de l'acte de naturalisation étrangère et cette inefficacité paralyse le jeu de l'ancien article 17 du Code civil qui enlevait de plein droit la nationalité française à la femme acquérant volontairement une nationalité étrangère. Comme celui du démariage, le droit de la nationalité française a connu de profonds bouleversements depuis 1878 (v. sur l'effet au regard de la nationalité française de l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère l'article 87, C. nat.) et, sur ce point, le rayonnement de l'arrêt *Princesse de Bauffremont*, s'est considérablement affaibli.

En revanche il conserve aujourd'hui tout son prestige et toute son autorité sur le problème de la fraude à la loi, bien que, comme le révèle la lecture des décisions des juges du fond, celui-ci n'y fût traité qu'à titre accessoire afin de conforter des conclusions atteintes par une autre voie, celle de la nationalité. Avec le temps le subsidiaire a supplanté le principal.

La Cour de cassation assume l'entière responsabilité du phénomène. C'est de façon délibérée qu'elle emboîte le pas à la cour d'appel et se prononce sur une question que la résolution du problème du maintien de la nationalité française de la princesse avait vidée de son utilité. Cette manière d'approuver un motif surabondant tout en lui donnant une formulation plus cohérente, traduit à l'évidence l'intention de préciser la teneur de la notion de fraude à la loi et se fût-il exprimé sur ce sujet en des termes généraux et abstraits, l'arrêt *de*

*Bauffremont* se serait donné jusqu'à la forme d'un arrêt de règlement. Mais la Cour de cassation a eu la prudence de sa hardiesse et elle a pris garde de ne pas détacher la notion qu'elle fixe des circonstances de l'affaire.

Cette adhérence aux faits se remarque aussi en ce qui concerne la sanction de la fraude: les actes faits en fraude de la loi française sont inopposables au mari. [\*46] La formule est trop brève et c'est pourquoi on s'efforcera de présenter dans toute son ampleur la *réaction* qu'appelle la fraude à la loi (II) après avoir étudié la *notion* elle-même (I).

### I. — La notion de fraude à la loi

2. Cette notion assemble trois composantes. L'arrêt relève qu'il y eut « obtention d'une nationalité étrangère »— là était le moyen de la fraude, l'*élément matériel* d'une part, ce moyen rendait inapplicables les « prohibitions de la loi française »— qui était la victime de la fraude et formait son élément légal— et, d'autre part, il était mis en oeuvre dans le seul but » d'échapper à ces prohibitions— voici l'*élément moral*, celui qui condamne la manoeuvre. A plus d'un siècle de distance, définissant la fraude à la loi, la Cour de cassation réunira de nouveau ces trois éléments dans une formule plus abstraite: il y a fraude à la loi en droit international privé notamment lorsque « les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente » (Civ., 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Soc. Lafarge, Rev. crit.*, 1985. 346, note B. Ancel).

A. — 3. L'*élément matériel* de la fraude s'accomplit dans le glissement délibéré de la situation du fraudeur de l'empire d'une loi à celui d'une autre loi. Divers moyens, plus ou moins élaborés, procurent ce résultat, mais ce qui confère sa spécificité à la fraude à la loi est que ceux qu'elle utilise sont en eux-mêmes tout à fait licites.

Relativement simple est celui employé par la princesse de Bauffremont (v. aussi, Req., 16 déc. 1845, D. P. 1846. 1.7, S. 1846. 1. 100: Paris, 20 juin 1877, *Clunet*, 1878. 268). La substitution d'une loi à une autre résulte du déplacement de l'élément de la situation que la règle de conflit érige en facteur de rattachement. Le statut personnel et spécialement le divorce étant alors soumis à la loi nationale, la princesse change de nationalité: son statut personnel et le problème de son divorce obéissent désormais à une autre loi nationale.

Cette pratique de la fraude est possible avec toutes les règles de conflit dont le facteur de rattachement dépend pour partie au moins, de la volonté du sujet. Relève ainsi de ce type de fraude celle que laissait craindre sous l'Ancien droit. Le changement de domicile— lorsque celui-ci, dans le conflit de coutumes, déterminait la loi personnelle (v. par exemple, pour la fraude au sénatus consulte vélléien, B. Lemarignier, *La conférence des avocats et les conflits de statuts concernant les effets du mariage au début de XVIII<sup>e</sup> siècle*, 1961, p. 34)n— ou encore celle qu'aujourd'hui pourrait envisager le créancier-gagiste qui, pressentant l'insolvabilité de son débiteur et désireux de s'approprier le meuble engagé, transporterait celui-ci dans un pays dont la loi prévoit cette issue. De manière plus générale, l'action sur le rattachement de la règle de conflit est en mesure de répandre la fraude dans tout le champ du conflit mobile (v. F. Rigaux, *Droit international privé*, t. I, n° 510, p. 375).

4. Mais, là ne se limite pas son empire. Ce serait, en effet, faire injure à l'ingéniosité des fraudeurs que de restreindre l'élément matériel à une manipulation du rattachement. La méthode des règles de conflit utilise pour parvenir à la désignation du droit applicable bien d'autres facteurs sur lesquels la volonté individuelle exerce son emprise.

Pour ne retenir qu'un exemple, on évoquera le cas où la modification de la désignation résulte d'une action sur la qualification. Un père de famille n'avait-il pas converti son droit de propriété relatif à un immeuble situé en France en parts de société civile pour en disposer

librement sous l'égide d'une loi qui n'assurait aucune protection à la vocation héréditaire des enfants?

L'ameublissement du bien commandait l'application à la succession de la loi du dernier domicile, ignorant la réserve héréditaire, au détriment de la loi française du lieu de la situation (Aix, 9 mars 1982, *Rev. crit.*, 1983. 282, note G. Droz, maintenu par Civ., 1, 20 mars 1985, Coran, *Rev. cot.*, 1986. 66, note "s". Lequette; pour une autre figure de l'élément matériel v. Paris, 6 juill. 1982, *Rev. crit.*, 1984. 325, note 1. Fadlallah, et *infra*, obs. sous l'arrêt Bisbal, n° 33; v. cep. Courbe, note, *Rev. crit.* 1991. 599 et s.).

5. A la variété des formes répond l'unité de caractère: pour qu'il y ait fraude, l'élément matériel doit présenter un caractère constant de régularité objective. Au cas où il y a simplement création par quelque moyen de fait d'une représentation fallacieuse de la réalité qui laisse croire à la réunion des conditions d'obtention de l'effet recherché mais recouvre en réalité une violation directe de la loi applicable, il s'agit non de fraude mais de simulation. Par exemple, l'individu qui, par des voies de traverse, réussit à arracher une naturalisation française sans en remplir les conditions légales ne consomme pas une fraude lorsqu'il prétend jouir de la condition de Français. A la différence de la simulation, la fraude ne ment pas. Sans doute agit-elle sur tes faits, mais seulement si cela est permis et susceptible de provoquer le remplacement d'une règle par une autre. La modification qu'elle apporte à la situation est réelle, juridique et licite. Le fraudeur se dépense, non pour tromper, mais pour asseoir le changement de la loi applicable sur des éléments objectifs de régularité juridique qui attestent un respect formel de la règle de droit international privé. Ainsi l'article 544 du Code civil reconnaît au propriétaire le pouvoir de disposer de son droit, donc de l'échanger contre des parts sociales. La liberté domiciliaire ou le droit de changer de nationalité ne sont pas contestables. L'exercice de ces prérogatives est donc irréprochable (v. G. de La Pradelle, « *La fraude à ta loi* », *Trav. comité fr. dr. int. privé*, 1971-1973, p. 117).

B. — 6. *L'élément légal* de la fraude est formé par l'impératif auquel le fraudeur se propose d'échapper. Il s'agissait en la cause des « prohibitions de la loi française » qui, depuis 1816, s'opposaient au divorce; la fraude sanctionnée est la fraude à la loi française ». Ces formules soulèvent deux questions touchant à la consistance de l'élément légal : celui-ci peut-il être constitué par des règles non impératives? peut-il être constitué par des règles de droit étranger?

Sur le premier point, il suffit de rappeler que les règles supplétives, dispositives ou interprétatives ne sont pas moins obligatoires que les autres dès lors que les conditions de leur application sont réunies, étant évidemment entendu que parmi ces dernières figure celle du défaut de volonté contraire. Précisément, il ne faut pas négliger le cas où, n'ayant pas exprimé en temps utile cette volonté contraire, le sujet s'en repentant, modifie ultérieurement le rapport de droit de manière à le soustraire aux dispositions de la loi que sa carence a rendu applicables. L'atteinte au caractère obligatoire de la règle éludée est, dans cette hypothèse, la même que dans celle où les dispositions bafouées sont impératives et il n'y a donc pas lieu de lui réserver un traitement différent. C'est dire que toute norme est susceptible d'être l'élément légal de la fraude, dès lors qu'elle est obligatoire pour le sujet (cette proposition est même susceptible d'être étendue des règles aux décisions, v. Batiffol et Lagarde, t. I, n° 374, p. 432, et Paris, 6 juill. 1982, préc.).

7. Le second point, celui de la fraude à la loi étrangère, a donné lieu à quelques hésitations (P. Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit.* 1962, p. I). Le fait est que l'arrêt ci-dessus reproduit n'avait en vue que la protection des dispositions du droit français et l'idée s'est par la suite répandue [\*48] que la fraude à la loi étrangère n'était pas

sanctionnée par les tribunaux français. Cette opinion a pu trouver deux appuis, l'un général et l'autre particulier, mais tous deux également fragiles.

Par un arrêt *Mancini*, rendu sur une affaire symétrique, la Cour de cassation approuvait les juges du fond d'avoir refusé de retenir l'allégation de fraude à la loi italienne qu'une Italienne, séparée de corps, dirigeait contre la conversion en divorce que son mari, italien d'origine, avait obtenue par application de la loi française, après sa naturalisation (Civ., 5 févr. 1929, S. 1930. I. 181, note Audinet). Cette décision a pu encourager l'idée d'une impunité de la fraude à la loi étrangère et pourtant elle puisait sa motivation dans le principe de la séparation des autorités qui interdit aux tribunaux judiciaires « d'apprécier la régularité et la valeur de l'acte du Gouvernement français qui a prononcé la naturalisation ». Elle ne concernait que le cas particulier de la fraude par naturalisation française et il convient de souligner que, dans ce cadre précis, de multiples facteurs s'associent, non pas seulement pour empêcher la sanction d'une fraude à la loi étrangère, mais pour en prévenir la survenance (v. *infra*, II). Dès lors la leçon de l'arrêt *Mancini* n'est pas l'indifférence à la fraude à la loi étrangère.

Mais l'arrêt *Bisbal* est venu auprès des partisans de cette indifférence relayer une jurisprudence défaillante. Cette décision (v. *infra*, n° 33) a pu être comprise comme consacrant la variabilité de l'impérativité de la règle de conflit selon que celle-ci désigne la loi française ou la loi étrangère le juge n'étant tenu par la désignation de cette dernière que si les parties s'en prévalent. La loi étrangère paraît alors dévêtue en France de son autorité; il n'y aurait donc pas lieu de la défendre contre les entreprises des particuliers.

Cependant, dès l'arrêt *Compagnie Algérienne de Crédit et de Banque*, il avait été admis que si le juge n'est pas obligé d'appliquer d'office la loi étrangère désignée, du moins lui est-il « loisible » de prendre cette initiative (v. *infra*, n° 34). Dès lors, rien ne s'opposait à ce qu'il aille jusqu'au terme de sa démarche en imposant le respect de l'autorité de la loi étrangère en dépit des manoeuvres contraires des parties. L'extranéité d'une loi lui assigne peut-être une condition procédurale particulière, elle n'interdit pas de réprimer la fraude ourdie contre elle (v. Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, p. 169, note 259). Cette analyse ne peut, au demeurant, qu'aller s'accroissant depuis que la haute juridiction pose que le juge doit appliquer d'office la règle de conflit, désignerait-elle une loi étrangère, lorsqu'elle a sa source dans une convention internationale ou qu'elle porte sur une matière dans laquelle les parties ne sont pas maîtresses de leurs droits (Civ. Itt, 4 déc. 1990, *Soc. Coveco*, *infra*, n° 72).

8. Aussi bien d'ailleurs la jurisprudence a-t-elle rallié cette opinion. Sans doute, par arrêt du 12 décembre 1963, la Cour de Paris déclarait que la fraude éventuelle à « la loi étrangère ne peut être retenue par les tribunaux français » (*Clunet*, 1965. 122, note J.-D. B.), mais elle prenait soin de donner à cette conclusion le motif même que, dans l'arrêt *Mancini*, la Cour de cassation avait tiré du principe de la séparation des autorités. Six mois plus tard, confrontée à une fraude à la loi étrangère n'impliquant, cette fois, aucune naturalisation française, la même Cour de Paris n'hésitait pas à la stigmatiser en des termes particulièrement énergiques (Paris, 18 juin 1964, *de Gunzburg*, *Clunet*, 1964. 810, note Bredin, *Rev. crit.*, 1967. 340, note Deprez). Cette attitude ne se démentait pas dans l'affaire *Giroux* (Paris, 5 mars 1976, *Rev. crit.*, 1978. 149, note B. Audit, v. aussi Paris, 27 nov. 1981, D. 1983. 143, note Paire) où elle recevait l'approbation de la Cour de cassation (Civ., 1, 11 juillet 1977, *Rev. crit.*, 1978, *eod. loc.*), laquelle proposait ensuite, dans l'arrêt *Société Lafarge* (Civ., 1<sup>er</sup>, 17 mai 1983, préc.) une définition qui assure la protection de « la loi normalement compétente ss, sans distinction d'origine (v. aussi, Civ. 1<sup>CC</sup>, 2 oct. 1984, *Favreau*, *Rev. crit.* 1986. 91, note M. N. Jobard-Bachellier, *Clunet* 1985. 495 note B. Audit).

On en conclura que si l'arrêt *de Bauffremont* ne comporte aucune condamnation de la fraude à la loi étrangère, c'est que simplement il n'était appelé à connaître que d'une fraude à la loi française.

C. — 9. L'élément moral ou intentionnel est le troisième élément constitutif de la fraude. Il est décisif tant sur le plan théorique que sur le plan pratique.

Il est décisif sur le plan théorique parce que la modification volontairement apportée par des moyens licites à un rapport de droit pour en changer le régime juridique n'est pas en elle-même répréhensible. Or telle est bien l'hypothèse que réalisent les éléments matériel et légal précédemment étudiés. Le changement de nationalité ou de domicile n'est pas interdit, non plus que le voyage ni en principe le transport de meubles à l'étranger. User de ces permissions est a priori légitime. Pour qu'il en soit autrement, il faut que la démarche entreprise, intrinsèquement régulière, soit inspirée par des fins illégitimes, par un dessein frauduleux, un *animus fraudis*. C'est ce qu'enseigne l'arrêt de Bauffremont lorsqu'il relève que la princesse « avait sollicité et obtenu cette nationalité nouvelle non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent..., mais dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française si et cette formule trouvera son écho dans l'arrêt du 17 juin 1983 (Société Lafarge, précité), qui dénonce une manœuvre conduite « dans le seul but de [se] soustraire à la loi normalement compétent ».

C'est la limitation de l'objectif poursuivi qui, traduisant l'insincérité de la démarche, caractérise le dessein frauduleux. Celui-ci ne réside pas en effet dans le seul désir d'obtenir le résultat prohibé par la loi éludée mais dans le fait de modifier le rapport de droit pour obtenir ce résultat sans accepter les autres conséquences normalement attachées à ce changement (P. Mayer, no 183). Cette disproportion entre la portée du moyen mis en oeuvre et l'utilité qu'on prétend en retirer signe la fraude. En revanche, l'intention n'est pas critiquable et l'élément moral n'est pas formé si la modification volontaire du rapport de droit s'accompagne de l'adhésion sans réserve aux conséquences que ce comportement doit normalement produire (Batiffol et Lagarde, t. I, n° 372, p. 429). Bref, la fraude se traduit par l'intention d'asservir le droit à ses desseins.

Cette analyse a pu favoriser l'idée que l'acte réalisant la fraude reposait sur une cause illicite, ce qui justifiait sa sanction (Batiffol et Lagarde, t. I, ne 375). L'explication est plus satisfaisante que celle de Bartin qui assimilait la fraude à une atteinte à l'ordre public et s'interdisait ainsi de considérer la fraude à la loi étrangère... Elle est pourtant insuffisante car elle laisse échapper tous les cas où l'instrument de la fraude n'est pas un acte mais un fait juridique tel le transfert de domicile ou le déplacement d'un meuble. Maury enseignait que le véritable fondement était dans la notion d'abus de droit (op. cit., p. 163); telle était aussi l'opinion du Tribunal de la Seine dans la présente affaire (v. *supra*, p. 43). L'idée habille assez bien le détournement de prérogative que consomme la réunion des trois éléments matériel, légal et moral de la fraude à la loi.

10. L'élément moral est également décisif sur le plan pratique. Il s'agit alors de la preuve. Celle-ci n'offre pas de difficulté particulière à propos des deux autres composantes: à qui voudra le soumettre aux dispositions éludées, le fraudeur dira n'avoir rien à se reprocher et reconnaîtra sans peine l'élément matériel qui à son tour confirmera l'élément légal. Il sera plus délicat d'établir l'élément moral. Le problème est celui de la recherche et de l'appréciation des intentions. La dénonciation de la fraude se heurterait ici à l'insuffisance des moyens d'investigation. [\*50] Cependant si sérieux que soit l'obstacle, il n'est pas insurmontable. L'insincérité du fraudeur éclatera chaque fois que se prévalant du changement de loi applicable, il sera dans l'impossibilité d'opposer une justification plausible à qui aura démontré l'écart entre la portée juridique de l'élément matériel et l'exploitation trop limitée,

sélective, qui en est faite « il existe manifestement des cas où l'évidence est acquise » (Batiffol et Lagarde, t. 1, n° 372, p. 430; pour un exemple de justification admise, v. Civ 1, e, 17 févr. 1982, *Baaziz*, *Rev. crit.* 1983. 275, note Y. Lequette).

C'est alors qu'il faut envisager la réaction de l'ordre juridique à ce défi que représente pour lui la fraude à la loi,

## *II. — La réaction à la fraude à la loi*

11. L'arrêt déclare non opposables au prince de Bauffremont « les actes faits en fraude de la loi française... » Ainsi exprimée, la solution appelle quelques précisions (B). Au demeurant, cette inopposabilité est une réaction *a posteriori*, qui intervient face à une fraude consommée. Mais comme celle-ci n'est que l'exploitation délibérée d'un manque d'harmonie entre règles d'un même ordre juridique, ce dernier peut aussi s'efforcer de se corriger lui-même et d'empêcher ainsi les entreprises dirigées contre son autorité. Le droit international privé propose des exemples de cette politique de prévention de la fraude (A).

A. — *La prévention.* — 12. L'arrêt attaqué de la Cour de Paris, dans cette affaire de Bau[[fresnont, suggère un moyen de dissuader le fraudeur éventuel d'engager la manoeuvre en subordonnant à l'autorisation du mari la possibilité pour l'épouse séparée de corps de changer de statut personnel, cette décision empêchait que ne fût accompli en l'espèce l'élément matériel de la fraude et retirait tout intérêt à la villégiature allemande. Certes, la défense n'est pas sans défaut; elle laisse à découvert le cas de la complicité du mari à la fraude de la femme. Mais ce qu'il importe de retenir de cette esquisse imparfaite, c'est que des conditions judicieusement définies pourraient en renforçant les exigences dont dépend le changement de l'élément matériel éviter que celui-ci ne soit employé pour tourner l'autorité de la loi.

Au demeurant, il est aussi envisageable à cette fin, de réformer, non pas les conditions de régularité, mais les effets de l'élément matériel ; il suffit pour prévenir la fraude de lui retirer, relativement à telle ou telle matière sensible, la vertu d'opérer le changement de statut recherché.

13. La première méthode, celle qui agit sur les conditions de l'élément matériel, est suivie par le droit de la nationalité française et les avatars de la règle de l'article 17 du Code civil en offrent l'illustration. Ce texte, on le sait (v. *supra*), sanctionnait l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère par la perte de la nationalité française. On a craint qu'il ne soit exploité par les hommes en âge de porter les armes pour se soustraire à la conscription. C'est ce qui explique qu'à leur égard, la loi du 26 juin 1889, quelques semaines avant la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement militaire, a suspendu la perte de la nationalité française en ce cas à une autorisation du gouvernement (v. P. Lagarde, *La nationalité française*. Dalloz. 2<sup>e</sup>éd.. 1989, n°5 212 et s.). Aujourd'hui encore, la répudiation de la nationalité française corrélative à l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère n'est admise pour le Français de sexe masculin de moins de trente-cinq ans que s'il a satisfait à ses obligations militaires (art. 89, C. nat., cpr. art. 94, al. 2, C. nat.). La fraude est ainsi rendue impossible, l'élément matériel dévorant l'élément légal— le premier ne pouvant advenir que si le second (le manquement aux dispositions gênantes) est exclu.

La démarche s'apparente— sans s'identifier à celle qu'ébauche le droit de la naturalisation. Les conditions d'âge, de stage, d'assimilation et de domicile ainsi que l'exigence d'une initiative volontaire et personnelle de l'intéressé sont propres à empêcher quiconque n'a pas une réelle intention de s'intégrer à la collectivité nationale, d'accéder à la nationalité française et au bénéfice du statut personnel français. L'ensemble des conditions de

la naturalisation tend ainsi à garantir la réalité et la sincérité du changement de statut et par conséquent, réduit considérablement les risques de fraude. Devenu Français, le naturalisé adhèrera à l'ensemble des conséquences attachées à son nouveau statut; il ne pourra se voir reprocher d'avoir modifié sa condition dans le seul but de se soustraire aux obligations que lui imposait la loi étrangère à laquelle il était antérieurement soumis (v. B. Audit, *op. cit.*, nos 339 et s., p. 251 et s. ; P. Mayer, n° 187, p. 156). Telle est d'ailleurs la justification profonde de la jurisprudence de l'arrêt *Mancini* (préc.). La fraude est ici encore rendue impossible ; l'élément matériel dévore l'élément intentionnel, en ce sens que la régularité du premier suppose que le second, l'*animus fraudis*, a disparu.

La seconde méthode, celle qui limite l'efficacité de l'élément matériel, est mise en oeuvre par l'article 170 du Code civil, lequel maintient pour les Français domiciliés en leur pays, l'exigence d'une publicité en France du mariage alors même que celui-ci doit être célébré à l'étranger. Le déplacement du lieu de célébration ne décharge pas de l'obligation de publier quoique celle-ci constitue une condition de forme normalement régie par la loi du lieu de confection de l'acte. Il est donc vain d'aller en pays étranger se ménager une discrétion suspecte qui s'efforcerait d'assurer la validité d'une union contrevenant au droit français de fait, la jurisprudence sanctionne par la nullité du mariage la violation de l'article 170 dès lors qu'il y a eu intention de clandestinité, dès lors que « les parties ont entendu faire fraude à la loi française et éluder la publicité prescrite par elle... » (Civ., I, 13 févr. 1961, D. 1961. 349, note G. Holleaux). L'équivalence affirmée entre la fraude à la loi et l'infraction à la règle de la publication montre clairement l'inspiration et l'objectif de l'article 170 du Code civil (v. Maury, *op. cit.*, p. 155).

B. — *La sanction.*— 14. La détermination de la sanction de la fraude à la loi donne lieu à des divergences d'opinions. Certains demandent que les actes frauduleux soient frappés de nullité (v. Batiffol et Lagarde, t. I, n° 375), d'autres qu'ils soient déclarés inopposables (Niboyet, *Traité*, t. 3, n°5 1090 et s., Maury, *op. rit.*, p. 161 et s.). En dépit de l'autorité considérable qui la soutient, la première solution ne semble pas pouvoir être retenue; quant à la seconde, son accueil ne peut se faire sans distinction.

C'est qu'il convient de ne pas confondre dans la fraude le moyen de celle-ci, c'est-à-dire en l'occurrence le changement de nationalité, et la situation qu'elle a permis de constituer, c'est-à-dire le second mariage. Lorsque la Cour de cassation déclare « que n'étaient pas opposables au Prince de Bauffremont (...) les actes faits en fraude de la loi française », il semble bien que cela ne doive viser que le premier— l'instrument et non le second le produit. Au cas contraire, en effet, il faudrait considérer que le second mariage est valable vis-à-vis de tous, sauf du Prince de Bauffremont, ce qui serait créer une bien étrange situation... Seule l'annulation du mariage en vertu de l'article 147 du Code civil est ici de nature à rétablir l'autorité de la loi bafouée. Mais cela ne signifie pas que la fraude aura toujours sa sanction dans l'anéantissement de la situation créée. S'agissant de rendre inefficace le subterfuge, la mesure de la sanction sera fournie par ce qu'exige le rétablissement de l'autorité de la loi tournée. Ainsi lorsque la fraude a été faite pour se débarrasser de l'institution de la réserve héréditaire établie par la loi successorale éludée, les exigences de [\*52] cette dernière ne réclament pas l'annulation entière de la libéralité frauduleuse mais sa réduction. Et de fait, lorsque le cas s'est rencontré, la jurisprudence s'est bornée à faire application des règles de la réduction auxquelles le disposant avait voulu échapper, maintenant la libéralité pour le surplus (Aix, 9 mars 1982, Civ. I, 20 mars 1985, *Caron*, préc.). C'est dire que l'ampleur de la sanction dépendra de la loi bafouée. « La fraude a pour effet sa propre inefficacité » (VidaI, *op. cil.*, p. 372; W. Goldschmidt, *Systema y filosofia del derecho internacional privado*, t. I, p. 171).

Encore faut-il pour cela que soit restituée à la loi tournée sa qualité de loi applicable. A cet effet, il suffit, comme le relève justement la Cour de cassation, que l'instrument de la

fraude, c'est-à-dire son élément matériel soit déclaré inopposable à la victime de celle-ci. Il s'ensuivra que les intérêts protégés par les dispositions fraudées seront appréciés entre les parties comme si le changement de loi applicable ne s'était pas produit. Mais, s'agissant des intérêts autres que ceux qui sont pris en charge par les dispositions fraudées, le changement de loi applicable sortira son plein effet.

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 21 mai 1990**

**N° de pourvoi: 88-12829**

Publié au bulletin

**Rejet.**

**Président :M. Jouhaud, président**

Rapporteur :M. Massip, conseiller apporteur

Avocat général :Mme Flipo, avocat général

Avocat :la SCP Urtin-Petit et Rousseau-Van Troeyen., avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Sur les deux moyens réunis :

Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que Dominique X..., née le 18 juin 1948, a été déclarée sur les registres de l'état-civil comme étant de sexe féminin ; que dès son plus jeune âge, elle s'est considérée comme un garçon dont elle empruntait les jeux ; qu'après s'être soumise à divers traitement médicaux et avoir subi plusieurs opérations chirurgicales, elle a saisi le tribunal de grande instance d'une action tendant à la substitution, dans son acte de naissance, de la mention " sexe masculin " à celle de " sexe féminin " ; que l'arrêt attaqué (Bordeaux, 5 mars 1987), après avoir admis, avec les experts, que Dominique X... était un transsexuel vrai, l'a déboutée de sa demande aux motifs que le sexe psychologique ou psycho-social ne peut à lui seul primer le sexe biologique, anatomique ou génétique, que le sexe est un élément objectivement déterminé et intangible dont le meilleur critère est celui tiré de la formule chromosomique ;

Attendu qu'en un premier moyen, Dominique X... fait grief à la cour d'appel d'avoir, en refusant de reconnaître son identité sexuelle masculine, telle qu'elle résulte de sa morphologie modifiée et de son psychisme, violé l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en un second moyen, elle lui reproche d'avoir refusé de modifier son état civil alors que le

principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne s'oppose pas à un changement de sexe en cas de transsexualisme vrai, c'est-à-dire lorsque la discordance entre le sexe psychologique et le sexe génétique est indépendant de la volonté du sujet, irrésistible, prépondérante et irrémédiablement acquise ;

Mais attendu que le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ;

Et attendu que l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien ;

D'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

**Publication** : Bulletin 1990 I N° 117 p. 83

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Bordeaux, du 5 mars 1987

**Titrages et résumés** : ETAT CIVIL - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Modification justifiée par des considérations psychologiques et sociales Le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé. L'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien. Ne peut donc être accueillie la demande formée par un transsexuel aux fins de substitution, dans son acte de naissance, de la mention " sexe masculin " à celle de " sexe féminin".

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Interprétation - Article 8 - Respect de la vie privée - Etat civil - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Obligation (non) ETAT CIVIL - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Refus - Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Article 8 - Respect de la vie privée - Atteinte PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE - Respect de la vie privée - Atteinte - Etat civil - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Modification justifiée par des considérations psychologiques et sociales - Refus (non)

**Précédents jurisprudentiels** : A RAPPROCHER : Chambre civile 1, 1989-05-10 , Bulletin 1989, I, n° 189 (2), p. 125 (rejet), et l'arrêt cité.



## COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

### **Affaire B. c. France**

(57/1990/248/319)

Arrêt

Strasbourg, 25 mars 1992

Pour de plus amples détails, le greffier renvoie au texte même de l'arrêt, disponible sur simple demande

paraîtra prochainement dans la série A des publications de la Cour  
(Carl Heymanns Verlag KG, Luxemburger Strasse 449, D - 5000 Köln 41) sous le n°  
232-C.

En l'affaire B. c. France[1],

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 51 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

MM. J. Cremona, président,

Thór Vilhjálmsson,

Mme D. Bindschedler-Robert,

MM F. Gölcüklü,

F. Matscher,

J. Pinheiro Farinha,

L.-E. Pettiti,

B. Walsh,

R. Macdonald,

C. Russo,

R. Bernhardt,

A. Spielmann,

N. Valticos,

S.K. Martens,

Mme E. Palm,

MM. R. Pekkanen,

A.N. Loizou,

J.M. Morenilla,

F. Bigi,

Sir John Freeland,

M. A.B. Baka,

ainsi que de MM. M.-A. Eissen, greffier, et H. Petzold, greffier adjoint,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 27 septembre 1991, puis les 23 et 24 janvier 1992,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

---

[1] Note du greffier: l'affaire porte le numéro 57/1990/248/319. Les deux premiers chiffres en indiquent le rang dans l'année d'introduction, les deux derniers la place sur la liste des saisines de la Cour depuis l'origine et sur celles des requêtes initiales (à la Commission) correspondantes.

## PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") le 12 novembre 1990, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 § 1 et 47 (art. 32-1, art. 47) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"). A son origine se trouve une requête (n° 13343/87) dirigée contre la République française et dont une ressortissante de cet Etat, Mlle B., avait saisi la Commission le 28 septembre 1987 en vertu de l'article 25 (art. 25).

La requérante — on utilisera le féminin à son propos, conformément au sexe qu'elle revendique — a prié la Cour de ne pas divulguer son identité.

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 (art. 44, art. 48) ainsi qu'à la déclaration française reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46) (art. 46). Elle a pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'Etat défendeur aux exigences des articles 3 et 8 (art. 3, art. 8).

2. En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 § 3 d) du règlement, la requérante a manifesté le désir de participer à l'instance et a désigné son conseil (article 30).

3. La chambre à constituer comprenait de plein droit M. L.-E. Pettiti, juge élu de nationalité française (article 43[2] de la Convention) (art. 43), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 22 novembre 1990, celui-ci a tiré au sort le nom des sept autres membres, à savoir M. Thór Vilhjálmsson, Sir Vincent Evans, M. R. Macdonald, M. C. Russo, M. A. Spielmann, M. S.K. Martens et Mme E. Palm, en présence du greffier (articles 43 in fine de la Convention et 21 § 4 du règlement) (art. 43).

4. Ayant assumé la présidence de la chambre (article 21 § 5 du règlement), M. Ryssdal a consulté par l'intermédiaire du greffier l'agent du gouvernement français ("le Gouvernement"), la déléguée de la Commission et le représentant de la requérante au sujet de la nécessité d'une procédure écrite (article 37 § 1). Conformément à l'ordonnance rendue en conséquence, le greffier a reçu le mémoire de Mlle B. le 19 février 1991, celui du Gouvernement le 21 et les observations écrites de la déléguée de la Commission le 22 avril 1991.

---

[2] Note du greffier: tel que l'a modifié le Protocole n° 8 (P8), entré en vigueur le 1er janvier 1990.

5. Le 4 mars 1991, le président avait fixé au 25 septembre 1991 la date d'ouverture de la procédure orale après avoir recueilli l'opinion des comparants par les soins du greffier (article 38 du règlement).

6. Le 28 juin 1991, la chambre a décidé de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière (article 51).

7. Le 19 juillet, le Gouvernement a formulé des observations complémentaires et la Commission a produit les pièces de la procédure suivie devant elle, ainsi que le greffier l'y avait invitée sur les instructions du président.

8. Les débats se sont déroulés en public le jour dit, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, sous la présidence de M. le vice-président Cremona qui remplaçait M. Ryssdal, empêché (article 21 § 5, second alinéa).

Ont comparu:

- pour le Gouvernement

MM. J.-P. Puissochet, directeur des affaires  
juridiques au ministère des Affaires étrangères, agent,  
P. Titun, magistrat détaché à la direction  
des affaires juridiques du ministère des  
Affaires étrangères,  
D. Ponsot, magistrat détaché à la  
direction des affaires civiles et du Sceau du  
ministère de la Justice, conseils;

- pour la Commission

Mme J. Liddy, déléguée;

- pour la requérante

Me A. Lyon-Caen,  
Me F. Fabiani,  
Me F. Thiriez, tous trois avocats au Conseil d'Etat  
et à la Cour de cassation,  
Me A. Sevaux, avocate, conseils.

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, M. Puissochet pour le Gouvernement, Mme Liddy pour la Commission, Me Lyon-Caen et Me Fabiani pour la requérante.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPECE

9. Citoyenne française née en 1935 à Sidi Bel Abbès, en Algérie, la requérante fut déclarée de sexe masculin à l'officier de l'état civil, sous les prénoms de Norbert et Antoine.

#### A. La genèse de l'affaire

10. Aînée de cinq enfants, Mlle B. adopta dès son plus jeune âge un comportement féminin. Considérée par ses frères et soeurs comme une fille, elle se serait mal adaptée à un milieu scolaire ignorant toute mixité.

Elle accomplit en Algérie, en tant qu'homme, son service militaire, pendant lequel elle manifesta un comportement homosexuel.

Après s'être vouée pendant cinq ans à l'alphabétisation de jeunes Kabyles, elle quitta l'Algérie en 1963 et s'établit à Paris, où elle travailla dans un cabaret sous un pseudonyme.

11. Angoissée par sa féminité, elle souffrait de dépressions nerveuses qui culminèrent en 1967, époque à laquelle elle fut hospitalisée pendant un mois. Le médecin qui la soignait depuis 1963 observa une hypotrophie de ses organes génitaux masculins et prescrivit une hormonothérapie féminisante qui entraîna rapidement un développement mammaire et la féminisation de sa physionomie. La requérante adopta désormais un habillement féminin. En 1972, elle se soumit au Maroc à une intervention chirurgicale, consistant dans l'exérèse des organes génitaux externes et la création d'une cavité vaginale (paragraphe 18 ci-dessous).

12. Mlle B. vit aujourd'hui avec un homme qu'elle a rencontré peu avant son opération et qu'elle a immédiatement informé de sa situation. Elle ne se produit plus sur scène et les réactions d'hostilité qu'elle susciterait l'auraient empêchée de trouver un emploi.

#### B. L'action intentée par la requérante

##### 1. Devant le tribunal de grande instance de Libourne

13. Désireuse d'épouser son compagnon, Mlle B. assigna en justice le procureur de la République de Libourne le 18 avril 1978 pour voir

*«dire et juger que déclar[e] à l'état civil de son lieu de naissance du sexe masculin, [elle] présent[ait] en réalité une constitution féminine; dire et juger qu'[elle était] du sexe féminin; ordonner la rectification de son acte de naissance; dire qu'[elle] portera[it] désormais les prénoms de Lyne Antoinette».*

14. Le 22 novembre 1979, le tribunal de grande instance de Libourne la débouta pour les raisons ci-après:

*«(...)*

*Attendu qu'il ressort clairement du rapport des experts et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que [B.], correctement déclaré à sa naissance de sexe masculin, a évolué vers une morphologie, un habitus et un comportement féminins en raison semble-t-il d'une hypogénésie congénitale (...) et de tendances psychiques après traitement hormonal et opérations chirurgicales;*

*Qu'il apparaît ainsi que la mutation de sexe a été volontairement obtenue par des procédés artificiels;*

*Qu'il ne peut être fait droit à la demande de Norbert [B.] sans porter atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes;*

*(...).»*

## 2. Devant la cour d'appel de Bordeaux

15. La requérante ayant interjeté appel, la cour de Bordeaux confirma le jugement de première instance le 30 mai 1985. Elle déclara notamment:

*«(...) contrairement (...) à ce que soutient Monsieur [B.], son état actuel n'est pas "le résultat d'éléments irréversibles et innés préexistants à l'opération et d'une intervention chirurgicale commandée par les nécessités thérapeutiques" et l'on ne peut davantage considérer que lestraitements auxquels s'est volontairement soumis Monsieur [B.] aient abouti à la révélation du véritable sexe caché de l'intéressé, mais ils relèvent au contraire d'une volonté délibérée du sujet sans qu'aucun traitement autre ait été tenté et sans que ces interventions aient été impérativement commandées par l'évolution biologique de Monsieur [B.].*

*(...).»*

3. Devant la Cour de cassation

16. Mlle B. se pourvut en cassation. Son unique moyen était ainsi rédigé:

*«Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir débouté l'exposant de sa demande en rectification d'état civil,*

*Aux motifs que si, nonobstant le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, une modification peut intervenir lorsque la “nécessité irréversible et indépendante de l'individu y contraint”, ce qui peut être le cas des transsexuels vrais, celle-ci ne saurait être entérinée qu'après un long délai d'étude et de réflexion précédant la phase opératoire, pendant lequel une équipe médicale qualifiée pourra “acquérir progressivement la conviction que la situation est authentique et irréversible”; qu'en l'espèce (...) “aucune sorte de traitement psychologique ou psychiatrique n'a été tenté”; qu'“aucune observation prolongée n'a été faite par le premier médecin qui a prescrit un traitement hormonal, aucune garantie de cette même observation n'a été apportée avant l'intervention chirurgicale opérée à l'étranger”; que “le changement de sexe apparent n'a été obtenu que par la seule volonté de M. [B.], et il est évident que même après le traitement hormonal et l'intervention chirurgicale il continue à présenter les caractéristiques d'un sujet de sexe masculin dont l'aspect extérieur a été modifié par la grâce de la chirurgie esthétique et plastique”; qu'ainsi loin d'avoir abouti à la “révélation du véritable sexe caché de l'intéressé”, les traitements auxquels il s'est soumis relèvent d'une “volonté délibérée du sujet sans qu'aucun traitement autre ait été tenté et sans que ces opérations aient été impérativement commandées par l'évolution biologique de M. [B.]” (...);*

*Alors que l'identité sexuelle, droit fondamental de la personne, est constituée de composantes non seulement biologiques mais psychologiques; qu'en considérant comme inopérantes les interventions chirurgicales subies par un transsexuel pour mettre son anatomie en conformité avec son être, du seul fait qu'il n'en conservait pas moins ses caractéristiques génétiques et chromosomiques masculines, et abstraction faite de toute recherche — recherche que n'interdisait nullement l'absence de psychothérapie du sujet préalablement à l'intervention pratiquée compte tenu du rapport d'expertise judiciaire — d'un vécu psychologique opposé, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 99 du code civil.*

(...)>

Le mémoire ampliatif de la requérante débutait par la «*présentation*» suivante:

*«Une nouvelle occasion est ici donnée à la Cour de cassation de faire entrer les transsexuels dans la normalité, en leur accordant la rectification de leur état civil.*

*La solution est juridiquement possible puisque la Commission européenne des Droits de l'Homme a érigé en droit fondamental de la personne l'identité sexuelle.*

*Elle est humainement nécessaire afin que des êtres qui ne sont pas médicalement pervers, mais seulement victimes d'aberrations de la nature, puissent enfin vivre en harmonie avec eux-mêmes, et avec la société tout entière.»*

Il comportait en outre un développement relatif à la Convention:

*«VI. L'ordre juridique européen a rallié totalement cette thèse [admettant le droit du transsexuel à la reconnaissance de sa véritable identité], suppléant ainsi l'absence de texte législatif français en la matière.*

*La Commission européenne des Droits de l'Homme, saisie par un transsexuel qui avait vu sa demande rejetée par un arrêt définitif de la cour de Bruxelles, a estimé qu'en refusant de tenir compte des modifications licitement intervenues, l'Etat belge avait méconnu le respect dû à la vie privée du requérant au sens de l'article 8 § 1 (art. 8-1) de la Convention européenne des Droits de l'Homme; qu'en refusant de prendre en compte “l'identité sexuelle, telle qu'elle résulte de la morphologie modifiée, du psychisme du requérant, de son rôle social, (...) l'Etat belge avait traité l'intéressé comme un être ambigu, une apparence” (...)*

*C'est ce qui résulte d'un rapport en date du 1er mars 1979, qui reconnaît l'identité sexuelle comme un droit fondamental de la personne[3].*

*La France y a expressément souscrit puisqu'elle a publié une déclaration [d'acceptation] du droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l'Homme (...)*»

17. La première chambre civile de la Cour de cassation rejeta le pourvoi le 31 mars 1987, par les motifs que voici:

---

[3] Note du greffier: avis de la Commission dans l'affaire Van Oosterwijck c. Belgique, série B n° 36, p. 26, § 52.

*«Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que Norbert [B.] a présenté requête au tribunal de grande instance afin de faire juger qu'il était de sexe féminin, qu'il y avait lieu en conséquence de modifier son acte de naissance et de l'autoriser à porter désormais les prénoms de Lyne Antoinette; que l'arrêt confirmatif attaqué l'a débouté de son action;*

*Attendu que Norbert [B.] reproche à la cour d'appel (Bordeaux, 30 mai 1985) d'avoir ainsi statué alors que l'identité sexuelle est constituée non seulement de composantes biologiques mais aussi psychologiques, de sorte qu'en décidant sans procéder à aucune recherche sur son vécu psychologique, elle aurait privé sa décision de base légale;*

*Mais attendu que la juridiction du second degré constate que, même après le traitement hormonal et l'intervention chirurgicale auxquels il s'est soumis, Norbert [B.] continue de présenter les caractéristiques d'un sujet du sexe masculin; qu'elle a estimé que, contrairement à ce que soutient l'intéressé, son état actuel n'est pas le résultat d'éléments préexistants à l'opération et d'une intervention chirurgicale commandée par des nécessités thérapeutiques mais relève d'une volonté délibérée du sujet; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision; que le moyen ne peut donc être accueilli;*

(...)» (Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (Bull. civ.) I, 1987, n° 116, p. 87)

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Traitement médical

18. Les traitements hormonaux et chirurgicaux tendant à donner aux transsexuels les marques extérieures du sexe qu'ils souhaitent se voir reconnaître n'exigent aucune formalité juridique ni autorisation.

Autrefois pratiquées à l'étranger, les opérations chirurgicales peuvent avoir lieu en France depuis 1979, sous contrôle médical. Le conseil national de l'Ordre des médecins ne s'y oppose pas et la Sécurité sociale prend en charge les frais de certaines d'entre elles.

Les auteurs ou complices d'atteintes volontaires à l'intégrité physique d'un être humain encourent des sanctions pénales, mais les poursuites, bien que possibles, restent exceptionnelles en matière de transsexualisme.

## B. Etat civil

19. Les événements se produisant dans la vie des personnes et ayant une incidence sur leur état donnent lieu à une mention en marge de l'acte de naissance ou à une transcription sur celui-ci: reconnaissance d'un enfant naturel (article 62 du code civil), adoption (article 354), mariage (article 75), divorce (article 1082 du nouveau code de procédure civile), décès (article 79 du code civil). Les officiers de l'état civil sont invités à réserver des espaces suffisants à ces fins (article 3 du décret 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil).

### 1. L'accès aux actes de l'état civil

20. Aux termes de l'article 8, premier alinéa, du décret du 3 août 1962,

*«Les registres de l'état civil datant de moins de cent ans ne peuvent être directement consultés que par les agents de l'Etat habilités à cet effet et les personnes munies d'une autorisation écrite du procureur de la République.»*

21. Toutefois, *«La publicité des actes de l'état civil est assurée par la délivrance de copies intégrales ou d'extraits»* (même article, deuxième alinéa).

Les copies intégrales d'un acte de naissance ne peuvent être délivrées qu'à l'intéressé, ses ascendants ou descendants, son conjoint, son représentant légal, le procureur de la République ou toute personne autorisée par ce dernier (article 9, alinéas 1 et 3). En revanche, toute personne peut obtenir un extrait de l'acte de naissance d'un tiers (article 10).

Les mentions figurant sur l'extrait de naissance font l'objet de certaines restrictions. Ainsi, en cas d'adoption plénière pareil extrait ne doit contenir aucune référence au jugement d'adoption ni à la famille d'origine (article 12).

D'autre part, le décret du 26 septembre 1953 portant simplification des formalités administratives dispose que dans les procédures et instructions conduites par les administrations, services et établissements publics ou par les entreprises, les organismes et les caisses contrôlées par l'Etat, la présentation d'une fiche d'état civil remplace les extraits d'actes de l'état civil. Pareille fiche n'indique pas le sexe.

2. La rectification des actes de l'état civil et le changement de prénoms

a) Législation

22. La rectification des actes de l'état civil obéit aux dispositions suivantes:

Article 57 du code civil

*«L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant naturel, ou l'un d'eux, ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet.*

*Si l'acte dressé concerne un enfant naturel, l'officier de l'état civil en donnera, dans le mois, avis au juge du tribunal d'instance du canton de la naissance.*

*Les prénoms de l'enfant figurant dans son acte de naissance peuvent, en cas d'intérêt légitime, être modifiés par jugement du tribunal de grande instance prononcé à la requête de l'enfant ou, pendant la minorité de celui-ci, à la requête de son représentant légal. Le jugement est rendu et publié dans les conditions prévues aux articles 99 et 101 du présent code. L'adjonction de prénoms pourra pareillement être décidée.»*

Article 99 du code civil

(tel que l'a modifié le décret n° 81-500 du 12 mai 1981)

*«La rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal.*

*La rectification des jugements déclaratifs ou supplétifs d'actes de l'état civil est ordonnée par le tribunal.*

*La requête en rectification peut être présentée par toute personne intéressée ou par le procureur de la République; celui-ci est tenu d'agir d'office quand l'erreur ou l'omission porte sur une indication essentielle de l'acte ou de la décision qui en tient lieu.*

*Le procureur de la République territorialement compétent peut procéder à la rectification administrative des erreurs et omissions purement matérielles des actes de l'état civil; à cet effet, il donne directement les instructions utiles aux dépositaires des registres.»*

Article 1 de la loi du 6 fructidor an II

*«Aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance: ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre.»*

b) Jurisprudence

23. Nombre de tribunaux de grande instance (T.G.I.) et cours d'appel (C.A.) de France ont accueilli des demandes tendant à voir modifier, sur les registres de l'état civil, les mentions relatives au sexe et au prénom (voir, entre autres, T.G.I. d'Amiens, 4.3.1981; d'Angoulême, 18.1.1984; de Créteil, 22.10.1981; de Lyon, 31.1.1986; de Montpellier, 6.5.1985; de Nanterre, 16.10.1980 et 21.4.1983; de Niort, 5.1.1983; de Paris, 24.11.1981, 16.11.1982, 9.7.1985 et 30.11.1988; de Périgueux, 10.9.1991; de Saint-Etienne, 11.7.1979; de Strasbourg, 20.11.1990; de Thionville, 28.5.1986; de Toulouse, 25.5.1978; C.A. d'Agen, 2.2.1983; de Colmar, 15.5 et 30.10.1991; de Nîmes, 2.7.1984; de Paris, 22.10.1987; de Toulouse, 10.9.1991; de Versailles, 21.11.1984) ou au second seulement (T.G.I. de Lyon, 9.11.1990; de Metz, 6.6.1991; de Paris, 30.5.1990; de Saint-Etienne, 26.3.1980; C.A. de Bordeaux, 18.3.1991). Certains d'entre eux précisent que la modification de l'état civil ne revêtira pas un caractère rétroactif, afin de ne pas porter atteinte aux actes et situations juridiques antérieurs. La grande majorité de ces décisions ont acquis force de chose jugée, le ministère public n'ayant pas utilisé les voies de recours qui s'offraient à lui.

D'autres juridictions du fond ont toutefois statué dans le sens opposé (voir notamment T.G.I. de Bobigny, 18.9.1990 et de Paris, 7.12.1982; C.A. de Bordeaux, 13.6.1972 et 5.3.1987; de Lyon, 19.11.1987; de Nancy, 5.4.1973, 13.4.1977 et 22.4.1982; de Nîmes, 10.3 et 7.6.1986, 7.5 et 2.7.1987; de Rouen, 8.10.1986 et 26.10.1988).

24. Quant à la Cour de cassation, de 1975 au 31 mai 1990 elle a eu l'occasion de statuer une douzaine de fois en la matière.

Dans deux arrêts du 16 décembre 1975 (Bull. civ. I, n° 374, p. 312, et n° 376, p. 313; Recueil Dalloz Sirey (D.S.) 1976, p. 397, note Lindon; Juris-Classeur périodique (J.C.P.) 1976, II, 18503, note Penneau), elle a exclu toute possibilité de prendre en considération une modification des attributs du sexe consécutive à un traitement hormonal et chirurgical auquel l'intéressé s'était délibérément soumis (1er arrêt), mais elle a laissé entendre que les juges du fond pourraient tenir compte d'un changement morphologique involontaire consécutif à un traitement pratiqué dans un camp de concentration pendant la Seconde Guerre mondiale (2e arrêt).

Le 30 novembre 1983 (Bull. civ. I, n° 284, p. 253; D.S. 1984, p. 165, note Edelman; J.C.P. 1984, II, 20222, conclusions de M. l'avocat général Sadon), elle a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt qui avait refusé d'admettre le changement de sexe malgré un rapport médical favorable, car *«la cour d'appel a[vait] relevé qu'en dépit des opérations auxquelles elle s'était soumise, Nadine V. n'était pas du sexe masculin»*.

La Cour de cassation a rendu deux autres arrêts les 3 et 31 mars 1987 (Bull. civ. I, n° 79, p. 59, et n° 116, p. 87; D.S. 1987, p. 445, note Jourdain). Le second concerne la présente affaire (paragraphe 17 ci-dessus). Dans le premier, elle a eu à se prononcer sur la situation d'un transsexuel marié et père d'un enfant. Tout en reconnaissant que génétiquement celui-ci restait un homme, la cour d'appel de Nîmes avait ordonné, le 2 juillet 1984, la rectification de son acte de naissance et la modification des prénoms. Sur pourvoi du ministère public, la Cour de cassation a censuré l'arrêt car les constatations y figurant ne démontraient pas l'existence d'un changement de sexe par l'effet d'une cause étrangère à la volonté de l'intéressé.

Les 7 mars 1988 (Bull. civ. I, n° 176, p. 122), 7 juin 1988 (Gazette du Palais (G.P.) des 7-8 juin 1989, jurisprudence, p. 4) et 10 mai 1989 (Bull. civ. I, n° 189, p. 125), elle a repoussé les pourvois de transsexuels n'ayant volontairement suivi que des traitements hormonaux: la cour d'appel avait constaté le caractère volontaire desdits traitements et pu estimer insuffisantes les considérations psychologiques et sociales invoquées.

Le 21 mai 1990, la Cour de cassation a réservé le même sort à quatre pourvois (J.C.P. 1990, II, 21588, avec le rapport de M. Massip et les conclusions de Mme l'avocat général Flipio). Elle a déclaré notamment:

*«(...) le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé; (...)»*

Le quatrième pourvoi reprochait à la cour d'appel de *«n'avoir pas non plus recherché si, à défaut d'une rectification du sexe, il n'y avait pas lieu, à tout le moins, d'accueillir la substitution de prénoms demandée»*. La Cour suprême a répondu que la requérante *«n'a[vait] demandé devant la cour d'appel le changement de ses prénoms que comme conséquence du changement de sexe dont elle se prévalait»* et qu'elle *«n'a[vait] pas soutenu avoir un intérêt légitime au sens de l'article 57, alinéa 3, du code civil à ce que ses prénoms [fussent] modifiés même si ce changement de sexe n'était pas reconnu»*. Elle rejeta donc le moyen, le considérant comme nouveau.

## C. Documents

### 1. Les documents administratifs

#### a) Les pièces d'identité

25. En règle générale, les documents administratifs délivrés aux personnes physiques n'indiquent pas le sexe: carte nationale traditionnelle d'identité, passeport classique, permis de conduire, carte d'électeur, fiches de nationalité, etc.

Toutefois, les nouvelles cartes d'identité informatisées le mentionnent afin de permettre l'identification de l'individu par la machine et de tenir compte de l'existence de prénoms ambivalents. Il en va de même des passeports de modèle "communautaire", appelés à remplacer progressivement les passeports "nationaux".

#### b) Le numéro de l'I.N.S.E.E.

26. L'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) attribue à toute personne un numéro, qui contient en tête un chiffre spécifique quant au sexe (1 pour le sexe masculin, 2 pour le sexe féminin) et figure dans le répertoire national d'identification des personnes physiques. La Sécurité sociale reprend ce numéro et le complète pour chaque assuré.

Le droit d'utiliser le numéro en question se trouve réglementé par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Par son article 8, elle subordonne à une autorisation par décret en Conseil d'Etat, adopté après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le recours au répertoire à des fins de traitement nominatif. Le décret n° 82-103 du 22 janvier 1982 relatif audit répertoire dispose qu'«*En dehors des cas expressément prévus par la loi, le répertoire ne peut servir à des fins de recherches de personnes*» (article 7).

Dans un avis de juin 1981, la CNIL a défini les grandes lignes de la doctrine qu'elle comptait suivre dans le contrôle de l'utilisation du répertoire et du numéro d'inscription à celui-ci. Elle a depuis lors donné des avis défavorables ou obtenu le retrait du numéro dans de nombreux cas concernant notamment le fisc et l'éducation nationale. En revanche, elle en a approuvé l'emploi pour contrôler l'identité des individus dans le cadre de la gestion automatisée du casier judiciaire et du fichier central des chèques de la Banque de France. Un décret du 11 avril 1985 a également autorisé la Sécurité sociale à se servir du numéro d'inscription au répertoire. La CNIL a aussi admis, lors de l'élaboration de plusieurs normes relatives à la paie du personnel, l'usage du numéro comme moyen de correspondre avec les organismes de sécurité sociale.

## 2. Les documents privés

27. Aucun texte n'impose aux établissements bancaires et postaux d'apposer la mention "Madame", "Mademoiselle" ou "Monsieur" sur la formule de chèque, mais en pratique elle y figure d'ordinaire. Chacun peut cependant exiger de n'y voir apparaître que ses nom et prénoms.

28. Quant aux factures, elles doivent comporter le nom des personnes qu'elles concernent mais peuvent ne pas indiquer le sexe (article 3 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986).

## **PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION**

29. Dans sa requête du 28 septembre 1987 à la Commission (n° 13343/87), Mlle B. se plaignait du refus des autorités françaises de reconnaître sa véritable identité sexuelle et notamment de lui accorder la modification d'état civil qu'elle sollicitait. Elle invoquait les articles 3, 8 et 12 (art. 3, art. 8, art. 12) de la Convention.

30. La Commission a retenu la requête le 13 février 1990 à l'exception du grief tiré de l'article 12 (art. 12), qu'elle a rejeté pour non-épuisement des voies de recours internes. Dans son rapport du 6 septembre 1990 (article 31) (art. 31), elle conclut à la violation de l'article 8 (art. 8) (dix-sept voix contre une), mais non de l'article 3 (art. 3) (quinze voix contre trois).

Le texte intégral de son avis et de l'opinion dissidente dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt[4].

## **CONCLUSIONS PRESENTEES A LA COUR**

31. A l'audience, le Gouvernement a confirmé les conclusions de son mémoire. Il y invitait la Cour à «rejeter [la] requête» pour non-épuisement des voies de recours internes, «*au surplus et en tout état de cause*», pour tardiveté (article 26 in fine de la Convention) (art. 26) et, «*à titre purement subsidiaire*», pour défaut de fondement.

---

[4] Note du greffier: pour des raisons d'ordre pratique il n'y figurera que dans l'édition imprimée (volume 232-C de la série A des publications de la Cour), mais chacun peut se le procurer auprès du greffe.

32. Quant à la requérante, elle a demandé à la Cour, dans son mémoire, de
- «- constater que l'Etat français a violé à son endroit les dispositions de l'article 8 § 1 (art. 8-1) de la Convention (...);*
- condamner l'Etat français à lui verser la somme de 1.000.000 francs français (f.) en application de l'article 50 (art. 50) de la Convention (...) et la somme de 35.000 f. au titre des frais et dépens qu'elle a été contrainte d'exposer tant devant la Cour de cassation que devant la Commission et les instances européennes.»*

## **EN DROIT**

### **I. SUR LES QUESTIONS DE COMPETENCE ET DE RECEVABILITE SOULEVEES EN L'ESPECE**

33. Aux termes de l'article 26 (art. 26) de la Convention,
- «La Commission ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus et dans le délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive».*

Le Gouvernement soulève deux exceptions d'irrecevabilité tirées, la première du non-épuisement des voies de recours internes, la seconde de la tardiveté de la requête.

#### **A. Sur la compétence de la Cour pour connaître des exceptions préliminaires du Gouvernement**

34. La Commission demande à la Cour de les déclarer irrecevables. Elle n'oublie pas que la Cour, depuis son arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971 (série A n° 12, pp. 29-30, §§ 47-52), examine les exceptions présentées sur le terrain de l'article 26 (art. 26) et qu'il lui arrive de les accueillir (arrêt *Van Oosterwijck c. Belgique* du 6 novembre 1980, série A n° 40, pp. 5-31). Elle note toutefois que plusieurs juges ont exprimé sur ce point des opinions dissidentes, dès l'origine (arrêt précité du 18 juin 1971, pp. 49-58) et depuis lors (arrêts *Brozicek c. Italie* du 19 décembre 1989, série A n° 167, pp. 23-28, et *Cardot c. France* du 19 mars 1991, série A n° 200, pp. 23-24).

Selon elle, la jurisprudence de la Cour en la matière entraîne deux conséquences importantes: elle alourdirait la procédure des organes de la Convention et créerait une nouvelle inégalité entre gouvernement et requérant car ce dernier ne peut recourir contre une décision d'irrecevabilité prise par la Commission.

35. La requérante ne se prononce pas. Quant au Gouvernement, il déclare maintenir ses exceptions eu égard à l'«*attitude claire et constante*» de la Cour en la matière.

36. La Cour a examiné la thèse de la Commission, mais en l'état elle n'aperçoit pas de raison d'abandonner une jurisprudence qu'elle n'a cessé de suivre depuis une vingtaine d'années et qui se reflète dans des dizaines d'arrêts. Elle note en particulier que les arguments avancés coïncident en substance avec ceux que la Commission avait soulevés dans l'affaire De Wilde, Ooms et Versyp (série B n° 10, pp. 209-213, 214 et 258-263) et que l'arrêt précité du 18 juin 1971 n'avait pas retenus.

Elle s'estime donc compétente pour connaître des exceptions préliminaires du Gouvernement.

B. Sur le bien-fondé des exceptions préliminaires du Gouvernement

1. Sur le non-épuisement des voies de recours internes

37. D'après le Gouvernement, la requérante aurait dû invoquer la Convention déjà devant les juges du fond et non pas seulement, pour la première fois, dans son pourvoi en cassation. Articulé à un stade aussi tardif, son moyen était irrecevable.

38. La requérante répond que le principe de l'interdiction des moyens nouveaux devant la Cour de cassation ne s'applique pas aux moyens d'ordre public, de pur droit ou révélés par la décision attaquée; en outre, les parties seraient recevables à se prévaloir de tout argument de droit nouveau. Or le point de savoir si la motivation de l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux ne se heurtait pas à la Convention rentrerait dans cette catégorie.

39. La Cour constate, avec la Commission, que devant le tribunal de grande instance de Libourne puis la cour d'appel de Bordeaux, l'intéressée se plaignait en substance d'une violation de son droit au respect de sa vie privée (voir notamment, mutatis mutandis, l'arrêt Guzzardi c. Italie du 6 novembre 1980, série A n° 39, pp. 25-27, §§ 71-72). Sans doute ne s'appuyait-elle pas, à l'époque, sur la Convention, mais une référence explicite ne constituait pas pour elle l'unique moyen d'atteindre le but poursuivi: de nombreuses décisions de juges du fond, rendues sur la seule base de textes de droit français, l'autorisaient à espérer obtenir gain de cause (paragraphe 23 ci-dessus), en quoi sa situation différait de celle de M. Van Oosterwijck (arrêt précité, série A n° 40, pp. 16-17, §§ 33-34).

De plus, la Cour de cassation ne déclara pas le moyen irrecevable parce que nouveau: elle le rejeta pour défaut de fondement (paragraphe 17 ci-dessus); Mlle B. le souligne à juste titre.

Il échet donc d'écarter l'exception de non-épuisement des voies de recours internes.

## 2. Sur la tardiveté de la requête

40. En ordre subsidiaire, le Gouvernement arguë de la tardiveté de la requête. Selon lui, l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux reposait uniquement sur des motifs de fait, de sorte qu'en tout cas le pourvoi en cassation n'avait aucune chance d'aboutir. Partant, le délai de six mois visé à l'article 26 (art. 26) in fine aurait commencé à courir dès le 30 mai 1985, date dudit arrêt, et la requérante ne l'aurait pas respecté.

41. Pour Mlle B. au contraire, on ne saurait affirmer a priori l'inefficacité d'un pourvoi sous prétexte que les juges du fond ont statué «*en fait*»; la Cour de cassation avait compétence pour contrôler la rectitude des principes juridiques retenus par la cour d'appel pour exclure la prise en compte d'un changement de sexe.

42. La Cour relève que l'intéressée présentait à la Cour de cassation un moyen de droit relatif à l'article 8 (art. 8) et invoquant l'avis de la Commission dans l'affaire Van Oosterwijck (série B n° 36, pp. 23-26, §§ 43-52). D'autre part, il n'existait à l'époque aucune jurisprudence constante qui révélât par avance l'inanité du recours de la requérante.

Au demeurant, le pourvoi en cassation figure parmi les voies de recours à épuiser en principe pour se conformer à l'article 26 (art. 26). A supposer même qu'il fût probablement voué à l'échec en l'espèce, son introduction ne constituait donc pas une initiative futile; partant, elle a eu à tout le moins pour effet de reporter le point de départ du délai de six mois.

En conclusion, il y a lieu d'écarter aussi l'exception de tardiveté.

## II. SUR LE FOND

### A. Sur la violation alléguée de l'article 8 (art. 8)

43. Selon la requérante, le refus de reconnaître sa véritable identité sexuelle enfreint l'article 8 (art. 8) de la Convention, ainsi libellé:

*«1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.»*

2. *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»*

Faute de consentir à corriger la mention de son sexe tant sur le registre de l'état civil que sur ses pièces officielles d'identité, les autorités françaises la contraindraient à révéler à des tiers des informations d'ordre intime et personnel; elle rencontrerait aussi de grandes difficultés dans sa vie professionnelle.

44. La notion de “respect” inscrite à l'article 8 (art. 8), la Cour le rappelle d'emblée, manque de netteté. Il en va surtout ainsi quand il s'agit, comme en l'occurrence (arrêts Rees et Cossey c. Royaume-Uni des 17 octobre 1986 et 27 septembre 1990, série A n° 106, p. 14, § 35, et n° 184, p. 15, § 36), des obligations positives qu'elle implique, ses exigences variant beaucoup d'un cas à l'autre selon les pratiques suivies et les conditions régnant dans les Etats contractants. Pour déterminer s'il existe une telle obligation, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (voir notamment l'arrêt Cossey précité, p. 15, § 37).

45. Selon Mlle B., on ne saurait considérer sa requête comme identique, en substance, à celles de M. Rees et de Mlle Cossey, dont la Cour a eu à connaître précédemment.

Tout d'abord, elle s'appuierait sur des éléments scientifiques, juridiques et sociaux nouveaux.

En outre, il existerait en la matière une différence fondamentale entre la France et l'Angleterre quant à leur législation et à l'attitude de leurs pouvoirs publics.

Dès lors, l'application même des critères retenus dans les arrêts précités des 17 octobre 1986 et 27 septembre 1990 devrait amener à condamner la France dont le droit, contrairement à celui de l'Angleterre, irait jusqu'à méconnaître l'apparence que les transsexuels se donnent légitimement.

La requérante invite d'autre part la Cour à pousser son analyse plus avant que dans les deux affaires susmentionnées: elle souhaite voir juger qu'un Etat contractant viole l'article 8 (art. 8) s'il nie de manière générale la réalité du sexe psychosocial des transsexuels.

### 1. Sur l'évolution scientifique, juridique et sociale

46. a) Dans son arrêt Cossey, la Cour a déclaré «*n'a[voir] connaissance d'aucun progrès scientifique significatif accompli*» depuis son arrêt Rees: «*il demeur[ait] vrai, notamment (...), qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîn[ait] pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé*» (loc. cit., p. 16, § 40).

Or, d'après la requérante, la science paraît apporter deux éléments nouveaux dans le débat relatif au contraste entre l'apparence (sexe somatique transformé, sexe gonadique «*bricolé*») et la réalité (sexe chromosomique inchangé mais sexe psychosocial opposé) du sexe des transsexuels: d'un côté, le critère chromosomique n'aurait rien d'infaillible (cas des personnes pourvues de testicules intra-abdominaux dit féminisants, ou dotées de chromosomes XY malgré leurs dehors féminins); de l'autre, les recherches en cours donneraient à penser que l'ingestion de certaines substances à un stade donné de la grossesse, ou dans les premiers jours de la vie, déterminerait un comportement transsexuel et que le transsexualisme pourrait découler d'une anomalie chromosomique. Le phénomène pourrait donc avoir une explication non seulement psychique, mais matérielle, si bien que l'on ne saurait invoquer aucun prétexte pour refuser d'en tenir compte sur le plan du droit.

b) En ce qui concerne les aspects juridiques du problème, Mlle B. s'appuie sur l'opinion dissidente du juge Martens, jointe à l'arrêt Cossey (série A n° 184, pp. 35-36, § 5.5): les dissemblances qui subsistent entre les Etats membres du Conseil de l'Europe quant à l'attitude à adopter envers les transsexuels (ibidem, p. 16, § 40) seraient, de plus en plus, contrebalancées par l'évolution de la législation et de la jurisprudence de nombre de ces Etats. Des résolutions et recommandations de l'Assemblée du Conseil de l'Europe et du Parlement européen iraient dans le même sens.

c) L'intéressée souligne enfin la rapidité des mutations sociales que connaissent les Etats européens et la diversité des cultures représentées par ceux d'entre eux qui ont adapté leur droit à la situation des transsexuels.

47. Le Gouvernement ne conteste pas qu'au XXe siècle, et surtout au cours des trente dernières années, la science a réalisé des avancées considérables dans l'utilisation des hormones sexuelles, tout comme en chirurgie plastique et prothésique, et que la question de l'identité sexuelle reste en pleine évolution sur le plan médical. Néanmoins, les transsexuels conserveraient leur sexe chromosomique d'origine; on ne réussirait à modifier que leur apparence. Or le droit devrait s'attacher à la réalité. En outre, on ne saurait banaliser des opérations qui présentent des dangers certains.

Les droits nationaux évolueraient eux aussi et beaucoup d'entre eux auraient déjà changé, mais les nouvelles lois ainsi promulguées ne consacraient pas des solutions identiques.

Bref, on se trouverait dans une période de flottement juridique, moral et social.

48. La Cour estime indéniable que les mentalités ont évolué, que la science a progressé et que l'on attache une importance croissante au problème du transsexualisme.

Elle note cependant, à la lumière des études et travaux entrepris par des experts en la matière, que toute incertitude n'a pas disparu quant à la nature profonde du transsexualisme et que l'on s'interroge parfois sur la licéité d'une intervention chirurgicale en pareil cas. Les situations juridiques qui en résultent se révèlent en outre très complexes: questions de nature anatomique, biologique, psychologique et morale liées à la transsexualité et à sa définition; consentement et autres exigences à remplir avant toute opération; conditions dans lesquelles peut être autorisé un changement d'identité sexuelle (validité, présupposés scientifiques et répercussions juridiques du recours à la chirurgie, aptitude à vivre avec la nouvelle identité sexuelle); aspects internationaux (lieu de l'intervention); effets juridiques, rétroactifs ou non, de pareil changement (rectification des actes de l'état civil); possibilité de choisir un autre prénom; confidentialité des documents et renseignements relatant le changement; incidences d'ordre familial (droit de se marier, sort d'un mariage existant, filiation), etc. A ces divers égards, il ne règne pas encore entre les Etats membres du Conseil de l'Europe un consensus assez large pour amener la Cour à des conclusions opposées à celles de ses arrêts Rees et Cossey.

## 2. Sur les différences entre les système français et anglais

49. Selon la requérante, le sort des transsexuels apparaît, à l'examen, beaucoup plus dur en France qu'en Angleterre sur une série de points. La Commission souscrit en substance à cette opinion.

50. Pour le Gouvernement au contraire, la Cour ne saurait s'écarter, dans le cas de la France, de la solution adoptée par ses arrêts Rees et Cossey. Sans doute la requérante peut-elle subir, dans son existence quotidienne, des «*distorsions*» propres à la gêner, mais elles ne revêteraient pas une gravité suffisante pour enfreindre l'article 8 (art. 8). A aucun moment les autorités françaises n'auraient dénié aux transsexuels le droit de mener leur vie à leur guise. L'histoire de l'intéressée en fournirait la preuve: nonobstant son état civil masculin, Mlle B. aurait réussi à passer pour une femme. Du reste, un transsexuel souhaitant que les tiers ignorent son sexe biologique se trouverait dans une situation analogue à celle d'une personne désireuse de préserver d'autres éléments de son intimité (âge, revenus, domicile, etc.).

En outre, et d'une manière générale, la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants porterait sur le choix tant des critères d'acceptation d'un changement de sexe que des mesures d'accompagnement dans l'hypothèse d'un refus.

51. La Cour constate d'emblée qu'il existe entre la France et l'Angleterre des différences sensibles quant à leur droit et à leur pratique en matière d'état civil, de changement de prénoms, d'emploi de pièces d'identité, etc. (paragraphe 19-22 et 25 ci-dessus, à rapprocher du paragraphe 40 de l'arrêt Rees précité). Elle recherchera ci-après les conséquences qui peuvent en résulter en l'espèce sur le terrain de la Convention.

a) L'état civil

i) La rectification des actes de l'état civil

52. La requérante trouve d'autant plus condamnable le rejet de sa demande de rectification de son acte de naissance que la France ne peut, à l'égal du Royaume-Uni, se prévaloir d'obstacles majeurs liés au système en vigueur.

A propos de l'organisation de l'état civil en Angleterre, la Cour aurait relevé que les registres avaient pour objet non de noter l'identité actuelle d'un individu, mais de relater un fait historique et que leur caractère public rendrait illusoire la protection de la vie privée si l'on consentait à les remanier ou compléter après coup de la sorte (arrêt Rees précité, série A n° 106, pp. 17-18, § 42). Or il n'en irait pas de même en France. Les actes de naissance auraient vocation à être mis à jour tout au long de la vie de la personne concernée (paragraphe 19 ci-dessus); on pourrait donc fort bien y signaler un jugement ordonnant de modifier l'indication du sexe d'origine. En outre, seuls y auraient directement accès les agents de l'Etat habilités à cet effet et les personnes munies d'une autorisation du procureur de la République; leur publicité serait assurée par la délivrance de copies intégrales ou d'extraits. Partant, l'Etat français pourrait accueillir la revendication de la requérante sans réforme législative; un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation y suffirait.

53. D'après le Gouvernement, la jurisprudence française en la matière n'est pas figée; le droit semble traverser une phase de transition.

54. Pour la Commission, le Gouvernement ne présente aucun argument donnant à penser que la Cour de cassation accepterait de voir porter au registre de l'état civil le changement de sexe d'un transsexuel. En l'espèce, elle a rejeté le pourvoi au motif que la situation de la requérante découlait de son choix délibéré et non de données antérieures à l'opération.

55. La Cour commence par relever que rien n'aurait empêché, après jugement, d'introduire dans l'acte de naissance de Mlle B., sous une forme ou une autre, une mention destinée sinon à corriger, à proprement parler, une véritable erreur initiale, du moins à refléter la situation présente de l'intéressée. Du reste, de nombreuses juridictions de première instance et d'appel ont déjà ordonné pareille insertion dans le cas d'autres transsexuels et le ministère public n'a presque jamais attaqué de telles décisions, désormais définitives dans leur grande majorité (paragraphe 23 ci-dessus). Quant à la Cour de cassation, sa doctrine va dans le sens opposé mais elle pourrait évoluer (paragraphe 24 ci-dessus).

La requérante, il est vrai, a subi son intervention chirurgicale à l'étranger, sans bénéficier de toutes les garanties médicales et psychologiques désormais exigées en France. L'opération n'en a pas moins entraîné l'abandon irréversible des marques extérieures du sexe d'origine de Mlle B. La Cour estime que la détermination dont a témoigné l'intéressée constitue, dans les circonstances de la cause, un élément assez important pour entrer en ligne de compte, avec d'autres, sur le terrain de l'article 8 (art. 8).

ii) Le changement de prénoms

56. La requérante rappelle que la loi du 6 fructidor an II (paragraphe 22 ci-dessus) interdit à tout citoyen de porter un nom ou prénom différents de ceux qui figurent sur son acte de naissance. Au regard de la loi elle se prénommerait donc Norbert; toutes ses pièces d'identité (carte d'identité, passeport, carte d'électeur, etc.), ses chèquiers et son courrier officiel (téléphone, impôts, etc.) la désigneraient ainsi. Quant à la possibilité de changer de prénom, elle ne dépendrait pas comme au Royaume-Uni de sa seule volonté: l'article 57 du code civil la subordonne à une autorisation judiciaire et à la démonstration d'un «*intérêt légitime*» propre à la justifier (paragraphe 22 ci-dessus). Or Mlle B. ne connaîtrait aucune décision qui ait vu dans le transsexualisme la source d'un tel intérêt. De toute manière, le tribunal de grande instance de Libourne puis la cour d'appel de Bordeaux avaient refusé de lui attribuer les prénoms de Lyne Antoinette (paragraphe 13-15 ci-dessus). Enfin, le statut des appellations d'usage serait fort incertain.

La Commission souscrit en substance à cette thèse.

57. Selon le Gouvernement au contraire, il existe en la matière une jurisprudence positive, abondante et soutenue par le parquet. Elle se bornerait à exiger le choix d'un prénom «*neutre*» comme Claude, Dominique ou Camille; or la requérante avait demandé des prénoms exclusivement féminins.

D'autre part, beaucoup de personnes se serviraient couramment d'un «*prénom d'usage*» différent de celui que consigne leur acte de naissance. Le Gouvernement concède pourtant que cette pratique n'a aucune valeur légale.

58. Les jugements et arrêts communiqués à la Cour par le Gouvernement montrent bien que la non-reconnaissance du changement de sexe n'empêche pas forcément l'individu concerné d'obtenir un nouveau prénom destiné à mieux refléter son apparence physique (paragraphe 23 ci-dessus).

Toutefois, cette jurisprudence ne se trouvait pas établie à l'époque où ont statué le tribunal de Libourne et la cour de Bordeaux; en réalité, elle paraît ne l'être pas même aujourd'hui car la Cour de cassation semble n'avoir jamais eu l'occasion de la confirmer. En outre, elle n'ouvre qu'une porte fort étroite: le choix entre les quelques rares prénoms neutres. Quant aux prénoms d'usage, ils ne jouissent d'aucune consécration juridique.

En conclusion, la Cour estime que le refus d'accorder à la requérante le changement de prénom souhaité par elle constitue lui aussi un élément pertinent sous l'angle de l'article 8 (art. 8).

b) Les documents

59. a) La requérante souligne que les documents officiels indiquant le sexe se multiplient: extraits de naissance, cartes d'identité informatisées, passeport des Communautés européennes, etc. Partant, un transsexuel ne saurait franchir une frontière, subir un contrôle d'identité ou accomplir l'une des multiples démarches de la vie quotidienne qui impliquent une justification d'identité, sans révéler la discordance entre son sexe légal et son sexe apparent.

b) La mention du sexe se trouverait aussi sur toutes les pièces où apparaît le numéro d'identification attribué à chacun par l'I.N.S.E.E. (paragraphe 26 ci-dessus). Or ce numéro serait d'un usage systématique dans les rapports entre les caisses de sécurité sociale, les employeurs et les assurés; il figurerait en conséquence sur les bordereaux de versement des cotisations et sur les feuilles de paye. Un transsexuel ne pourrait donc cacher sa situation à un employeur potentiel et à son personnel administratif, ni dans les multiples occasions de la vie quotidienne où l'on doit prouver la réalité et le montant de son salaire (conclusion d'un bail, ouverture d'un compte en banque, demande de crédit, etc.). Des difficultés en résulteraient pour l'insertion sociale et professionnelle des transsexuels. Mlle B. en aurait elle-même été la victime. Le numéro de l'I.N.S.E.E. servirait également pour la tenue, par la Banque de France, de la liste des chèques volés ou sans provision.

c) Enfin, la requérante traverserait des épreuves quotidiennes dans sa vie économique en ce que ses factures et ses chèques indiqueraient son sexe d'origine en sus des nom et prénoms.

60. La Commission souscrit en substance à la thèse de l'intéressée. D'après elle, celle-ci subit, en raison de la nécessité fréquente de révéler à des tiers des éléments relatifs à sa vie privée, des perturbations trop graves pour que le respect des droits d'autrui puisse les justifier.

61. Le Gouvernement répond d'abord que la fiche d'état civil et de nationalité française, le permis de conduire, la carte d'électeur et la carte nationale d'identité traditionnelle ne signalent pas le sexe.

Sans doute n'en va-t-il pas de même du passeport communautaire, mais sa création découle de règlements de Bruxelles; il ne s'agit donc pas d'une obligation de source française. Au demeurant, la requérante jouirait de la liberté de circulation indépendamment de son identité sexuelle et certains des exemples qu'elle cite manqueraient de pertinence; ainsi, la déclaration d'un accident automobile ou d'un autre sinistre n'exigerait nullement l'indication du sexe de l'assuré.

Quant au numéro de l'I.N.S.E.E., créé après la Deuxième Guerre mondiale à des fins de statistique démographique, on l'aurait utilisé par la suite pour identifier les bénéficiaires de prestations de la Sécurité sociale française. Il ne servirait guère qu'à cela et ne figurerait ni sur les cartes d'identité, ni sur les passeports ou autres documents administratifs. De toute manière, les organismes publics auxquels on le communique seraient tenus au secret. Les employeurs, eux, auraient besoin de le connaître pour acquitter une partie des cotisations sociales de leurs salariés.

A ce sujet, le Gouvernement exprime l'opinion que si Mlle B. n'a pu trouver un travail rémunéré en dehors du monde du spectacle, la chose peut s'expliquer par beaucoup d'autres raisons que sa qualité de transsexuelle; nombre de transsexuels exerceraient d'autres professions également honorables. Bien mieux: l'article 416-1 du code pénal réprimerait toute discrimination à l'embauche fondée sur le sexe ou les moeurs de l'intéressé; or aucun transsexuel ne l'aurait jamais invoqué.

Rien n'empêcherait non plus de demander aux banques que seuls apparaissent sur les chèques les nom et prénoms du tireur, non précédés de "M.", "Mme" ou "Mlle" (paragraphe 27 ci-dessus), et elles ne vérifieraient pas la concordance des prénoms indiqués avec ceux qui figurent à l'état civil. De même, les factures ne mentionneraient pas d'ordinaire le sexe ni les prénoms du client, mais uniquement son nom (paragraphe 28 ci-dessus). Les transsexuels disposeraient ainsi des moyens de préserver leur vie privée.

62. La Cour ne juge pas cette thèse convaincante. Avec la Commission, elle estime que les inconvénients dont la requérante se plaint dans le domaine en question atteignent un degré de gravité suffisant pour entrer en ligne de compte aux fins de l'article 8 (art. 8).

c) Conclusion

63. La Cour en arrive ainsi à conclure, sur la base des éléments susmentionnés qui distinguent le présent litige des affaires Rees et Cossey, et sans avoir besoin d'examiner les autres arguments de la requérante, que celle-ci se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (paragraphe 44 ci-dessus), donc infraction à l'article 8 (art. 8).

Plusieurs moyens d'y remédier s'offrent au choix de l'Etat défendeur; la Cour n'a pas à lui indiquer le plus adéquat (voir notamment les arrêts Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 25, § 58, et Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 15, § 26).

B. Sur la violation alléguée de l'article 3 (art. 3)

64. Devant la Commission, Mlle B. se prétendait aussi victime d'un traitement juridique à la fois inhumain et dégradant au sens de l'article 3 (art. 3).

Elle n'a plus formulé ce grief depuis lors et la Cour ne juge pas nécessaire de traiter la question d'office.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50 (art. 50)

65. Aux termes de l'article 50 (art. 50),

*«Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable».*

A. Domage

66. La requérante revendique d'abord 1.000.000 f. pour les préjudices moral et matériel qu'elle aurait subis. Le premier résulterait du sort que lui réserve le droit français; le second découlerait des troubles dans ses conditions d'existence, dus en particulier au fait qu'elle n'aurait jamais pu occuper un emploi de crainte d'avoir à révéler son identité sexuelle telle qu'elle figure dans les actes de l'état civil.

D'après le Gouvernement, elle n'a pas établi l'existence de pareils dommages et sollicite un montant exorbitant. Si la Cour relevait une infraction à l'article 8 (art. 8), son arrêt fournirait une satisfaction équitable suffisante.

La déléguée de la Commission, elle, ne prend pas position.

67. La Cour considère que Mlle B. a moralement souffert de la situation jugée par le présent arrêt contraire à la Convention. Statuant en équité comme le veut l'article 50 (art. 50), elle lui alloue 100.000 f. de ce chef.

Elle écarte en revanche les prétentions relatives à un préjudice matériel. L'intéressée a longtemps exercé une activité professionnelle et en France nombre de transsexuels occupent un emploi. Bien que réelle, la difficulté de trouver du travail, en raison de la nécessité de dévoiler sa condition, n'est dès lors pas insurmontable.

#### B. Frais et dépens

68. La requérante réclame en outre 35.000 f. au titre des frais et dépens qu'elle a exposés devant la Cour de cassation (10.000 f.) puis devant les organes de la Convention (25.000 f.).

Le Gouvernement laisse à la Cour le soin d'apprécier la demande en fonction des critères se dégageant de sa jurisprudence. Quant à la déléguée de la Commission, elle ne se prononce pas.

69. Sur la base desdits critères, la Cour estime que l'Etat défendeur doit rembourser à l'intéressée l'intégralité de la somme en question.

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. Dit, par seize voix contre cinq, qu'elle a compétence pour connaître des exceptions préliminaires du Gouvernement;
2. Les rejette à l'unanimité;
3. Dit, par quinze voix contre six, qu'il y a violation de l'article 8 (art. 8);
4. Dit, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de l'article 3 (art. 3);
5. Dit, par quinze voix contre six, que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois, 100.000 (cent mille) francs français pour dommage moral et 35.000 (trente-cinq mille) pour frais et dépens;

6. Rejette, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 25 mars 1992.

Marc-André EISSEN  
Greffier

John CREMONA  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 § 2 (art. 51-2) de la Convention et 53 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes:

- opinion concordante de M. Russo;
- opinion dissidente commune à MM. Bernhardt, Pekkanen, Morenilla et Baka;
- opinions dissidentes de MM. Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Valticos, Loizou et Morenilla, précédées d'une introduction commune;
- opinion concordante de M. Walsh;
- opinion séparée de M. Martens.

M.-A. E.

J. C.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE RUSSO

J'ai voté pour le point 1 du dispositif, mais j'estime que la Cour devra reconsidérer sa jurisprudence en la matière après l'entrée en vigueur du Protocole n° 9 (P9) de la Convention.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE A MM. LES JUGES BERNHARDT,  
PEKKANEN, MORENILLA ET BAKA

(Traduction)

Nous avons voté contre le point 1 du dispositif. Pour les raisons indiquées au paragraphe 34 des motifs et dans les opinions dissidentes qu'il cite, nous estimons que la Cour ne devrait plus connaître d'exceptions préliminaires rejetées par la Commission.

OPINIONS DISSIDENTES DE MM. LES JUGES MATSCHER,  
PINHEIRO FARINHA, PETTITI, VALTICOS, LOIZOU ET MORENILLA,  
PRECEDEES D'UNE INTRODUCTION COMMUNE

Nous sommes d'accord, tous membres de la minorité, pour considérer que dans le cas d'espèce B. c. France, il n'y avait pas lieu à constat de violation. En ce domaine du transsexualisme, la large marge d'appréciation reconnue à l'Etat doit permettre à celui-ci de réguler par voie jurisprudentielle le statut juridique des transsexuels vrais suivant des critères objectifs, en respectant l'article 8 (art. 8). Les opinions ci-après sont des variantes d'appréciation et non des motivations contradictoires.

### OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE MATSCHER

A mon regret, je me sens dans l'impossibilité de m'associer à la majorité en votant pour un constat de violation de l'article 8 (art. 8) alors que l'arrêt n'indique pas avec la clarté requise en quoi exactement cette violation consisterait.

L'arrêt a recueilli un faisceau d'éléments (le refus d'accorder à B. la rectification de son acte de l'état civil, de lui permettre de changer de prénom, de faire éliminer la mention ou l'indication du sexe dans les documents et pièces d'identité à utiliser dans la vie quotidienne), tous ces éléments étant pertinents ou «*entrant en ligne de compte*», et, dans l'ensemble, ils conduiraient au constat de violation.

Je souscris entièrement aux considérants qui étaient à la base de la constatation de non-violation de l'article 8 (art. 8) dans les arrêts Rees et Cossey, à savoir que le droit anglais prévoyait la possibilité de changer de prénom et d'éliminer la mention du sexe dans les documents et pièces d'identité, l'un et l'autre sans grandes difficultés administratives. Dans la mesure où tel n'est pas le cas en droit français, je serais aussi pour un constat de violation dans la présente affaire. Mais l'arrêt n'a pas précisé la portée du premier élément, c'est-à-dire la rectification de l'acte de naissance — que ce soit une rectification de l'inscription originale ou une simple annotation en marge — ce qui pourrait conduire à des conséquences qui, d'après moi, vont bien au-delà des exigences de l'article 8 (art. 8) en la matière (dans ce sens, mon point de vue se rapproche de celui exprimé par le juge Walsh dans son opinion séparée).

N'oublions pas que la demande initiale de B. aux tribunaux français — «*désireuse d'épouser son compagnon*» — tendait à lui reconnaître le droit à une rectification de son acte de naissance, en vue de lui permettre le mariage, et que le refus de lui accorder cette rectification était à l'origine de sa requête aux organes de la Convention.

Or, bien que la Commission n'ait pas déclaré recevable le grief tiré de l'article 12 (art. 12), la portée de l'élément «*rectification des actes de l'état civil*», retenu comme pertinent dans la motivation du présent arrêt, reste trop dans le vague et n'exclut pas des conséquences auxquelles je ne pourrais pas souscrire.

Tout en étant sensible au sort des transsexuels, j'attache aussi de l'importance aux facteurs retenus dans les opinions dissidentes des juges Pinheiro Farinha, Pettiti, Valticos et Morenilla relatives à l'initiative prise — à la légère, semble-t-il — par B. de se faire opérer sans les garanties médicales auxquelles une telle intervention chirurgicale devrait être soumise.

En définitive, je ne me sens pas en mesure de souscrire à un arrêt qui ne dit pas avec la clarté requise qu'il ne s'écarte pas des conclusions contenues dans les arrêts Rees et Cossey et qui laisse ouverte à l'interprétation l'opinion d'y voir un renversement possible de ces derniers.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE PINHEIRO FARINHA

1. Je ne puis accepter l'arrêt et ne comprends pas le renversement de la jurisprudence de la Cour, jurisprudence réaffirmée voici un an à peine.

Je crains de graves conséquences, notamment la banalisation d'opérations chirurgicales irréversibles au lieu d'un traitement psychique convenable.

2. Le rôle de la Cour consiste à interpréter la Convention; à en donner une interprétation dynamique et actuelle, mais toujours une interprétation. La jurisprudence de la Cour ne peut aller au-delà de la Convention et n'a pas le droit d'accorder de nouveaux droits à l'individu et d'imposer de nouvelles obligations aux Etats.

3. La Convention ne consacre pas le droit au changement du sexe, ni à la modification des actes de l'état civil, ni, contrairement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 24), celle du registre public de l'état civil. Comment, au nom de la Convention, imposer aux Etats un comportement déterminé en la matière?

4. Les interventions chirurgicales ne changent pas le sexe réel de l'individu, mais seulement les apparences et la morphologie sexuelles.

5. Le requérant (je n'utiliserai pas le féminin, parce que je ne connais pas le sexe social et je ne reconnais pas le droit de quelqu'un à changer de sexe à sa guise) n'est pas un vrai transsexuel: *«(...) la juridiction du second degré constate que, même après traitement hormonal et l'intervention chirurgicale auxquels il s'est soumis, Norbert [B.] continue de présenter les caractéristiques d'un sujet du sexe masculin; (...) elle a estimé que, contrairement à ce que soutient l'intéressé, son état actuel n'est pas le résultat d'éléments préexistants à l'opération et d'une intervention chirurgicale commandée par des nécessités thérapeutiques, mais relève d'une volonté délibérée du sujet (...);»*; c'est la constatation de la Cour de cassation (paragraphe 17 de l'arrêt).

6. Pourquoi imposer à l'Etat français les conséquences d'une intervention chirurgicale pratiquée volontairement et délibérément dans un autre Etat (paragraphe 11 de l'arrêt), sans contrôle préalable?

7. La Commission internationale de l'état civil (CIEC) *«a essentiellement pour objet (...) l'élaboration de recommandations ou projets de conventions, tendant à harmoniser en ces matières les dispositions en vigueur dans les Etats membres (...).»*

Les matières en question sont celles qui ont trait à la condition des personnes, à la famille et à la nationalité. La CIEC s'occupe depuis longtemps de la situation des transsexuels et elle n'a pas abouti à élaborer une recommandation ou un projet de convention.

8. Il n'y a pas un dénominateur commun aux législations des Etats parties à la Convention pour imposer une décision aussi radicale.

9. Parmi les situations prévisibles de l'application du présent arrêt (voir les paragraphes 52 à 55), j'en noterai deux:

- Un enfant naturel voudra engager une action en recherche de paternité, mais après sa naissance l'homme qui l'avait engendré a été opéré pour changer de sexe et l'état civil a été rectifié; il demandera qu'une femme soit reconnue pour son père!

- Après la rectification de l'état civil, le transsexuel pourra épouser quelqu'un de son vrai sexe (le sexe originaire); or la Cour «voit (...) dans l'attachement [au] concept traditionnel [de mariage] un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage» (arrêt Cossey, p. 18, § 46) et «Aux yeux de la Cour, en garantissant le droit de se marier, l'article 12 (art. 12) vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme: il ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille» (arrêt Rees, p. 19, § 49).

A mon avis, la Cour devrait dire dans le présent arrêt que sa décision n'a aucune incidence sur le droit de se marier, lequel constitue pourtant la raison d'être de la requête de B. à la Commission.

9. Je conclus donc à l'absence de violation de l'article 8 (art. 8) de la Convention et je crois que la réglementation légale du transsexualisme reste de la compétence de chaque Etat — compte tenu des moeurs et des traditions, bien que les avis des experts médicaux et scientifiques diffèrent.

10. Puisque, selon moi, il n'y a pas violation de la Convention, je ne crois pas possible de voter, dans le même arrêt, en faveur de l'octroi d'une somme au titre de l'article 50 (art. 50) de la Convention.

### OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE PETTITI

Je n'ai pas voté avec la majorité qui a retenu une violation de l'article 8 (art. 8).

Certes l'arrêt porte seulement sur le cas d'espèce, mais celui-ci était un des moins significatifs par rapport aux cas examinés par les juridictions françaises, notamment en 1990 et 1991.

En premier lieu, je constate quelques contradictions. La majorité de la Cour ne déclare pas infirmer sa jurisprudence Rees et Cossey. Elle relève au paragraphe 55 que *«rien n'aurait empêché, après jugement, d'introduire dans l'acte de naissance de Mlle B., sous une forme ou une autre, une mention destinée sinon à corriger, à proprement parler, une véritable erreur initiale, du moins à refléter la situation présente de l'intéressée»*. Ceci n'est possible dans le système de l'état civil français que par jugement et c'est ce qu'opèrent de nombreuses décisions, mais à partir de critères ponctuels permettant d'exclure certaines catégories pour lesquelles les données scientifiques et l'absence de contrôle médical sous protocole permettent de justifier des refus jurisprudentiels.

La Cour conclut au paragraphe 63,

*«(...) sur la base des éléments susmentionnés qui distinguent le présent litige des affaires Rees et Cossey, et sans avoir besoin d'examiner les autres arguments de la requérante, que celle-ci se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (paragraphe 44 ci-dessus), donc infraction à l'article 8 (art. 8).*

*Plusieurs moyens d'y remédier s'offrent au choix de l'Etat défendeur; la Cour n'a pas à lui indiquer le plus adéquat (...)*»

La majorité a-t-elle tenu compte des opérations en France en hôpital public de la période postérieure à 1973, alors que B. avait été opéré au Maroc?

Peut-on déduire du paragraphe 66 que la majorité avait surtout à l'esprit l'octroi de facilités concernant pièces d'identité et passeport, sans obligation de rectification de l'état civil, ceci dans la ligne des arrêts Rees et Cossey et du régime particulier britannique concernant les exigences administratives pour l'identité des personnes, et encore moins ce que B. revendiquait à l'origine, à savoir la possibilité d'épouser son compagnon?

Pour des juristes favorables à un statut large, on entrerait plus facilement dans l'optique de l'arrêt B. si des cas de transsexuels vrais (opérés sous contrôle et protocole médical, en hôpital public) avaient été systématiquement refusés par les juridictions françaises. Tel n'était pas le cas.

La Convention européenne des Droits de l'Homme n'oblige pas les Hautes Parties Contractantes à légiférer en matière de rectifications de l'état civil liées au transsexualisme, même par application de la théorie de l'obligation positive des Etats (affaire X c. Pays-Bas). Ainsi plusieurs Etats membres ne sont dotés d'aucune législation concernant le transsexualisme. Les quelques législations nationales en la matière comportent des critères et des mécanismes très différents.

En tout cas, les Etats membres qui veulent affronter ces problèmes ont le choix entre la voie législative et la voie jurisprudentielle et dans ce domaine sensible, tributaire de situations sociales et morales très diverses, la marge d'appréciation dont l'Etat dispose est considérable.

Quelle que soit la voie choisie, législative ou jurisprudentielle, l'Etat reste libre de déterminer, en fonction des connaissances scientifiques incontestées, les critères de reconnaissance des cas d'intersexualisme ou de transsexualisme vrai. Le juge national peut se déterminer sur la base de ces critères sans enfreindre la Convention.

Ces principes acquis étant rappelés, quelles conséquences pouvait-on en tirer, dans le cas de B. c. France, sous l'angle de l'article 8 (art. 8)?

Il ne suffisait pas de comparer la situation britannique telle qu'appréciée par la Cour dans les affaires Rees et Cossey et la situation française; il fallait comparer celle-ci avec le vide législatif ou jurisprudentiel d'autres Etats membres. Le droit britannique est moins ouvert que le droit français en ce qui concerne le changement d'état et de sexe sur les registres de l'état civil; il offre plus de possibilités pour les démarches administratives: passeports, formalités, mais ceci tient au régime particulier de l'état des personnes en Grande-Bretagne et non pas à des dispositions spécifiques adoptées en faveur de transsexuels.

Si l'on veut appliquer l'article 8 (art. 8) aux intersexuels et aux transsexuels vrais, il y a lieu de se demander, en ce qui concerne la France, si la jurisprudence ouvre correctement le droit à la rectification de l'état civil. Or l'inventaire des décisions manifeste qu'il y a autant de décisions favorables que défavorables aux demandeurs. Plusieurs d'entre elles accordent même un effet totalement rétroactif. Certes la Cour de cassation a rendu quatre décisions défavorables en 1990, mais les cas d'espèce étaient discutables. Il n'y a pas eu de décision toutes chambres réunies, même dans les cas les plus ou les moins discutés de transsexualisme.

Après ces arrêts de cassation, la cour d'appel de Colmar a accordé la rectification de l'état civil pour une personne qui en outre avait obtenu après opération un changement de passeport portant son nouveau sexe. Il n'y a pas eu de pourvoi du procureur général, la décision est donc définitive et la rectification de l'état civil est intervenue.

Dans une interprétation généreuse et extensive de l'article 8 (art. 8) on pourrait considérer qu'un transsexuel vrai, étant opéré en France après avoir subi toute la période de tests de contrôle suivant le protocole établi par l'Ordre national des médecins, devrait être admis à la rectification de l'état civil. La

motivation pourrait être alors que l'Etat, ayant accepté l'opération et la prise en charge par la Sécurité sociale sous la condition de l'intervention chirurgicale en hôpital public doit, par obligation positive au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme, permettre des facilités pour des pièces administratives et même aller jusqu'à la rectification de l'état civil.

Tel n'est pas le cas dans l'affaire B. Le transsexualisme n'était pas vérifié sous le protocole médical, l'opération avait eu lieu à l'étranger dans des conditions inconnues. La Cour de Bordeaux a jugé le cas d'espèce en doutant peut-être de la réalité sociale et professionnelle. La Cour européenne n'a pas à réviser cette décision prise à partir d'un cas non exemplaire, arrêt d'espèce et non de principe qui est compatible avec la Convention européenne des Droits de l'Homme, même sous l'angle de l'article 8 (art. 8).

La théorie suivant laquelle toute personne animée d'une volonté irrépressible de vivre sous un autre sexe que celui d'origine, en étant convaincue qu'il s'agit de sa véritable destinée, doit pouvoir obtenir la rectification de son état civil, est des plus contestables, même si elle est motivée par la légitime préoccupation de l'insertion sociale et de l'intimité. En effet, lorsqu'il y a seulement traitement hormonal, celui-ci peut être réversible. Plusieurs cas de demandeurs transsexuels vrais ou faux correspondent à des états psychiatriques qui ne doivent être traités que par la psychiatrie sous peine de catastrophes, ce pourquoi un protocole médical est indispensable. De surcroît, la médecine connaît des cas de dédoublement de la personnalité, de schizophrénie. Si l'on s'en tenait à la seule motivation de faire coïncider la volonté individuelle du patient avec sa vie sociale, on devrait donc accepter le changement d'état civil même pour de telles déviances.

La situation des vrais transsexuels est certes digne de compréhension et d'attention, sous l'angle de l'article 8 (art. 8). Mais il reste évident que même les législations les plus avancées ne peuvent remédier aux obstacles sociaux. Même après rectification d'état civil, la personne réinsérée socialement doit révéler son passé lorsqu'il s'agit d'emploi, de carrière, de retraite pour comptabiliser les périodes. Les modifications des formulaires de statistiques type I.N.S.E.E. ne régleraient pas ce problème.

C'est pourquoi il faut s'attacher aux formules les plus souples prenant le plus grand compte des procédures médicales de contrôle, seules susceptibles d'éviter des opérations et traitement nocifs pour l'équilibre de la personne.

Il y a lieu aussi de tenir compte des aspects sociaux propres à chaque Etat. Quelques pays connaissent hélas des centres d'exploitation de faux transsexuels ouvrant la voie au proxénétisme, à la prostitution de travestis. Parmi les demandeurs de traitements, il y a un nombre non négligeable de personnes de cette catégorie. D'autres pays ignorent totalement une telle situation et leur position juridique n'est donc pas significative.

Autre aspect d'importance considérable: pour les Etats qui ont, comme la France, une législation sur l'état civil très précise et contraignante, la conséquence de la rectification est de ne pas faire obstacle au mariage du transsexuel avec une personne du même sexe que le sien d'origine. Le problème de l'adoption se pose

également, ouverte au nouveau couple. Mentionnons pour mémoire les bouleversements juridiques qui résultent de certaines rectifications lorsque le bénéficiaire était précédemment marié avec ou sans enfants. Ne négligeons pas les possibilités de fécondation artificielle après rectification ou opération. Tout le droit civil et le droit successoral peuvent être bouleversés.

S'il est un domaine où il faut accorder aux Etats le maximum de marge d'appréciation compte tenu des moeurs et des traditions, c'est bien celui du transsexualisme, compte tenu aussi de l'évolution des avis des experts médicaux et scientifiques.

La solution jurisprudentielle peut être le choix légitime de l'Etat. Si l'évolution de cette jurisprudence permet de répondre en droit interne aux cas incontestables ouvrant la possibilité de rectifications de l'état civil, ainsi que l'arrêt de Colmar l'a pratiqué, il paraît conforme à l'article 8 (art. 8) de considérer que cette voie jurisprudentielle répond aux exigences de celui-ci.

A la différence des arrêts Huvig et Kruslin c. France (Cour eur. D. H., arrêts du 24 avril 1990, série A n° 176-A et B), la Cour ne fournit pas d'indications sur les moyens adéquats. Sa formulation sur les *«moyens d'y remédier»* reste vague, incertaine; car il est évident que la seule détermination socio-psychologique de la personne ne peut suffire pour justifier une demande de rectification. L'Etat membre, même s'il accepte la rectification, reste libre d'en limiter les conditions et les conséquences en droit civil, s'il n'oppose pas un refus systématique à tous les cas d'espèce.

L'arrêt de la Cour ne retient d'ailleurs pas expressément la violation par rapport à la demande même de B. devant le tribunal, ainsi formulée:

*«dire et juger que déclaré[e] à l'état civil de son lieu de naissance du sexe masculin, [elle] présent[ait] en réalité une constitution féminine; dire et juger qu'[elle était] du sexe féminin; ordonner la rectification de son acte de naissance; dire qu'[elle] portera[it] désormais les prénoms de Lyne Antoinette.»*

Conclusion: en l'état du droit français et du statut de la famille, compte tenu des droits d'autrui, il apparaît que c'est la voie jurisprudentielle qui est la plus conforme au respect de l'article 8 (art. 8) de la Convention sous la marge d'appréciation laissée à l'Etat.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE VALTICOS, APPROUVEE PAR  
M. LE JUGE LOIZOU

C'est naturellement avec un vif regret que je dois me dissocier de l'arrêt ci-dessus, qui aurait certes pu être justifié, s'imposer même en d'autres circonstances et dont certaines conséquences sont certainement fondées — ainsi que cela sera précisé plus bas — mais qui, étant donnés les faits de la cause, ne me paraît pas acceptable.

En renversant une jurisprudence dont la plus récente expression datait à peine d'un an — alors que les faits, certes différents dans une certaine mesure, ne l'étaient pas, à mon sens, au point de justifier ce tournant —, la majorité de la Cour pourrait ouvrir la voie, je le crains, à des conséquences graves et encore imprévisibles.

Ceci ne veut pas dire que, lorsque les circonstances s'y prêtent, la situation d'un transsexuel ne doive pas faire l'objet d'une modification de l'état civil ou du moins de mesures visant à rendre moins pénible sa situation sociale.

Il existe cependant, on le sait, de nombreux types de transsexuels: c'est ainsi que l'élément, psychique ou physiologique, comme le caractère, naturel ou acquis — dans une plus ou moins grande mesure — à la suite d'opérations chirurgicales — elles-mêmes de motivation et de portée très différentes — varient considérablement d'un cas à l'autre. La question fait du reste actuellement l'objet d'études scientifiques approfondies et toute décision dépend dans une large mesure des circonstances de la cause.

Pourquoi me semble-t-il qu'en l'occurrence les faits de la cause ne justifiaient pas la décision qui vient d'être prise?

C'est qu'en réalité, alors que le requérant — qui se veut une requérante — demande la reconnaissance légale de son changement de sexe allégué, l'on a ici affaire à une situation dans laquelle le changement en question est en réalité incomplet, artificiel et délibéré.

Et d'abord, que faut-il entendre, dans des cas de ce genre, par le terme «*changement de sexe*»? On ne saurait d'abord se contenter ici de facteurs uniquement psychologiques ni, comme on semble parfois le penser, sociaux. S'il en était ainsi, il n'y aurait pas de véritable critère ou limite et on risquerait de verser dans l'arbitraire. La stabilité de la vie sociale en serait certainement compromise.

Il faut donc encore, comme condition essentielle, que, du point de vue physiologique, l'état réel initial ou le changement d'état survenu soit suffisamment marqué et ne fasse pas de doute. On ne saurait se contenter d'hermaphrodites incertains et de situations ambiguës.

Or, dans le cas concret, nous avons affaire à une action délibérée de l'intéressé qui, désireux de changer de sexe (car il était à l'origine de sexe masculin, du moins essentiellement, et avait fait son service militaire), s'était fait opérer dans des conditions qui semblent douteuses et n'offraient aucune garantie, à la suite desquelles il se trouvait dans une situation où il n'était plus complètement un homme ni par ailleurs véritablement une femme, mais participait dans une certaine mesure de l'un et de l'autre sexe.

On rencontre donc, en l'occurrence, deux difficultés complémentaires: le caractère délibéré, d'une part, et le caractère incomplet, d'autre part, de la mutation. Et ne risque-t-on pas ainsi (s'agissant même ici d'une opération effectuée sans aucun contrôle) d'encourager les procédés de ce genre, et, plus encore, de se voir réclamer, par voie de conséquence, le droit au mariage de la part d'hommes à demi féminisés, avec des hommes normalement constitués, et où faudra-t-il alors établir le critère?

Certes, une évolution est en cours, dans les esprits comme dans la science. Certes, plusieurs pays européens admettent des requêtes du type de celle-ci, mais il me semble que, dans l'état actuel, il est manifestement inapproprié de considérer qu'il y a violation de la Convention lorsqu'un Etat ne suit pas, ou du moins n'est pas encore prêt à suivre une telle évolution, et cela pour des raisons juridiques, morales et scientifiques qui sont toutes respectables. L'ensemble des Etats européens ne paraît pas mûr pour se voir imposer une telle jurisprudence.

Ceci dit, il n'en reste pas moins que la situation sociale de ces personnes au sexe devenu indéterminé leur pose divers types de problèmes et leur cause de sérieux embarras dans la vie courante. Il faudrait s'efforcer d'y remédier. Indépendamment donc de toute mesure juridique formelle tendant à modifier leur état civil, il serait souhaitable que les Etats concernés s'attachent à réduire ce type d'inconvénients et l'on peut notamment penser à des mesures tendant à autoriser les changements de prénom (au-delà de l'adoption des seuls prénoms dits neutres, pratique qui aurait en outre l'inconvénient de rendre plus généralement "suspects" de tels noms) et à modifier les indications sur des documents d'identité qui, par leur précision ou le code utilisé, font ressortir le sexe de l'intéressé. Sans ignorer les difficultés pratiques qu'une telle modification pourrait causer, elle mériterait d'être sérieusement examinée.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE MORENILLA

1.1. A mon regret, je ne peux me rallier à la conclusion de la majorité selon laquelle il y a eu dans la présente affaire une violation par la France du droit de la requérante au respect de sa vie privée en raison du rejet par les juridictions françaises de l'action intentée devant elles par Mlle B. Mes motifs sont, comme je vais l'exposer, de caractère principalement juridique parce qu'ils se fondent sur la nature subsidiaire de la protection des droits de l'individu dans le système institué par la Convention — ce qu'exige l'analyse de *«l'acte ou omission litigieux»* des autorités nationales constitutif des griefs dont la requérante se considère victime devant notre juridiction — et sur la marge d'appréciation de l'Etat contractant dans cette matière, tenant compte de l'énonciation de ce droit dans l'article 8 (art. 8) de la Convention. Ces raisons d'ordre juridique international ne sauraient, pourtant, négliger une appréciation de la situation sociale et juridique des transsexuels en France, dans le cadre de laquelle il faut placer la plainte de la requérante.

1.2. Mlle B., désireuse d'épouser son compagnon, a demandé au tribunal de grande instance de Libourne (paragraphe 13 de l'arrêt) de *«dire et juger que déclar[e] à l'état civil de son lieu de naissance du sexe masculin, [elle] présent[ait] en réalité une constitution féminine; dire et juger qu'[elle était] du sexe féminin; ordonner la rectification de son acte de naissance; dire qu'[elle] portera[it] désormais les prénoms de Lyne Antoinette»*. Ces chefs de demande furent le cadre du procès entamé par la requérante devant les juridictions civiles nationales et, conformément au principe dispositif, l'objet des jugements et arrêts respectifs du tribunal de grande instance de Libourne, de la cour d'appel de Bordeaux et finalement de la Cour de cassation, dont la décision était la *«décision interne définitive»*, aux termes de l'article 26 (art. 26) de la Convention, qui pourrait *«se trouver entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente Convention»*, selon l'article 50 (art. 50).

1.3. Néanmoins, la requérante a interprété le rejet de cette demande comme un refus des autorités françaises de reconnaître *«sa véritable identité sexuelle»* et de *«consentir à corriger la mention de son sexe tant sur le registre de l'état civil que sur ses pièces officielles d'identité»* (paragraphe 43 de l'arrêt), et elle se considère victime au sens de l'article 8 (art. 8) de la Convention.

Mais ces griefs constituent, comme la lecture de la demande le montre, une mutatio libelli devant les organes de la Convention parce qu'aucune prétention n'a été formulée par la requérante devant les juridictions internes, concernant la constatation dans le registre de l'état civil de la mutation alléguée de son sexe d'origine selon son acte de naissance ou portant sur sa situation sociale après le changement morphologique de son sexe — qui sont, précisément, les éléments que la majorité a pris en considération pour arriver au constat de violation dudit article 8 (art. 8) (paragraphe 59-63 de l'arrêt).

Ce que, à mon avis, Mlle B. a demandé aux tribunaux français était une *«correction»* de l'erreur de sexe alléguée et, par conséquent, la rectification du registre de l'état civil et le remplacement de son prénom masculin par un prénom féminin, par

suite d'une déclaration judiciaire préalable qu'elle était de sexe féminin. Ayant l'intention de se marier avec un homme, Mlle B. n'a pas demandé la constatation d'une situation de transsexualité mais celle d'une erreur de transcription de la mention de son sexe parce qu'étant femme elle avait été enregistrée comme homme. Et elle n'a pas formulé de démarches relatives à la rectification éventuelle de la mention de son sexe dans ses pièces officielles d'identité, consécutive à la rectification accordée, conformément à la législation en la matière (paragraphe 22 de l'arrêt).

1.4. Dans les systèmes qui connaissent un registre de l'état civil, il semble nécessaire de le rappeler, l'état civil d'une personne constitue l'expression de sa personnalité juridique, de sa position dans la société et toutes les mentions de l'acte de naissance, dont celle du sexe, ont une projection qui dépasse l'intérêt individuel puisqu'elles peuvent toucher les droits d'autrui. L'état civil dans ces régimes est une notion d'ordre public et les actes relatifs à cet état jouissent d'une présomption d'exactitude. Partant, le changement des actes de naissance peut se produire seulement dans les cas et selon la procédure déterminés par la loi. La sécurité juridique demande ainsi la réglementation par la loi des rectifications des actes de l'état civil sous le contrôle des tribunaux.

Or en droit français, comme les jugements et arrêts rendus dans la présente affaire le relèvent (paragraphe 13-15 et 17 de l'arrêt), les personnes ne peuvent pas disposer à leur gré et fantaisie de leur état civil. Les articles 57 et 99 du code civil (paragraphe 22 de l'arrêt) établissent le contenu des actes de naissance et les conditions de leur rectification en cas «*d'erreur ou d'omission*», et ce sont les tribunaux qui au cas par cas se prononcent sur la rectification demandée. En fait, la longue liste des décisions rendues par les cours françaises (paragraphe 23 de l'arrêt), et acceptées par le ministère public, démontre que la modification sur les registres de l'état civil des mentions relatives au sexe est possible en droit français.

1.5. En l'occurrence, le tribunal de grande instance de Libourne a débouté Mlle B. de sa demande parce que, d'après le rapport des experts, «*il apparaît ainsi que la mutation de sexe a été volontairement obtenue par des procédés artificiels*» et «*qu'il ne peut être fait droit à la demande de [B.] sans porter atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes*» (paragraphe 14 de l'arrêt). La cour d'appel de Bordeaux, en confirmant ce jugement, a précisé ces motifs en disant que (paragraphe 15 de l'arrêt) «*son état actuel n'est pas le "résultat d'éléments irréversibles et innés préexistant à l'opération et d'une intervention chirurgicale commandée par les nécessités thérapeutiques"*».

Dans le même arrêt, la cour d'appel (paragraphe 17 du rapport de la Commission) a dit à ce sujet: «*aucune sorte de traitement psychologique ou psychiatrique n'a été tentée; aucune observation prolongée n'a été faite par le premier médecin qui a prescrit un traitement hormonal, aucune garantie de cette même observation n'a été apportée avant l'intervention chirurgicale opérée à l'étranger*». Elle a ajouté que les traitements médicaux auxquels «*s'est volontairement soumis Monsieur [B.] (...) relèvent au contraire d'une volonté délibérée du sujet sans qu'aucun traitement autre ait été tenté et sans que ces interventions aient été impérativement commandées par l'évolution biologique de*

*Monsieur [B.]*» (paragraphe 15 de l'arrêt de la Cour européenne). La Cour de cassation, vu cette constatation de la juridiction de second degré, a estimé légalement justifiée la décision et a rejeté le pourvoi de la requérante.

1.6. Par conséquent, il ressort de ces arrêts que les tribunaux n'ont pas considéré la requérante comme un «*vrai transsexuel*» parce que le traitement médical suivi ne s'était pas révélé nécessaire et que, même après le traitement chirurgical auquel elle s'était soumise au Maroc, «*Norbert [B.] continue de présenter les caractéristiques d'un sujet de sexe masculin*» (paragraphe 17 de l'arrêt).

Cette conclusion relève pourtant du pouvoir d'appréciation des preuves qui appartient en principe aux juridictions internes selon la jurisprudence constante de la Cour (voir, entre autres, l'arrêt *Unterpertinger c. Autriche* du 24 novembre 1986, série A n° 110, p. 15, § 33, et l'arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, série A n° 146, p. 31, § 68). A ce sujet, il faut noter que la requérante n'a pas contesté l'expertise médicale présentée devant les juridictions qui se sont prononcées sur sa demande.

1.7. Je ne peux suivre, par conséquent, les conclusions de la majorité au paragraphe 55 de l'arrêt. La rectification de la mention relative au sexe, comme toute rectification des actes de l'état civil, selon l'article 99 susmentionné du code civil français, est une décision juridictionnelle qui constate l'erreur ou l'omission dans la mention du sexe alléguée par le demandeur, avec toutes les conséquences juridiques — notamment en droit civil — d'une telle déclaration tant pour la requérante que pour des tiers et pour la société en général.

Selon les principes qui régissent la procédure civile, il n'est pas possible, comme la majorité semble le suggérer, «*après jugement, d'introduire dans l'acte de naissance de Mlle B., sous une forme ou une autre, une mention destinée sinon à corriger, à proprement parler, une véritable erreur initiale, du moins à refléter la situation présente de l'intéressée*», lorsqu'une telle erreur n'a pas été prouvée dans le procès ou sans qu'une telle «*omission*» — la constatation de la «*nouvelle identité sexuelle*» — ait été demandée par la requérante, prenant en considération ex officio «*l'abandon irréversible des marques extérieures du sexe d'origine de Mlle B.*» ou, de même, la «*détermination dont a témoigné l'intéressée*» de se faire opérer sans les garanties de succès exigées par la pratique médicale la plus responsable.

1.8. La majorité, à mon avis, au lieu de s'en tenir strictement aux termes concrets de la demande de la requérante devant les juridictions du fond françaises et à la motivation juridique du refus exposé dans les arrêts, fondée sur l'impossibilité légale d'accorder une rectification de la mention du sexe sans prouver la réalité de l'erreur et le fait que le changement n'était pas le résultat de la simple volonté délibérée de l'intéressée mais d'une nécessité irréversible d'après l'expertise médicale, s'est plutôt penchée — en s'écartant de sa méthode traditionnelle — sur la question in abstracto de la situation des transsexuels en France.

2.1. Par ailleurs, selon la jurisprudence de la Cour établie dans ses deux arrêts antérieurs relatifs aux transsexuels au Royaume-Uni, l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 (série A n° 106) et l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 (série A n° 184) — ce dernier

rendu dans une affaire presque identique au cas d'espèce —, la question de la modification des actes de naissance des transsexuels désireux d'obtenir une mention du sexe dans le registre de l'état civil est une question qui relève des autorités nationales, des pouvoirs législatif ou judiciaire, comme les mieux placés pour répondre aux besoins ou aux aspirations de chaque société, *«aux impératifs de la situation qui règne dans le pays pour décider des mesures à adopter»* (arrêt Rees précité, p. 17, § 42 a)). C'est à eux de régler les conditions, l'étendue et les conséquences de la rectification de l'acte de l'état civil, afin d'arriver au juste équilibre entre l'intérêt des transsexuels à ce que la société reconnaisse leur appartenance au sexe opposé auquel ils ont le sentiment d'appartenir, et l'intérêt général de maintenir l'indisponibilité de cette mention factuelle de l'acte de naissance — le sexe morphologique ou biologique — pour préserver les droits des tiers, notamment lorsque le transsexuel est marié ou veut se marier ou lorsqu'il a des enfants ou peut en avoir ou veut en adopter.

2.2. En effet, la Cour a déjà dit (voir l'arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A n° 94, pp. 33-34, § 67) que *«si l'article 8 (art. 8) tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives»*. Toutefois, ces obligations, devant le *«manque de netteté, surtout quand il s'agit d'obligations positives»*, de *«la notion de "respect"»* de la vie privée (*ibidem*, pp. 33-34, § 67), restent sujettes à la marge d'appréciation de l'Etat et les exigences de ladite notion *«varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les Etats contractants»* (arrêt Rees précité, p. 15, § 37).

La Cour a aussi déclaré, dans cet arrêt Rees (*ibidem*, p. 14, § 35) et dans l'arrêt Cossey (*ibidem*, p. 15, § 36), que le refus de modifier le registre des naissances ne saurait passer pour une ingérence dans la vie privée d'une personne, au sens de l'article 8 (art. 8) de la Convention. L'intéressée prétendait non pas que l'Etat doit s'abstenir d'agir, mais plutôt qu'il doit adopter des mesures pour changer le système existant; or la question de savoir si le respect effectif de la vie privée du transsexuel crée pour l'Etat une obligation positive en la matière doit se résoudre en considérant *«le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu»*. Pour conclure à l'absence d'une obligation de ce type à la charge de l'Etat défendeur, la Cour a pris en compte, entre autres, le fait *«que l'exigence d'un juste équilibre ne pouvait astreindre l'Etat défendeur à remanier de fond en comble son système d'enregistrement des naissances»*.

2.3. Cette jurisprudence a été établie (voir l'arrêt Cossey, *ibidem*, p. 17, § 42, et l'arrêt Rees, *ibidem*, p. 19, § 47) tout en relevant *«la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur»*, et en notant la résolution adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 1989 et la recommandation 1117 (1989) de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, du 29 septembre 1989, visant à encourager l'harmonisation des lois et des pratiques en la matière, et en soulignant que *«la nécessité de mesures juridiques appropriées devait donner lieu à un examen constant eu égard, entre autres, à l'évolution de la science et de la société»* (arrêt Rees, *ibidem*, pp. 17 et 18, § 42 et 43, et arrêt Cossey, *ibidem*, p. 16, § 40).

2.5. Mais, comme la majorité le souligne (paragraphe 47 et 48 de l'arrêt), aucun événement scientifique ou social ne s'est produit dans les seize derniers mois pour justifier un revirement de cette jurisprudence. Malgré les efforts de distinction déployés par la majorité pour maintenir la jurisprudence de la Cour, les circonstances de la présente affaire ne diffèrent pas de celles des affaires Rees et Cossey au point d'expliquer ici une conclusion de violation.

2.6. La question ne peut non plus se résoudre par «*des retouches au système en vigueur*» (arrêt Rees, *ibidem*, pp. 17-18, § 42) telles qu'une rectification de l'acte de naissance afin de reconnaître la «*nouvelle identité sexuelle profonde*» des transsexuels opérés, ou leur «*sexe social*», parce que le système juridique français ne le permet pas. Les tribunaux, dans l'exercice de leur pouvoir juridictionnel, ne peuvent aller au-delà de l'interprétation de la loi applicable aux faits de la cause tels qu'ils sont établis après l'appréciation des preuves présentées devant eux. Ils ne peuvent ordonner d'autres formes de rectification que celles prévues par la loi, car faire autrement exigerait de remanier le système de l'état civil «*de fond en comble*», de façon semblable à celle qui aurait exigé du Royaume-Uni le réaménagement de son registre des naissances (arrêt Rees précité, pp. 16-18, §§ 39, 40 et 42 a), et arrêt Cossey susmentionné, p. 15, § 38 a)) et qui justifia dans ces affaires la conclusion de non-violation de l'article 8 (art. 8) par le Royaume-Uni.

3.1. Finalement, les faits de cette cause, en ce qui concerne la situation des transsexuels en France, nous amènent à la même conclusion d'absence de violation par la France du droit au respect de la vie privée des vrais transsexuels. Ils nous montrent qu'en France: 1) «*les traitements hormonaux et chirurgicaux tendant à donner aux transsexuels les marques extérieures du sexe qu'ils souhaitent se voir reconnaître n'exigent aucune formalité juridique ni autorisation*» (paragraphe 18 de l'arrêt); 2) «*les opérations chirurgicales peuvent avoir lieu en France depuis 1979, sous contrôle médical*» (*ibidem*); 3) la Sécurité sociale prend en charge les frais de certaines d'entre elles (*ibidem*), selon le Gouvernement, lorsqu'une commission médicale a suivi l'intéressé pendant deux ans au moins et que l'opération a lieu dans un hôpital public; 4) «*en règle générale, les documents administratifs délivrés aux personnes physiques n'indiquent pas le sexe: carte nationale traditionnelle d'identité, passeport classique, permis de conduire, carte d'électeur, fiches d'identité, etc.*» (paragraphe 25 de l'arrêt); et 5), comme je viens de le noter ci-dessus, «*nombre de tribunaux de grande instance et cours d'appel de France ont accueilli des demandes tendant à voir modifier, sur les registres de l'état civil, les mentions relatives au sexe et au prénom*» (voir paragraphe 23 de l'arrêt).

3.2. Il y a donc des contrôles, médical et juridictionnel, du changement de sexe en France, mais de telles précautions ne sauraient, pourtant, être critiquées ni du point de vue juridique — eu égard à la réglementation actuelle de l'état civil en France — ni du point de vue médical — compte tenu des très graves risques que comportent les traitements médicaux hormonaux à vie, les greffes et l'irréversibilité des ablations des organes sexuels. Au contraire, à mon avis, elles méritent d'être louées pour éviter les

erreurs, à conséquences irréversibles, les décisions précipitées ou les opérations chirurgicales de nécessité douteuse, voire contre-indiquées, même pour ceux qui de bona fide se croient transsexuels.

Cette attitude sert aussi à décourager des prétentions juridiques de rectification de l'état civil fondées sur le fait accompli d'une opération pratiquée sans vérifier sa nécessité irréversible ou sans les garanties médicales de succès, puisque l'expertise médicale doit se prononcer sur sa nécessité thérapeutique.

4. Ayant conclu à l'absence de violation de la Convention dans la présente affaire, je n'estime pas logique de me joindre à la conclusion de la majorité en vertu de laquelle l'Etat défendeur doit verser à la requérante une satisfaction équitable.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE WALSH

(Traduction)

1. Je souscris au constat selon lequel il y a eu violation de l'article 8 (art. 8) de la Convention en l'espèce. Mon avis se fonde uniquement sur les motifs exposés ci-après.

2. Je suis convaincu que les arrêts rendus par la Cour respectivement dans les affaires Rees (série A n° 106) et Cossey (série A n° 184) étaient corrects en principe et que rien en l'espèce ne justifie que l'on s'en écarte.

3. Il ressort des éléments du dossier que le certificat de naissance de la requérante lui attribuait avec raison le sexe masculin, et il est établi que biologiquement elle était et demeure de sexe masculin. Rien ne permet de penser qu'une erreur ait été commise à cet égard. Dès lors, exiger la modification de cette mention de manière à indiquer que l'intéressée était biologiquement de sexe féminin à la naissance reviendrait à falsifier des données historiques exactes et à leur substituer une contre-vérité.

4. Un des domaines de la vie où le sexe biologique d'une personne revêt une importance vitale est celui du mariage. Traduisant la conception universellement admise depuis le début de l'histoire de l'humanité, la Cour a déjà déclaré dans l'affaire Cossey que l'article 12 (art. 12) de la Convention vise uniquement le mariage de deux personnes dont l'une est de sexe biologique opposé.

Le fait que quelques Etats permettent et reconnaissent à présent dans leur législation interne la possibilité d'une relation ou union entre personnes du même sexe biologique, entraînant les mêmes effets juridiques que le mariage, ne saurait, même lorsque le terme "mariage" est utilisé, faire de semblables conventions des mariages entre personnes de sexe biologique opposé, au sens de l'article 12 (art. 12) de la Convention. A supposer qu'un parent de l'un ou de l'autre sexe subisse une opération de conversion sexuelle afin d'acquérir l'apparence, anatomique ou autre, d'une personne du sexe biologique opposé, ce serait le comble de l'absurdité de considérer qu'un père est devenu la mère ou la tante, ou qu'une mère est devenue le père ou l'oncle de son propre enfant.

5. D'après moi, on ne saurait raisonnablement attendre de l'Etat défendeur qu'il modifie sa législation de manière à oblitérer la vérité d'un registre national ou à garder caché pour toujours, à toutes fins et pour toutes personnes et institutions, sans exception, le véritable sexe biologique d'un individu. S'il en allait ainsi, cela pourrait bien, à mon avis, conduire à une violation des articles 8 et 12 (art. 8, art. 12) de la Convention. On pourrait en arriver à des situations très malheureuses, par exemple celle où, du fait de la loi, une personne souhaitant en épouser une autre du sexe biologique opposé ne pourrait, en cas de doute, acquérir de certitude quant au sexe biologique de l'autre partie, sauf aveu de celle-ci. Dès lors, on doit examiner toute allégation de violation de l'article 8 (art. 8) dans ce contexte en tenant compte de la nécessité de ne pas dissimuler totalement et de ne pas falsifier des données historiques.

6. Sous réserve de cette précision, il faut à présent rechercher en quoi l'Etat défendeur peut passer pour avoir violé l'article 8 (art. 8) de la Convention.

Sur le plan psychologique, la requérante s'identifie elle-même au sexe féminin, et apparemment ce sentiment, qui croît avec l'âge, l'habite depuis son enfance. Il l'a finalement amenée à subir une opération de conversion sexuelle, ainsi nécessitée par des impératifs psychologiques plutôt que médicaux. A la suite de cette intervention, l'intéressée a adopté une nouvelle «*identité socio-sexuelle*» (gender identity), dans la mesure où sa nouvelle identité présente tous les signes extérieurs d'une identité féminine. Elle a cherché à faire respecter cette nouvelle identité en droit français, comme un élément essentiel de l'intimité de son nouveau style de vie, libéré de toute ingérence de l'Etat défendeur, de ses services et des autorités publiques. J'estime qu'il n'était pas déraisonnable de sa part de demander à pouvoir prendre un prénom féminin, sélectionné dans l'éventail de ceux autorisés par le droit français, afin d'établir l'identité qu'elle avait faite sienne. Il est clair que le refus d'autoriser ce changement s'est révélé être une atteinte à l'intimité du style de vie choisi. De même, les documents obligatoires d'identification qui contredisent l'identité assumée sont entachés d'ingérence.

L'Etat défendeur n'a produit aucun élément de justification valable aux fins de l'article 8 § 2 (art. 8-2) de la Convention. Certes, déférer aux demandes de la requérante pourrait entraîner des inconvénients administratifs considérables, mais cela ne saurait légitimer le refus de l'Etat défendeur. Le registre de l'état civil a force probante quant au fait que les renseignements y figurant ont été fournis à l'autorité compétente, mais il ne fait pas foi de leur exactitude ni de leur véracité. On ne saurait dès lors en tirer la preuve incontestable du sexe biologique de la personne ainsi enregistrée, même si l'on peut estimer qu'il crée une présomption, valable jusqu'à preuve contraire. Il appartient aux autorités nationales de concevoir les mesures légales nécessaires pour atteindre les objectifs consistant à délivrer des documents d'identité conformes à l'identité adoptée, sans révéler le véritable sexe biologique de la personne concernée s'il n'est pas le même que celui indiqué dans les documents, mais aussi sans faire disparaître des registres nationaux des informations tendant à établir le sexe biologique réel d'une personne, et en veillant à ce que semblables informations ne soient pas divulguées, sauf là où une réelle nécessité le justifie.

OPINION SEPARÉE DE M. LE JUGE MARTENS

(Traduction)

1. Comme je maintiens totalement les vues exprimées dans mon opinion dissidente dans l'affaire Cossey, j'applaudis à la décision de la Cour, mais ne puis souscrire à tous ses arguments. Je n'estime pas devoir en dire plus.
2. J'aurais encore été davantage satisfait si la Cour avait accédé à l'invitation de la Commission à renoncer à la doctrine De Wilde, Ooms et Versyp. Sur ce point, je maintiens aussi ma position antérieure (voir mon opinion séparée dans l'affaire Brozicek). Je note avec plaisir que plusieurs de mes collègues la partagent désormais.

**Cour de Cassation  
Assemblée plénière  
Audience publique du 11 décembre 1992**

**Cassation sans  
renvoi.**

**N° de pourvoi : 91-11900**

**Publié au bulletin**

**Premier président : M. Draï**

Rapporteur : M. Gélinau-Larrivet

Premier avocat général : M. Jéol

Avocats : M. Choucrocy (arrêt n° 1), la SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin (arrêt n° 2).

## REPUBLIQUE FRANCAISE

### AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

#### ARRÊT N° 1

Sur le moyen unique :

Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 9 et 57 du Code civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ;

Attendu que M. René X..., né le 3 mars 1957, a été déclaré sur les registres de l'Etat civil comme étant du sexe masculin ; que, s'étant depuis l'enfance considéré comme une fille, il s'est, dès l'âge de 20 ans, soumis à un traitement hormonal et a subi, à 30 ans, l'ablation de ses organes génitaux externes avec création d'un néo-vagin ; qu'à la suite de cette opération, il a saisi le tribunal de grande instance de demandes tendant à la substitution, sur son acte de naissance, de la mention " sexe féminin " à celle de " sexe masculin " ainsi qu'au changement de son prénom ; que le Tribunal a décidé que M. X... se prénommerait Renée, mais a rejeté ses autres prétentions ; que l'arrêt attaqué a confirmé la décision des premiers juges aux motifs que la conviction intime de l'intéressé d'appartenir au sexe féminin et sa volonté de se comporter comme tel ne sauraient suffire pour faire reconnaître qu'il était devenu une femme, et que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposait à ce qu'il soit tenu compte des transformations obtenues à l'aide d'opérations volontairement provoquées ;

Attendu, cependant, que la cour d'appel a d'abord constaté, en entérinant les conclusions de l'expert-psychiatre commis par le Tribunal, que M. X... présentait tous les caractères du transsexualisme et que le traitement médico-chirurgical auquel il avait été soumis lui avait

donné une apparence physique telle que son nouvel état se rapprochait davantage du sexe féminin que du sexe masculin ; qu'elle a énoncé, ensuite, que l'insertion sociale de l'intéressé était conforme au sexe dont il avait l'apparence ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, elle n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'en déduisaient ;

Et attendu qu'il y a lieu, conformément à l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, l'arrêt rendu le 15 novembre 1990, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DIT que Renée X..., née le 3 mars 1957 sera désignée à l'Etat civil comme de sexe féminin.

MOYEN ANNEXÉ Moyen produit par M. Choucroy, avocat aux Conseils, pour M. X...

MOYEN UNIQUE DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté René X... de sa demande en rectification de son acte de naissance ;

AUX MOTIFS QUE la Cour devait rechercher si le sexe masculin attribué à René X... à sa naissance était faux ou devenu faux, c'est-à-dire si l'intéressé était devenu femme ; que René X... s'était toujours senti plus fille que garçon ; qu'il avait subi une intervention chirurgicale ; que si son caryotype était masculin, ses caractères secondaires sexuels étaient féminins, et qu'il s'agissait d'un " transsexuel vrai " ne relevant ni du délire ni de la perversion morale, mais seulement d'une névrose apaisée par le passage à l'acte ; que, dans la vie sociale, René X... avait un ami, était coiffeuse, se comportait comme femme et passait pour femme ; qu'il n'était pas admissible qu'un individu puisse se prévaloir d'artifices provoqués par lui-même pour prétendre avoir changé de sexe, ce qui serait violer la règle de l'indisponibilité de l'état des personnes ; que ces artifices ne transformaient pas un homme en femme, mais en créaient seulement l'illusion plus ou moins réussie ; que la seule conviction intime de l'appelant ne pouvait suffire à considérer que l'intéressé était devenu femme ;

ALORS QU'il résultait des constatations mêmes de l'arrêt que René X... était un " transsexuel vrai ", c'est-à-dire ne relevant ni d'un délire ni d'une perversion morale, que dans la vie sociale il se comportait comme femme et passait pour telle, qu'il avait la conviction intime d'appartenir au sexe féminin et une volonté, affirmée et appliquée, de se comporter comme tel dans la vie personnelle et sociale si bien qu'en refusant de tenir compte d'une modification morphologique réalisée à des fins et sous contrôle thérapeutique, et d'un changement vrai d'identité sexuelle, affirmé personnellement et reconnu socialement, la cour d'appel n'a pas assuré le respect de la vie privée de l'exposant, et son droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et a fait fausse application de l'article 99 du Code civil.

Publication : Bulletin 1992 A.P. N° 13 p. 27 Semaine juridique, 1993-02-03, n° 5, p. 41, conclusions et note M. JEOL et G. MEMETEAU.

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 1990-11-15

Titrages et résumés : 1° ETAT CIVIL - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Refus - Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Article 8 - Respect de la vie privée - Atteinte

1° Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée, posé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du Code civil, justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'appartenance, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne faisant pas obstacle à une telle modification (arrêts n°s 1 et 2).

1° CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Interprétation - Article 8 - Respect de la vie privée - Atteinte - Etat civil - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Modification justifiée par un traitement médico-chirurgical à but thérapeutique - Refus

1° ETAT CIVIL - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Modification justifiée par un traitement médico-chirurgical à but thérapeutique

1° PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE - Respect de la vie privée - Atteinte - Etat civil - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Modification justifiée par un traitement médico-chirurgical à but thérapeutique - Refus

1° ETAT CIVIL - Indisponibilité de l'état des personnes - Sexe - Modification justifiée par un traitement médico-chirurgical à but thérapeutique - Atteinte (non)

2° PREUVE (règles générales) - Moyen de preuve - Preuve de la réalité du syndrome transsexuel - Expertise judiciaire - Nécessité - Documents médicaux produits par l'intéressé - Absence d'influence

2° La réalité du syndrome transsexuel ne peut être établie que par une expertise judiciaire ; dès lors, n'a pas donné de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour refuser la mesure d'instruction sollicitée par l'intéressé, a considéré que l'appartenance apparente de celui-ci au sexe féminin était suffisamment démontrée par les documents médicaux produits par lui (arrêt n° 2).

2° MESURES D'INSTRUCTION - Expertise - Nécessité de l'ordonner - Syndrome transsexuel - Preuve - Documents médicaux produits par l'intéressé - Absence d'influence

2° MESURES D'INSTRUCTION - Opportunité - Appréciation des juges du fond - Syndrome transsexuel - Preuve - Expertise judiciaire - Nécessité de l'ordonner - Documents médicaux produits par l'intéressé - Absence d'influence

Précédents jurisprudentiels : EN SENS CONTRAIRE : (1°). Chambre civile 1, 1990-05-21, Bulletin 1990, I, n° 117, p. 83 (rejet), et l'arrêt cité

**N° de pourvoi : 91-12373**

**Publié au bulletin**

**Premier président : M. Draï**

Rapporteur : M. Gélinau-Larrivet

Premier avocat général : M. Jéol

Avocats : M. Choucroÿ (arrêt n° 1), la SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin (arrêt n° 2).

## REPUBLIQUE FRANCAISE

### AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

#### ARRÊT N° 2

Attendu que M. Marc Y..., né le 5 mai 1968, a été déclaré sur les registres de l'Etat civil comme étant de sexe masculin ; que, s'étant dès l'enfance considéré comme une fille, il a, à l'âge de 21 ans, subi une intervention chirurgicale consistant en l'ablation de ses organes génitaux masculins, avec confection d'un néo-vagin, et s'est soumis à un traitement hormonal ; qu'il a, ensuite, saisi le tribunal de grande instance de demandes tendant à la substitution, sur son acte de naissance, de la mention " sexe féminin " à celle de " sexe masculin " ainsi qu'au changement de son prénom en celui de Claudia ; que le Tribunal n'ayant accueilli que cette dernière prétention, M. Y... a relevé appel du jugement en ce qu'il avait refusé de modifier la mention de son sexe sur l'acte de naissance et a demandé à la cour d'appel de désigner des experts ayant mission de décrire et d'expliquer le processus de féminisation dont il avait été l'objet et de constater son transsexualisme ; que l'arrêt attaqué a estimé cette mesure inutile et a confirmé la décision des premiers juges ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 9 et 57 du Code civil ;

Attendu que, pour refuser la mesure d'instruction sollicitée par M. Y... dans le but de faire constater la réalité du syndrome transsexuel dont il se déclarait atteint, la cour d'appel a estimé que les caractères du transsexualisme de l'intéressé étaient suffisamment démontrés par les documents médicaux que celui-ci produisait ;

Attendu cependant, que si l'appartenance apparente de M. Y... au sexe féminin était attestée par un certificat du chirurgien ayant pratiqué l'intervention et l'avis officieux d'un médecin consulté par l'intéressé, la réalité du syndrome transsexuel ne pouvait être établie que par une expertise judiciaire ; qu'en s'abstenant de prescrire cette mesure et en considérant comme démontré l'état dont se prévalait M. Y..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le moyen unique, pris en ses deuxième et cinquième branches :

Vu l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 9 et 57 du Code civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

Attendu que, pour rejeter les demandes de M. Y..., l'arrêt attaqué énonce encore que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes s'oppose à ce qu'il soit tenu compte de transformations obtenues à l'aide d'opérations volontairement provoquées, et que la conviction intime de l'intéressé d'appartenir au sexe féminin ainsi que sa volonté, reconnue et appliquée, de se comporter comme tel, ne sauraient suffire pour faire reconnaître qu'il est devenu une femme ;

Attendu, cependant, que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ; d'où il suit qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 novembre 1990, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier ; MOYEN ANNEXÉ Moyen produit par la SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin, avocats aux Conseils, pour M. Y...

#### MOYEN UNIQUE DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir débouté une personne (Marc, devenu Claudia, Y..., l'exposant) de sa demande tendant à la rectification de son Etat civil par la substitution de la mention " sexe féminin " à la mention " sexe masculin " ;

AUX MOTIFS QUE le sexe était une notion complexe comportant plusieurs éléments : le sexe anatomique (constitué par les organes génitaux et par des caractères secondaires tels que seins, pilosité et voix), le sexe chromosomique (XX chez la femme, XY chez l'homme), le sexe hormonal (caractérisé par la sécrétion prépondérante d'hormones mâles ou femelles), le sexe psychosocial (consistant en la conviction pour un individu d'appartenir à l'un ou l'autre sexe et de vouloir se comporter comme tel) ; qu'il résultait en l'espèce suffisamment de l'attestation d'un chirurgien anglais et du rapport officieux du docteur Haquette, sans qu'il fût nécessaire de recourir à une mesure d'instruction, que Marc Y... possédait à l'origine les attributs génitaux masculins auxquels s'étaient adjoints à la puberté les caractères accessoires de la masculinisation (barbe, muscles, voix) ; que son caryotype était également masculin (XY) ; qu'à l'âge de 21 ans, il avait subi une opération chirurgicale consistant en une castration totale et en la création d'une cavité ayant une apparence de vagin devant permettre des rapports sexuels de type féminin, suivie par une prise d'hormones femelles ; qu'au plan psychologique, il s'agissait d'un " transsexuel vrai ", c'est-à-dire ne relevant ni d'une

perversion morale ni de la pathologie psychiatrique ; que l'exposant était donc déterminé génétiquement comme un homme ; que ses organes génitaux et ses caractères sexuels secondaires étaient typiquement masculins jusqu'à ce qu'il les fit modifier artificiellement par des interventions hormonales et chirurgicales ; qu'il n'était pas admissible qu'un individu pût se prévaloir de ces artifices provoqués par lui-même et hors de toute contrainte extérieure pour prétendre avoir changé de sexe, ce qui aurait été violer la règle légale de l'indisponibilité de l'état des personnes ;

que, par ailleurs, ces artifices ne transformaient pas un homme en femme, pas plus au plan des organes génitaux qu'à celui de la sécrétion hormonale réelle mais en créaient seulement l'illusion plus ou moins réussie ; qu'il restait donc uniquement la conviction intime de l'exposant d'appartenir au sexe féminin et sa volonté affirmée et appliquée de se comporter comme tel dans la vie professionnelle et sociale ; que cependant ce seul élément subjectif ne pouvait suffire à considérer que l'intéressé était ou était devenu femme ; que ce n'était pas parce qu'il avait la conviction intime d'être une femme qu'il l'était ;

ALORS QUE, de première part, les juges sont tenus d'ordonner la mesure d'instruction sollicitée lorsque le fait offert en preuve est de nature à modifier la solution du litige et que la partie n'a pas les moyens d'accomplir personnellement les investigations nécessaires ; qu'à titre subsidiaire, l'exposant avait demandé qu'une expertise médicale fût confiée à trois experts : un psychiatre, un endocrinologue et un généticien, avec mission notamment de vérifier son caryotype et de donner toutes explications médicales sur son processus de féminisation et le rôle joué par le cerveau en ce qui concerne son identité sexuelle féminine ; qu'en se refusant à ordonner cette expertise, la cour d'appel a violé l'article 146 du nouveau Code de procédure civile ;

ALORS QUE, de deuxième part, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne signifie pas que cet état soit intangible ; que sa modification peut parfaitement se produire et intervenir le plus souvent à l'initiative de l'intéressé lui-même ; qu'en déclarant qu'il n'était pas admissible qu'un individu pût se prévaloir d'artifices provoqués par lui-même hors de toute contrainte extérieure pour prétendre avoir changé de sexe, ce qui aurait été violer la règle légale de l'indisponibilité de l'état des personnes, et en refusant en conséquence la modification sollicitée, la cour d'appel a violé les articles 57 et 99 du Code civil ;

ALORS QUE, de troisième part, ayant constaté que le sexe psychosocial était l'une des composantes du sexe dont les autres étaient le sexe anatomique, le sexe chromosomique et le sexe hormonal, puis relevé que le sexe psychosocial de l'exposant était féminin, ce dont il résultait, selon sa propre définition, que l'exposant ne pouvait être considéré comme de sexe masculin en l'absence de l'une de ses composantes, en sorte qu'était erronée la mention de l'acte de naissance qualifiant l'exposant de sexe masculin, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et, partant, a violé les articles 57 et 99 du Code civil ;

ALORS QUE, de quatrième part, les juges ne peuvent se prononcer par des considérations abstraites et de portée générale ; qu'ayant donné du sexe une définition précise en constatant qu'il était composé de quatre éléments : anatomique, chromosomique, hormonal et psychique, la cour d'appel ne pouvait ensuite déclarer que le quatrième élément (psychique) ne pouvait suffire à faire admettre que l'exposant était devenu de sexe féminin, bien qu'il eût perdu ses attributs du sexe masculin, par cela seul que cette composante psychique, n'étant que

subjective, ne pouvait être prise en considération ; qu'elle se devait de préciser les raisons, nécessairement tirées de la science médicale, pour lesquelles elle considérait que cette composante psychique du sexe ne reposait sur aucune donnée objective ; qu'en s'abstenant de le faire, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 57 et 99 du Code civil ;

ALORS qu'enfin le transsexuel, qui a perdu certains caractères de son sexe d'origine sans acquérir ceux du sexe opposé, ne peut en conséquence plus être rattaché à l'un ou l'autre des sexes ; que, dans ce cas, l'ordre public, dont la finalité est d'assurer l'harmonie et la paix sociales, comme la nécessité de porter secours à l'intéressé commandent, au juge de consacrer l'apparence en attribuant au transsexuel le sexe dont, à l'égard des autres, il a désormais l'aspect ; qu'en refusant d'accéder à la demande de l'exposant sous prétexte que les artifices qu'il avait provoqués, et qui lui avaient fait perdre ses caractères sexuels masculins d'origine, ne l'avaient pas pour autant transformé en femme mais en avaient seulement créé l'illusion plus ou moins réussie, la cour d'appel a violé les articles 57 et 99 du Code civil.

Publication : Bulletin 1992 A.P. N° 13 p. 27 Semaine juridique, 1993-02-03, n° 5, p. 41, conclusions et note M. JEOL et G. MEMETEAU.

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 1990-11-15

Titrages et résumés : 1° ETAT CIVIL - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Refus - Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Article 8 - Respect de la vie privée - Atteinte

1° Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée, posé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du Code civil, justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'appartenance, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne faisant pas obstacle à une telle modification (arrêts n°s 1 et 2).

1° CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Interprétation - Article 8 - Respect de la vie privée - Atteinte - Etat civil - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Modification justifiée par un traitement médico-chirurgical à but thérapeutique - Refus

1° ETAT CIVIL - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Modification justifiée par un traitement médico-chirurgical à but thérapeutique

1° PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE - Respect de la vie privée - Atteinte - Etat civil - Acte de naissance - Modification - Mention relative au sexe - Modification justifiée par un traitement médico-chirurgical à but thérapeutique - Refus

1° ETAT CIVIL - Indisponibilité de l'état des personnes - Sexe - Modification justifiée par un traitement médico-chirurgical à but thérapeutique - Atteinte (non)

2° PREUVE (règles générales) - Moyen de preuve - Preuve de la réalité du syndrome

transsexuel - Expertise judiciaire - Nécessité - Documents médicaux produits par l'intéressé - Absence d'influence

2° La réalité du syndrome transsexuel ne peut être établie que par une expertise judiciaire ; dès lors, n'a pas donné de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour refuser la mesure d'instruction sollicitée par l'intéressé, a considéré que l'appartenance apparente de celui-ci au sexe féminin était suffisamment démontrée par les documents médicaux produits par lui (arrêt n° 2).

2° MESURES D'INSTRUCTION - Expertise - Nécessité de l'ordonner - Syndrome transsexuel - Preuve - Documents médicaux produits par l'intéressé - Absence d'influence

2° MESURES D'INSTRUCTION - Opportunité - Appréciation des juges du fond - Syndrome transsexuel - Preuve - Expertise judiciaire - Nécessité de l'ordonner - Documents médicaux produits par l'intéressé - Absence d'influence

Précédents jurisprudentiels : EN SENS CONTRAIRE : (1°). Chambre civile 1, 1990-05-21, Bulletin 1990, I, n° 117, p. 83 (rejet), et l'arrêt cité

## Article 62

Modifié par [LOI n°2009-61 du 16 janvier 2009 - art. 1](#)

L'acte de reconnaissance énonce les prénoms, nom, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile de l'auteur de la reconnaissance.

Il indique les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance, sous réserve des dispositions de [l'article 326](#).

L'acte de reconnaissance est inscrit à sa date sur les registres de l'état civil.

Seules les mentions prévues au premier alinéa sont portées, le cas échéant, en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

Dans les circonstances prévues à l'article [59](#), la déclaration de reconnaissance peut être reçue par les officiers instrumentaires désignés en cet article et dans les formes qui y sont indiquées.

Lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance, il est fait lecture à son auteur des articles [371-1](#) et [371-2](#).

Article 515-8

Modifié par

[Loi 2007-308 2007-03-05 art. 1 3° JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009](#)

Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.

Article 230 [En savoir plus sur cet article...](#)

Modifié par [Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 2 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005](#)

Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce.

Le divorce peut être prononcé en cas :

- soit de consentement mutuel ;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute.

Article 230 [En savoir plus sur cet article...](#)

Modifié par [Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 2 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005](#)

Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce.

Article 515-7

Modifié par [LOI n°2011-331 du 28 mars 2011 - art. 12](#)

Le pacte civil de solidarité se dissout par la mort de l'un des partenaires ou par le mariage des partenaires ou de l'un d'eux. En ce cas, la dissolution prend effet à la date de l'événement.

Le greffier du tribunal d'instance du lieu d'enregistrement du pacte civil de solidarité ou le notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte, informé du mariage ou du décès par l'officier de l'état civil compétent, enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.

Le pacte civil de solidarité se dissout également par déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux.

Les partenaires qui décident de mettre fin d'un commun accord au pacte civil de solidarité remettent ou adressent au greffe du tribunal d'instance du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte une déclaration conjointe à cette fin.

Le partenaire qui décide de mettre fin au pacte civil de solidarité le fait signifier à l'autre. Une copie de cette signification est remise ou adressée au greffe du tribunal d'instance du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte.

Le greffier ou le notaire enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.

La dissolution du pacte civil de solidarité prend effet, dans les rapports entre les partenaires, à la date de son enregistrement.

Elle est opposable aux tiers à partir du jour où les formalités de publicité ont été accomplies.

A l'étranger, les fonctions confiées par le présent article au greffier du tribunal d'instance sont assurées par les agents diplomatiques et consulaires français, qui procèdent ou font procéder également aux formalités prévues au sixième alinéa.

Les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi.

Sauf convention contraire, les créances dont les partenaires sont titulaires l'un envers l'autre sont évaluées selon les règles prévues à [l'article 1469](#). Ces créances peuvent être compensées avec les avantages que leur titulaire a pu retirer de la vie commune, notamment en ne contribuant pas à hauteur de ses facultés aux dettes contractées pour les besoins de la vie courante.

Article 373-2-7

Créé par [Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 - art. 5 JORF 5 mars 2002](#)

Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement