



UCL Université catholique de Louvain

Faculté de droit et de criminologie

**Les transsexuels en Europe :  
Le droit au mariage et le droit à la vie privée et familiale.**

**Mémoire réalisé par :**

**Pauline VAN PARYS**

**Promoteur :**

**Pascale VIELLE**



## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.



# TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION .....	1
CHAPITRE I. LE TRANSEXUALISME EN EUROPE : MÉDECINE, DROIT ET SOCIÉTÉ .....	3
<b>SECTION 1. Définitions et usages des termes .....</b>	<b>3</b>
§ 1. Sexe, genre et identité de genre .....	3
§ 2. Le transsexualisme et autres troubles de l'identité de genre .....	6
<b>SECTION 2. Les différentes approches de la transsexualité .....</b>	<b>8</b>
§ 1. Le transsexualisme dans les sciences médicales .....	8
A. Le transsexualisme : changer de sexe.....	8
B. La réflexion médicale actuelle .....	9
§ 2. Le phénomène transsexuel et les mouvements critiques du genre .....	10
A. Le mouvement transgenre : changer le genre.....	10
B. Les revendications transgenres.....	11
§ 3. Le transsexualisme comme problématique juridique .....	12
A. Le sexe dans la loi .....	12
B. Le changement de sexe juridique : droit ou partie de la thérapie? .....	13
<b>SECTION 3. La situation juridique des personnes transsexuelles dans les pays         européens.....</b>	<b>14</b>
§ 1. Analyse comparative des différentes législations nationales .....	14
§ 2. Le cadre juridique international et européen .....	16
A. Nations-Unies.....	17
B. Conseil de l'Europe.....	17
C. Union européenne .....	18
D. Les Principes de Jogjakarta .....	19
CHAPITRE II. LES RÉPONSES APPORTÉES PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME AUX REVENDICATIONS DES TRANSEXUELS.....	21
<b>SECTION 1. Les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des         droits de l'homme et des libertés fondamentales.....</b>	<b>21</b>
§ 1. L'article 8 et le droit au respect de sa vie privée et familiale .....	22
§ 2. L'article 12 et le droit au mariage et de fonder une famille .....	24
§ 3. L'article 14 et le droit à ne pas être discriminé .....	24
<b>SECTION 2. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les         questions relatives aux transsexuels .....</b>	<b>25</b>
§ 1. Jurisprudence avant l'arrêt <i>Goodwin c. Royaume-Uni</i> (1979 - 2002).....	25
§ 2. Les arrêts <i>Goodwin c. Royaume-Uni</i> et <i>I. c. Royaume-Uni</i> (2002).....	30
§ 3. Les décisions postérieures à la jurisprudence <i>Goodwin</i> (2003- ).....	32
CHAPITRE III. LA VIE FAMILIALE ANTÉRIEURE DES TRANSEXUELS .....	35
<b>SECTION 1. L'existence d'un mariage antérieur.....</b>	<b>35</b>

§ 1.	. Problématique et solutions adoptées par les Etats européens.....	35
§ 2.	Conformité de l'obligation de célibat imposée par les Etats avec les articles 8 et 12 de la Convention .....	36
§ 3.	Observations et perspectives futures .....	39
	A. La transformation du mariage antérieur en partenariat civil .	39
	B. Les solutions allemandes et autrichiennes.....	40
<b>SECTION 2. La filiation .....</b>		<b>41</b>
§ 1.	Les liens de filiation .....	42
§ 2.	L'autorité parentale .....	43
<b>CHAPITRE IV. LA VIE FAMILIALE FUTURE DES TRANSSEXUELS.....</b>		<b>45</b>
<b>SECTION 1. Le Mariage .....</b>		<b>45</b>
§ 1.	La condition du sexe posée par l'article 12 de la Convention et l'exclusion d'un droit au mariage pour les personnes de même sexe .	45
§ 2.	La reconnaissance partielle d'un droit au mariage pour les transsexuels par la Cour européenne des droits de l'homme .....	47
§ 3.	L'enjeu de la reconnaissance légale du genre .....	49
	A. Le droit au changement de sexe des transsexuels opérés .....	49
	B. La question de l'imposition de traitements médicaux comme préalable à la reconnaissance du genre.....	50
	C. Nouvelles perspectives .....	51
<b>SECTION 2. L'accès à la parenté .....</b>		<b>52</b>
§ 1.	Comparaison entre le droit de « fonder une famille » garanti par l'article 12 et le droit à la « vie familiale » garanti par l'article 8 .....	53
§ 2.	L'accès direct à la parenté par procréation.....	54
§ 3.	Adoption et Procréation Médicalement Assistée.....	55
	A. Procréation médicalement assistée .....	55
	1) Application de l'article 8 de la Convention à la décision d'avoir recours à la procréation médicalement assistée.....	55
	2) Un précédent : l'arrêt X, Y et Z c. Royaume-Uni.....	56
	3) Limites de cette jurisprudence .....	57
	B. L'adoption .....	58
	1) L'adoption dans les pays européens.....	58
	2) L'égalité d'accès dans la procédure d'adoption.....	59
<b>CONCLUSION.....</b>		<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>		<b>64</b>

## INTRODUCTION

---

Depuis des temps immémoriaux, chaque individu se voit attribuer un sexe à la naissance et classer juridiquement dans la catégorie des hommes ou des femmes. Mais cette assignation à un sexe ne sert pas seulement à identifier un individu et à le différencier des membres de l'autre catégorie mais elle lui confère également un rôle à remplir dans ses relations avec les autres, celui d'être « père de », « mère de », « mari de » ou « épouse de ».

L'histoire a cependant montré qu'il y a toujours eu des personnes refusant cette assignation à l'identité et aux rôles inhérents à leur sexe et la société les a approchés et traités différemment selon les cultures et les époques<sup>1</sup>. Cependant, l'évolution récente des techniques médicales et l'apparition de traitements hormonaux ont permis à des personnes de prendre du moins en apparence les caractéristiques du sexe qu'ils considéraient comme le leur. Les années 50 et 60 ont ainsi vu apparaître une troisième catégorie d'individu, ni tout à fait homme ni tout à fait femme : les transsexuels ou les « trans ». Outre les problèmes juridiques liés à l'identification dans la société de ces personnes dont le sexe juridique ne correspondait plus à leur apparence physique, la question s'est posée également du rôle socio-juridique qu'ils seraient amenés à jouer dans leurs relations avec d'autres membres de la société. Un transsexuel peut-il devenir le mari ou la femme de quelqu'un ou le père ou la mère d'une personne ? Inversement s'il l'était déjà peut-il le rester ?

A l'heure actuelle, la plupart des pays européens sont confrontés phénomène du transsexualisme et il convient dès lors de s'interroger sur ces questions délicates. D'autant plus qu'en vertu des obligations qui leur incombent au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, les Etats membres du Conseil de l'Europe sont tenus de garantir à tous leurs citoyens le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), le droit au mariage et de fonder une famille (article 12) et le droit à ne pas être discriminé dans la jouissance de ces droits (article 14).

---

<sup>1</sup> J. MOTMANS (sous la direction de), *Etre transgenre en Belgique: un aperçu de la situation juridique et sociale des personnes transgenre*, Bruxelles, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2009, p.25.

Pour répondre à nos interrogations, nous commencerons tout d'abord par poser le contexte général dans lequel se situe la problématique du transsexualisme en Europe. Il sera notamment question de préciser les contours de certaines notions mais aussi d'étudier les différents courants qui sous-tendent la problématique. Nous étudierons également dans ce chapitre la situation juridique des personnes transsexuelles en Europe, en nous basant notamment sur les rapports et études publiées par le Conseil de l'Europe (Chapitre I). Nous examinerons ensuite les réponses qu'a pu donner la Cour européenne des droits de l'homme sur les questions soulevées par le transsexualisme. Il s'agira notamment retracer l'évolution de sa jurisprudence et d'examiner l'interprétation qu'elle a donné des droits reconnus par la Convention (Chapitre II). Dans un troisième temps, nous aborderons le cas spécifique du transsexuel marié et père ou mère d'un enfant. Nous tenterons de répondre à la question de savoir si en Europe une personne qui souhaite changer de sexe peut conserver ses liens familiaux déjà établis. Il s'agira de mettre en évidence les situations qui posent question au regard des droits de l'homme et de dégager déjà à ce stade quelques solutions (Chapitre III). Nous examinerons enfin la question des relations familiales futures d'une personne transsexuelle. Nous verrons notamment quelles sont au regard des droits reconnus par la Convention, les possibilités ouvertes aux transsexuels quant au mariage et à l'accès à la parenté (Chapitre IV).

## CHAPITRE I. Le transsexualisme en Europe : Médecine, droit et société

---

L'objectif de ce premier chapitre est triple. Il s'agira dans un premier temps, face à une profusion de termes aux définitions souvent disparates, de définir et de préciser la terminologie employée par les différents acteurs du débat sur la problématique « trans» (Section 1). Dans un second temps, nous tenterons d'explicitier les approches de la transsexualité par la médecine, les mouvements critiques du genre et le droit (Section 2). Dans un troisième temps, nous examinerons la situation juridique actuelle des personnes transsexuelles dans les pays européens (Section 3).

### SECTION 1. Définitions et usages des termes

#### § 1. Sexe, genre et identité de genre

L'étude de la transsexualité est fondamentalement liée à la réflexion sur le sexe, le genre et l'identité de genre et sur la nécessité de distinguer ces concepts. Il paraît important dans le cadre de ce travail de définir et d'examiner les différents usages de ces notions.

Le droit positif qu'il soit national, européen ou international fait référence au sexe comme étant une réalité naturelle mais ne définit jamais cette notion<sup>2</sup>. Pour F. Rigaux, « Quand une norme juridique désigne un phénomène qui se laisse observer dans la nature, le praticien du droit ne saurait manquer de se référer aux connaissances médicales mises à sa portée, le cas échéant avec le concours d'experts scientifiques<sup>3</sup> ». Toutefois, déterminer le sexe d'un individu n'est pas aussi simple qu'on pourrait le croire<sup>4</sup>.

Beaucoup d'auteurs ont souligné la complexité de la notion de sexe qui serait composée de plusieurs éléments: le sexe anatomique (organes génitaux externes), le sexe chromosomique (XY\XX), le sexe hormonal (testostérone-œstrogène), le sexe

---

<sup>2</sup> D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in N. GALLUS (sous la direction de), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, p. 7.

<sup>3</sup> F. RIGAUX, « Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées », *Rev.trim. D. H.*, 1998, p. 137.

<sup>4</sup> L. BERENI et autres., *Introduction aux gender studies . Manuel des études sur le genre*, Bruxelles, De Boeck, 2008, p. 24.

gonadique (testicules-ovaires), le sexe psychologique et le sexe social (comportemental)<sup>5</sup>. Il faut aussi souligner la polysémie du terme sexe qui peut viser tant l'organe sexuel que la fonction ou la catégorie d'individus<sup>6</sup>. De manière relativement simple pourtant, l'appartenance au sexe féminin ou au sexe masculin est déterminée la plupart du temps par l'apparence des organes génitaux<sup>7</sup>.

La notion de genre fût, au départ, opposée à celle de sexe pour mettre en évidence les différences entre hommes et femmes qui n'étaient pas liées à la biologie<sup>8</sup>. Dans le cadre de la recherche sur la transsexualité, le psychanalyste R. Stoller utilisa ce terme, pour distinguer l'identité sexuelle (identification psychologique à un sexe) du sexe biologique<sup>9</sup>. Les sexologues, J. Money et A. Erhardt, appuyèrent également leurs théories sur cette distinction entre le sexe, l'élément biologique et le genre qui fait référence à l'expérience contingente de soi comme homme ou femme<sup>10</sup>. Ils précisent qu'il convient aussi de distinguer également le « rôle de genre » qui renvoie au comportement public d'une personne et « identité de genre » qui fait référence à l'expérience intime que la personne a en elle-même<sup>11</sup>.

Les sciences médicales ont ainsi utilisé, dans la recherche sur la transsexualité et l'intersexualité, la notion de genre au sens de « sexe social » ou « rôle de sexe » pour le distinguer du sexe qui renvoie à l'élément biologique<sup>12</sup>.

A côté de cette approche médicale principalement descriptive, ce sont les études féministes, qui se sont intéressées à la notion de genre. Dans un premier temps, la

---

<sup>5</sup> L. BERENI et autres, *Introduction aux gender studies. Manuel des études sur le genre*, op.cit., p.24 ; D. SALAS, *Sujet de chair, sujet de droit : La justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, 1994, p.35 ; S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *R.T.D.F.*, 2009, p.60 ; X. *Sur l'identité sexuelle : à propos du transsexualisme*, Paris, Editions de l'association freudienne internationale, 1996, p.92.

<sup>6</sup> B. PY, *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, 1999, p. 5 ; voy. également L. BERENI et autres, *Introduction aux gender studies. Manuel des études sur le genre*, op.cit., p. 24.

<sup>7</sup> S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », op. cit., p. 60.

<sup>8</sup> L. BERENI et autres, *Introduction aux gendres studies: Manuel des études sur le genre*, op.cit., p. 16.

<sup>9</sup> I. LÖWY, « Intersexe et Transsexualités: Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du Genre*, 2003/1 n° 34, pp. 81-104, L. BERENI et autres, *Introduction aux gender studies : Manuel des études de genre*, op.cit., p. 17.

<sup>10</sup> I. LÖWY, « Intersexe et Transsexualités: Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », op.cit., p. 87, L. BERENI et autres, *Introduction aux gender studies: Manuel des études sur genre*, op.cit., p. 17.

<sup>11</sup> J. MONEY et A. EHRHART, *Man and Woman, Boy and Girl*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1972 cité par L. BERENI et autres, op.cit., p. 16.

<sup>12</sup> L. BERENI et autres, op.cit., p. 17.

féministe A. Oakley avait défini le sexe comme décrivant les différences biologiques entre les mâles et les femelles et le genre comme renvoyant à la distinction culturelle entre les rôles sociaux<sup>13</sup>. Pour un deuxième âge de la pensée féministe, cependant, le genre n'est pas la part sociale de la division des sexes mais il est cette division, il précède les sexes et les construit<sup>14</sup>. Le genre dans cette seconde acceptation est le rapport social diviseur ou le rapport social hiérarchique qui divise l'humanité en deux moitiés inégales les hommes et les femmes<sup>15</sup>.

Les législations nationales utilisent le vocable « sexe » pour désigner juridiquement l'homme ou la femme alors qu'en droit international depuis la Conférence de Beijing en 1995 c'est le terme « genre » qui est privilégié pour faire référence aux rapports sociaux de sexe et à la discrimination envers les femmes<sup>16</sup>. Le terme « genre » est par ailleurs devenu le mot-clé des institutions européennes pour promouvoir l'égalité des femmes<sup>17</sup>.

L'identité de genre ou identité sexuelle<sup>18</sup> est classiquement définie, comme « l'expérience personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps et d'autres façons d'exprimer son genre, notamment la façon de s'habiller, de parler ou de se comporter<sup>19</sup> ».

Il importe de ne pas confondre l'identité de genre avec l'orientation sexuelle qui renvoie à « la capacité de chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers les personnes du genre opposé (hétérosexuel), du même genre

---

<sup>13</sup> L. BERENI et autres., *Introduction aux gender studies : Manuel des études de genre*, *op.cit.*, p. 17 ; I. LÖWY, « Intersexe et Transsexualités : Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *op.cit.*, p. 17.

<sup>14</sup> L. BERENI et autres., *op.cit.*, pp. 19-22

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>16</sup> D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipées du genre », *op.cit.*, p. 7.

<sup>17</sup> I. LÖWY et H. ROUCH, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du genre*, n°34, 2003, p.4.

<sup>18</sup> L'identité sexuée ou sexuelle est a priori un synonyme de l'identité de genre, c'est la traduction en français de *gender identity*. Cependant le droit à l'identité sexuelle peut désigner le choix de mener une vie sexuelle conforme à son identité profonde.

<sup>19</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2009, [www.commissioner.coe.int](http://www.commissioner.coe.int), p.6 ; Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2011, [www.commissioner.coe.int](http://www.commissioner.coe.int), p. 139, définition élaborée à partir des principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 2006 ; voir aussi L. BERENI et autres., *op.cit.*, p.78.

(homosexuel, lesbienne, gay), ou de plus d'un genre (bisexuel) et d'entretenir des relations intimes avec ces personnes<sup>20</sup>. Orientation sexuelle et identité de genre sont cependant souvent analysées ensemble au regard de la notion de discrimination bien qu'elles présentent chacune des spécificités<sup>21</sup>.

## § 2. Le transsexualisme et autres troubles de l'identité de genre

Tout individu possède une identité de genre, et la plupart du temps, celle-ci coïncide avec son sexe biologique<sup>22</sup>. A côté, on va trouver toute une série de cas dans lesquelles l'identité de genre d'une personne ne correspond pas à son sexe biologique, ces situations sont qualifiées de troubles de l'identité de genre<sup>23</sup>.

Le transsexualisme est défini classiquement selon la définition donnée par R. Stoller en 1968<sup>24</sup> comme « le sentiment éprouvé par un individu normalement constitué d'appartenir au sexe opposé à celui de sa naissance, et s'accompagne du désir intense et obsédant de changer d'état sexuel anatomie comprise pour vivre sous une apparence conforme à l'idée qu'il s'est faite de lui-même<sup>25</sup> ».

Le transsexuel fait référence à « la personne qui a une identité de genre qui ne correspond pas au sexe qui lui a été attribué à la naissance et qui de ce fait, ressent le besoin de changer de sexe de façon permanente et de modifier son apparence ou sa fonction corporelle en suivant un traitement de conversion sexuelle<sup>26</sup> ». On distingue les transsexuels préopératoires qui n'ont pas encore subi d'opération chirurgicale de conversion ou alors seulement un traitement partiel et les transsexuels postopératoires ou transsexuels au sens strict qui ont suivi une opération de réassignation sexuelle complète.

---

<sup>20</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, *op.cit.*, p. 139.

<sup>21</sup> P. GUEZ, « Identité de genre et droit international privé », in N. GALLUS (sous la direction de), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, p. 116.

<sup>22</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *Ann. dr.*, vol. 73, 2013, p. 139.

<sup>23</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op.cit.*, p. 139.

<sup>24</sup> R. STOLLER, *Sex and Gender. On the development of Masculinity and Femininity*, New York, Science House, 1968.

<sup>25</sup> J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *Rev. trim. D. H.*, 2006, p.44 ; B. PY, *Le sexe et le droit*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>26</sup> Une définition proposée dans Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, *op.cit.*, p.143.

Moins connu, le transgendérisme a deux acceptations. Il désigne d'une part, un stade intermédiaire vers une transformation sexuelle complète, soit la situation d'une personne qui vit en permanence sous le genre opposé mais qui ne souhaite pas au départ pour diverses raisons recourir à une opération de conversion sexuelle, et d'autre part, il fait référence à la personne chez qui les identités féminine et masculine sont toutes deux présentes avec la même force.<sup>27</sup>

Cependant, sur le plan social et politique, le transgendériste est souvent confondu avec le « transgenre », un terme qui a lui aussi plusieurs acceptations<sup>28</sup>. Le terme « transgenre » va selon l'acceptation qui en est faite englober le transsexuel ou être distingué du transsexuel.

On parle ainsi de personnes transgenres, et plus récemment de personnes « trans » comme terme parapluie regroupant les personnes qui ont une identité de genre ou une expression de genre différente du sexe qui leur a été attribué à la naissance, ce qui inclut transsexuels, les transgenres, travestis mais aussi androgyne, polygenre, genderqueer et tout autre personne qui a une identité de genre ou expression de genre qui n'est pas strictement féminine ou masculine et qui exprime leur genre à travers le choix de leur vêtements, leur présentation, des modifications corporelles pouvant inclure plusieurs opérations chirurgicales.<sup>29</sup> Les noms de bi-gender, intergender, genderqueer, no-gender ou free-gender sont des exemples d'autodénomination de personne de genre variant qui ne se reconnaissent pas dans les cases hommes et femmes et qui défient le système de genre binaire obligatoire<sup>30</sup>.

Pour le manuel des études de genre, la personne transgenre se distingue d'une personne transsexuelle « en ce qu'elle n'a généralement pas recours à la chirurgie et revendique une identité « trans » en tant que telle, et non l'appartenance à une catégorie de sexe

---

<sup>27</sup> J. MOTMANS (sous la direction de.), *Etre transgenre en Belgique: un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres*, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, Bruxelles, 2009, p. 23.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>29</sup> Traduction libre de European Commission, *Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, Luxembourg, Office for official publications of the European Union, 2012, p. 12.

<sup>30</sup> J. MOTMANS (sous la direction de), *op.cit.*, p. 29.

homogène<sup>31</sup> ».

Le terme transidentité<sup>32</sup> renvoie au fait de « vivre socialement dans une identité sexuée qui ne correspond pas au sexe de naissance figurant sur l'état civil que ces personnes soient hormonées (transgenres au sens strict), ou non (travesties au sens strict) ou opérées (transsexuelles au sens strict) ou non<sup>33</sup> ».

Il est parfois difficile de se repérer avec toutes ces définitions parfois très disparates. On constate qu'au niveau international et européen, on se réfère de plus en plus aux « trans » ou aux transgenres, notamment dans les rapports et recommandations des organismes du Conseil de l'Europe, soit parce que ces termes permettent de prendre en compte plus de situations ou soit parce qu'ils sont plus neutres sur le plan politique<sup>34</sup>. Cependant les législations nationales ainsi que la majorité de la doctrine et de la jurisprudence se réfèrent en général aux seuls transsexuels.

## SECTION 2. Les différentes approches de la transsexualité

Le transsexualisme est un problème complexe qui se trouve aux frontières de nombreuses disciplines existantes et mets ainsi en cause de façon fondamentale les territoires de la biologie, de la médecine et du droit pour n'en citer que quelques uns<sup>35</sup>. Pour une meilleure compréhension de la problématique qui nous occupe, nous allons voir dans cette section comment la problématique de la transsexualité a été abordée sous l'angle de la médecine, du droit mais aussi des mouvements politiques critiques du genre, avec derrière une question fondamentale : comment peut-on changer de sexe ?

### § 1. Le transsexualisme dans les sciences médicales

#### A. Le transsexualisme : changer de sexe

C'est dans les années 50, que le transsexualisme apparait dans les sciences médicales grâce notamment aux recherches menées par deux sexologues H. Benjamin et J. Money.

<sup>31</sup> L. BERENI et autres, *Introduction aux gender studies: Manuel des études de genre*, op.cit., p. 28.

<sup>32</sup> On parlera de personnes transidentitaires.

<sup>33</sup> C. FORTIER, L. BRUNET, « Le changement d'état civil des personnes « trans » en France du transsexualisme à la transidentité », in N. GALLUS (sous la direction de.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, p. 64.

<sup>34</sup> L'usage des termes « transsexuel », « transsexualité » et « transsexualisme » est fort critiqué dans la mesure où ils ont une forte connotation médicale, on recommande d'utiliser des termes plus neutres comme « trans » ou transgenre ; Voy. not. J. MOTMANS (sous la direction de), op. cit., p. 31-32.

<sup>35</sup> J. RAYMOND, *L'Empire transsexuel*, Paris, éd. du Seuil, 1981, p. 29.

H. Benjamin va développer l'idée que face à une inversion radicale chez une personne de son genre compris comme « statut identitaire totalement déssexualisé » et de son sexe nommée et diagnostiquée, il faut réparer cette dysphorie entre le corps réel et sa représentation psychologique par le biais de la chirurgie<sup>36</sup>.

H. Benjamin est souvent considéré comme le père fondateur de la transsexualité occidentale car il franchit l'étape révolutionnaire d'assurer une chirurgie de conversion sexuelle pour les candidats adéquats<sup>37</sup>. Au même moment, J. Money va un peu plus loin dans la réflexion, il va considérer l'identité sexuée ou identité de genre d'un individu comme le produit d'un développement biologique et psychosocial où peut se produire une erreur dans la différenciation sexuelle au cours de la phase prénatale et post-natale<sup>38</sup>. A l'instar de H. Benjamin, il est également favorable aux opérations de réassignation sexuelle, avec l'idée qu'une fois que l'identité de genre d'un individu s'est constituée, on ne peut ne pas en changer sous peine de porter atteinte à l'équilibre psychologique du sujet<sup>39</sup>.

Ces médecins vont formuler un diagnostic médical du transsexualisme et militer pour la reconnaissance de ce trouble de l'identité et des opérations de changement de sexe<sup>40</sup>. Dans la logique médicale, le transsexualisme est une pathologie et la seule manière de la traiter est de faire correspondre le corps de la personne, anatomie comprise à son identité de genre. Cette conception médicale est tributaire d'une certaine pensée du genre dans le sens où il va de soi qu'il n'y a que deux sexes et que la transsexualité est une erreur marginale de la nature qui peut être efficacement corrigée par la chirurgie<sup>41</sup>.

## B. La réflexion médicale actuelle

Le débat sur la transsexualité a évolué depuis H. Benjamin et les classifications médicales sont aujourd'hui mises en question par des associations de transgenres qui

---

<sup>36</sup> H. BENJAMIN, *The transexual phenomenon*, New York, Julian Press, 1966, p. 17 ; D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : La justice face au transsexualisme*, op.cit., pp. 36-40.

<sup>37</sup> J. MOTMANS (sous la direction de), *Etre transgenre en Belgique : un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres*, op.cit., p. 18.

<sup>38</sup> D. SALAS, *Sujet de chair, Sujet de droit: La justice face au transsexualisme*, Op. cit., p. 36-40 ; J. MONEY et P. TUCKER, *Sexual Signature*, Boston, 1975, p. 230.

<sup>39</sup> D. SALAS, *Sujet de chair, sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Op. cit., pp. 36-40.

<sup>40</sup> L. BERENI et al., *Introduction aux gender studies : Manuel des études sur le genre*, Op. cit., p.29.

<sup>41</sup> P. CALIFIA, *Le Mouvement transgenre. Changer de sexe*, EPEL, Paris, 2003 cité par L. BERENI et autres, op.cit., p. 29.

militent actuellement pour que l'on retire, à l'instar de ce qui s'est passé pour l'homosexualité en 1973, le transsexualisme de la catégorie des maladies mentales.

Néanmoins, le transsexualisme est toujours considéré dans le milieu médical comme une maladie mentale. Actuellement, deux des systèmes internationaux de classement des maladies, le DMS (Manuel diagnostique et statistiques des troubles mentaux) de l'*American Psychiatry Association*<sup>42</sup> et le CIM (Classification internationale des maladies) de l'OMS<sup>43</sup> classent le transsexualisme parmi les troubles de l'identité de genre (*gender identity disorder*). Les troubles de l'identité de genre sont considérés comme des troubles mentaux et du comportement et concernent les personnes qui éprouvent une dysphorie de genre importante c'est-à-dire une insatisfaction à l'égard de leur sexe de naissance<sup>44</sup>. C'est la WPATH<sup>45</sup>, qui établit les normes de soins pour les personnes atteintes de ce type de troubles, ces normes peuvent comprendre entre autres des traitements hormonaux et/ou des opérations chirurgicales selon le cas<sup>46</sup>.

## § 2. Le phénomène transsexuel et les mouvements critiques du genre

« Le transsexualisme éclaire de façon privilégiée certains problèmes cruciaux soulevés par les études féministes comme la socialisation du rôle sexuel, l'opposition nature/culture et les définitions des frontières entre féminité et masculinité<sup>47</sup> ». « En effet, qu'il s'agisse d'un transsexuel décidant de « changer de sexe » par le moyen d'une opération chirurgicale, d'une personne à l'anatomie génitale indéterminée, ou encore d'un individu ne se reconnaissant ni comme homme ni comme femme, l'identité transsexuel remet en question le système de bicatégorisation du genre<sup>48</sup> ».

### A. Le mouvement transgenre : changer le genre

Pour résumer, la démarche de la médecine consiste à adapter le sexe biologique de la

---

<sup>42</sup>American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder*, 4th edition, Washington DC, 2000.

<sup>43</sup> Organisation mondiale de la santé, *Classification statistique internationale des maladies et problèmes de santé connexes*, 10<sup>ème</sup> révision, version pour 2007.

<sup>44</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droit de l'homme et identité de genre : document thématique*, *op.cit.*, p.23.

<sup>45</sup> WPATH : World Psychiatric Association for Transgender Health..

<sup>46</sup> J. MOTMANS (sous la direction de), *Etre transgenre en Belgique : un aperçu de la situation juridique et sociale des personnes transgenres*, *op.cit.*, p.24.

<sup>47</sup> J. RAYMOND, *L'Empire transsexuel*, *op.cit.*, p.29.

<sup>48</sup> L. BERENI et al, *Introduction aux gender studies: Manuel des études sur le genre*, *op.cit.*, p. 28.

personne à son sexe psychologique afin de la réassigner dans une des deux catégories : les hommes ou les femmes. Pour certains de ses détracteurs, cette approche de la transsexualité participe au renforcement d'une certaine idéologie du genre, réaffirmant avec force la dualité des sexes et leur manifestation métonymique par les organes génitaux<sup>49</sup>. Le diagnostic de dysphorie de genre renvoie également à la question du vrai sexe d'une personne au sens de l'organe biologique sans aborder la question de savoir ce qu'est le sexe lui-même comme catégorie de classification<sup>50</sup>.

La critique va se développer au sein de la communauté « trans » et aboutir au modèle transgenre qui depuis 1990 révolutionne les stratégies politiques des mouvements sociaux liés au genre<sup>51</sup>. « En renvoyant le sexe à sa construction sociale et biologique, le mouvement transgenre critique le système de partition de l'humanité en sexes non seulement pour sa binarité oppressive, mais également dans sa prétention à faire du sexe un indice pertinent des divisions du monde social<sup>52</sup> ». Le mouvement transgenre se pose ainsi en mouvement contestataire du genre<sup>53</sup>. Ses membres choisissent d'assumer pleinement une identité « trans » ou transidentité.<sup>54</sup>

## B. Les revendications transgenres

Le mouvement « transgenre » ou « trans » s'est aujourd'hui développé et institué au travers d'organisations puissantes, s'alliant parfois avec d'autres mouvements critiques du genre comme le mouvement queer<sup>55</sup> ou intersexuel.

La cause transgenre a également été intégrée dans les combats menés par les organisations lesbiennes, gays et bisexuelles, d'où le vocable LGBT ou LGTBIQ<sup>56</sup> adopté par ces personnes sur la scène politique. Les associations de défense les plus importantes pour le continent européen sont ILGA-Europe et Transgender Europe

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 30

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 28- 31.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>55</sup> Ce terme désigne les personnes qui ne veulent pas être identifiées en référence à des notions traditionnelles de genre et d'orientation sexuelle et évitent les classifications hétéronormatives et binaires reposant sur le genre. Voy. à ce propos L. BERENI et autres, *op.cit.*, p. 33-35 ; Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, *op.cit.*, p. 142.

<sup>56</sup> LGTBIQ : Lesbian, Gay, Bisexual, Trans, Intersexe, Queer.

(TGEU)<sup>57</sup>. Il est important de souligner le rôle de ces associations de défense des droits des personnes transgenres dans le débat sur la transsexualité et l'influence de celles-ci sur le monde politique. Les personnes transgenres émergent sur la scène politique et l'on passe progressivement du transsexualisme, entité médicale à un véritable mouvement social<sup>58</sup>.

On peut résumer les revendications transgenres en quelques points :

- 1) La démedicalisation/dépathologisation de la transsexualité et les autres troubles de l'identité de genre.
- 2) Le droit à la reconnaissance de l'identité de genre choisie.
- 3) La lutte contre la discrimination dont les personnes transgenres font l'objet.

### § 3. Le transsexualisme comme problématique juridique

« Si le transsexualisme mobilise en première ligne la science médicale, il ne manque pas d'interpeller également le droit ».<sup>59</sup>

#### A. Le sexe dans la loi

« Les dispositifs juridiques aussi bien nationaux, européens ou internationaux se fondent sur l'existence présumée de deux sexes légalement établis<sup>60</sup> ». Dès leurs premiers jours, les êtres humains sont de cette manière juridiquement classés dans la catégorie mâle ou femelle suivant une tradition multiséculaire qui a normalisé cet arrangement binaire du genre humain fondé sur les caractéristiques biologiques des sexes<sup>61</sup>.

Pour D. Borrillo, on trouve deux sens au « sexe » dans la loi : le premier comme assignation à une catégorie, le deuxième comme injonction à la non-discrimination<sup>62</sup>. De plus, le droit étant influencé par les autres disciplines, il voit dans le sexe non seulement le sexe biologique mais également les rapports sociaux de genre et la

---

<sup>57</sup> [www.ilga-europe.org](http://www.ilga-europe.org); [www.tgeu.org](http://www.tgeu.org).

<sup>58</sup> H. FRIGNET, *Le transsexualisme*, Paris, Desclée de Brouwer, 2000, p. 94.

<sup>59</sup> S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op.cit.*, p.58.

<sup>60</sup> D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in N. GALLUS (sous la direction de), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, p. 8.

<sup>61</sup> D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre. », *op.cit.*, p. 9.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 9-18

différenciation des sexes<sup>63</sup>.

Le sexe fait de cette manière partie de ce qu'on appelle en droit civil « l'état des personnes<sup>64</sup> ». L'état contient une série d'informations qui permettent de déterminer la position juridique d'une personne et de la différencier des autres membres de la société<sup>65</sup>. La plupart des documents officiels et actes d'état civil délivrés par un Etat tel que l'acte de naissance, le passeport, la carte d'identité mentionnent le sexe féminin ou masculin de la personne.

C'est en règle générale, l'apparence des organes génitaux qui détermine dès les premiers jours de la vie d'un individu son appartenance à l'un des deux sexes<sup>66</sup>. Le refus d'une personne d'entrer dans la catégorie de sexe que le droit lui a assignée dès sa naissance pose plusieurs problèmes juridiques que la personne soit transsexuelle au sens strict ou transgenre. Le premier étant de savoir s'il faut adapter le sexe juridique de la personne au genre qu'elle s'est choisi.

#### B. Le changement de sexe juridique : droit ou partie de la thérapie?

La médecine a pu par le biais de traitements hormonaux et/ou chirurgicaux modifier radicalement l'apparence physique de la personne pour l'aligner totalement ou partiellement sur le genre qu'elle a choisi<sup>67</sup>. Mais la personne transsexuelle va ensuite solliciter du système juridique qu'il modifie son état civil pour le rendre conforme à sa nouvelle apparence sous peine de vivre au quotidien une distorsion entre son aspect physique et son statut juridique.

Pour les médecins, ce changement de sexe légal est d'ailleurs urgemment requis et fait partie de la thérapie de conversion sexuelle<sup>68</sup>.

Beaucoup de pays européens autorisent actuellement l'adaptation de la mention du sexe sur les actes d'état civil<sup>69</sup>. Cependant, le droit prenant appui sur les données médicales,

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>64</sup> S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op.cit.*, p. 60.

<sup>65</sup> O. TODTS, *op.cit.*, p. 137.

<sup>66</sup> S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op.cit.*, p. 60.

<sup>67</sup> A. WEYENBERG et E. BRIBOSIA, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. ULB.*, 2000, p. 114.

<sup>68</sup> D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, *op.cit.*, p. 51.

<sup>69</sup> Voy. *Infra* section 3.

cette modification de l'état civil concerne principalement les transsexuels qui ont subi une opération de conversion sexuelle complète<sup>70</sup>.

On s'est rendu compte cependant que les personnes transsexuelles cherchaient parfois plus à être reconnues socialement et juridiquement selon l'identité de genre qu'elle considère comme la leur que de changer de sexe anatomiquement par le biais de la chirurgie<sup>71</sup>. Et comme l'a souligné H. Frignet, le passage du transsexualisme, entité pathologique, au phénomène transsexuel, manifestation sociale, a amené certains à considérer le choix du sexe comme un droit<sup>72</sup>. Pour P. Reigné aussi, ce qui importe finalement c'est de changer de catégorie de sexe et non de sexe.<sup>73</sup> La question de savoir si on doit faire de la conversion sexuelle chirurgicale, une condition au changement de sexe est aujourd'hui âprement débattue.<sup>74</sup>

### SECTION 3. La situation juridique des personnes transsexuelles dans les pays européens

L'objet de cette section est de faire l'état des lieux de la situation juridique des personnes transsexuelles dans les pays européens. Nous analyserons, dans un premier temps, la législation dans les Etats du Conseil de l'Europe. Pour rappel, 47 Etats sont membres à l'heure actuelle du Conseil de l'Europe. Dans un second temps, nous examinerons le cadre juridique international et européen.

#### § 1. Analyse comparative des différentes législations nationales

Malgré les contours encore flous de la notion de transsexualisme, le droit a répondu presque partout en Europe à la demande des candidats au changement de sexe et chaque Etat a négocié en fonction de sa culture propre les conditions dans lesquelles s'inscrit la reconnaissance du nouveau sexe<sup>75</sup>. En tout 24 Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté une loi spéciale relative à la reconnaissance juridique du nouveau sexe<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> P. GUEZ, « Identité de genre et droit international privé », in N. GALLUS (sous la direction de.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Anthémis, Liège, 2012, pp. 116-117.

<sup>71</sup> C. FORTIER et L. BRUNET, « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », *op.cit.*, p. 70.

<sup>72</sup> H. FRIGNET, *Le transsexualisme*, *op.cit.*, p. 94.

<sup>73</sup> P. REIGNÉ, « Le sexe, genre et état des personnes », *La semaine juridique*, éd.Gén., n°42, 2011, 1140, p. 1886.

<sup>74</sup> P. GUEZ, « Identité de genre et droit international privé », *Op. cit.*, p. 117.

<sup>75</sup> D. SALAS, *op.cit.*, p. 43

<sup>76</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de*

Dans 13 autres Etats, la possibilité existe pour les personnes transsexuelles de faire reconnaître leur nouveau sexe par voie administrative et/ou judiciaire et c'est donc la jurisprudence judiciaire et parfois la pratique administrative qui détermine les conditions du changement de sexe<sup>77</sup>.

Les Etats peuvent poser des conditions socio-médicales et socio-juridiques à la reconnaissance du nouveau sexe. Au niveau des conditions socio-médicales, on peut distinguer trois catégories de pays.

Dans la première catégorie, aucune reconnaissance n'est prévue, ce qui constitue une violation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur laquelle on reviendra dans le chapitre 2<sup>78</sup>. C'est le cas notamment de 10 Etats membres du Conseil de l'Europe : Albanie, Andorre, Azerbaïdjan, Macédoine, Irlande, Liechtenstein, Monaco, Saint-Marin et Slovénie où les études n'ont pas permis de mettre en évidence de lois ou de pratiques permettant aux personnes transsexuelles de faire reconnaître juridiquement le genre qu'elles ont choisi<sup>79</sup>.

Dans la deuxième catégorie, il est possible d'obtenir la reconnaissance légale de son nouveau sexe en apportant la preuve d'une « dysphorie de genre » c'est-à-dire l'insatisfaction d'une personne à l'égard de son sexe de naissance, devant une autorité compétente sans qu'il ne soit nécessaire d'apporter la preuve d'un traitement hormonal ou de subir une intervention chirurgicale<sup>80</sup>. C'est le cas notamment du Royaume-Uni et de l'Espagne.

La troisième catégorie comprend la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe. La reconnaissance juridique du nouveau sexe y est soumise à une ou plusieurs de ces conditions:

---

*genre en Europe, op.cit.*, p. 92.

<sup>77</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe, op.cit.*, p. 92 ; F. GRANET, « Note de synthèse sur le transsexualisme en Europe » in *Le transsexualisme en Europe*, éd. Conseil de l'Europe, 2000, p. 13 à 18, version mise à jour sur le site de la Commission internationale de l'Etat civil ([www.ciecl.org](http://www.ciecl.org)).

<sup>78</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique, op.cit.*, p. 17.

<sup>79</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe, op.cit.*, p. 92.

<sup>80</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique, op.cit.*, p. 17.

- « 1) avoir suivi un processus de conversion sexuelle irréversible sous contrôle médical, en général, exclusivement auprès de certains médecins ou institutions agréés par l'Etat ;
- 2) avoir subi une opération de stérilisation irréversible ;
- 3) avoir subi une autre procédure médicale comme un traitement hormonal, ou de faire la preuve de leur aptitude à vivre pendant une longue période comme une personne du genre souhaité (expérience vécue)<sup>81</sup>. »

En dehors de ces conditions socio-médicales, la plupart des Etats posent des conditions socio-juridiques. Parmi celles-ci on peut relever :

- 1) l'âge minimum
- 2) la nationalité
- 3) la situation matrimoniale.<sup>82</sup>

C'est la troisième condition qui pose le plus de problèmes. En effet, dans beaucoup d'états européens, seules les personnes célibataires peuvent actionner une procédure pour la reconnaissance officielle de leur genre. Les transsexuels déjà mariés sont alors mis devant l'obligation de divorcer s'ils veulent que leur nouveau genre soit reconnu.

Les conditions pour le changement de prénom sont relativement similaires aux procédures expliquées plus haut.<sup>83</sup>

## § 2. Le cadre juridique international et européen

Le droit international et européen s'est également intéressé à la situation des transsexuels, notamment en raison des atteintes aux droits de l'homme dont ces personnes étaient victimes. Plusieurs organisations internationales ont établi des déclarations et des normes juridiques qui si elles ne sont pas juridiquement contraignantes permettent de mieux cerner la problématique et les enjeux.

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>82</sup> M. R. WILL, « Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe : la situation en droit comparé », in *Transsexualisme, médecine et droit*, Strasbourg, éd. Conseil de l'Europe, 1993, p. 89.

<sup>83</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, *op.cit.*, p. 20

### A. Nations-Unies

Le Comité des droits économiques sociaux et culturels (CESC) a reconnu qu'au regard du PIESC<sup>84</sup> l'identité de genre fait partie des motifs de discriminations interdits<sup>85</sup>. Le Haut-commissaire des Nations-Unies aux droits de l'Homme a également demandé à que l'on reconnaisse l'identité de genre comme l'un des motifs de discrimination universellement prohibés<sup>86</sup>. Plusieurs organes conventionnels de l'ONU et procédures spéciales ont aussi soulevé les graves problèmes que rencontraient les personnes transgenres et transsexuelles liés aux préjugés dont elles faisaient l'objet<sup>87</sup>. En 2011, le Conseil des droits de l'Homme a exprimé dans une résolution historique ses inquiétudes au regard des violations des droits de l'homme et des discriminations basées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre<sup>88</sup>.

### B. Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe et ses différents organes se sont fort occupés des questions relatives à la transsexualité.

Dès 1989, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait adopté une recommandation relative à la condition des transsexuels en Europe qui invitait les Etats membres à prévoir des procédures permettant la modification de la mention du sexe dans les actes de naissance ainsi qu'à envisager la possibilité de changer les prénoms<sup>89</sup>. De nouvelles recommandations ont suivi suite notamment au rapport publié en 2009 par le Commissaire aux droits de l'homme, Thomas Hammberg<sup>90</sup>. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a pris en 2010 une recommandation visant à lutter

---

<sup>84</sup> PIESC : Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels.

<sup>85</sup> Comité des droits économiques, sociaux, culturels de l'ONU, Observation générale n°20 sur la non-discrimination (E/C.12.6C/20), 2 juillet 2009, [www.2.ohchr.org/french/bodies/cescr](http://www.2.ohchr.org/french/bodies/cescr).

<sup>86</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, *op.cit.*, p.11 ; Déclaration du bureau du Haut-commissaire des Nations-Unies aux droits de l'homme lors de la Conférence internationale sur les droits humains des LGTB, Montréal, 26 juillet 2006, [www.ohchr.org/Fr](http://www.ohchr.org/Fr).

<sup>87</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, *op.cit.*, p. 11.

<sup>88</sup> UN Human Right Council, 17<sup>th</sup> session, Follow-up and implementation of the Vienna Declaration and Programme of Action, *Human Right, sexual orientation and gender identity*, 15 juin 2011, [www.2ohchr.org/French/bodies/hrcouncil](http://www.2ohchr.org/French/bodies/hrcouncil).

<sup>89</sup> Recommandations 117 (1989) de l'Assemblée parlementaire relative à la condition des transsexuels, adoptée le 29 septembre 1989, <http://assembly.coe.int>.

<sup>90</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, *op.cit.*

contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre<sup>91</sup>. On trouve également une recommandation<sup>92</sup> et une résolution<sup>93</sup> adoptées en 2010 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui visent également à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Ces textes recommandent aux Etats membres de prévoir notamment des procédures simples permettant aux personnes transgenres de faire modifier leur sexe sur leurs documents officiels et notamment de cesser de subordonner la reconnaissance du genre des personnes à l'accomplissement préalable de traitements médicaux et à l'obligation d'être célibataire.

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré dans un arrêt que la transsexualité était un motif de discrimination couvert par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>94</sup>. Le Protocole additionnel n°12 contient également une interdiction générale de la discrimination et une liste ouverte de motifs.

### C. Union européenne

A l'heure actuelle, 28 Etats membres du Conseil de l'Europe sont aussi membres de l'Union européenne, ce pourquoi il paraît important de préciser quelques principes dégagés par ses différents organes dans le domaine qui nous occupe. La Cour de justice des communautés européennes a considéré dans un arrêt-clé que la discrimination qui trouvait son origine dans le changement de sexe d'une personne constituait une discrimination fondée sur le sexe<sup>95</sup>. Position qu'elle a par ailleurs maintenue dans deux arrêts ultérieurs<sup>96</sup>. Ce principe trouve donc à s'appliquer à plusieurs directives prise par l'Union européenne en matière de discrimination fondée sur le sexe<sup>97</sup>. On peut citer la

---

<sup>91</sup> Recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, <http://wcd.coe.int>.

<sup>92</sup> Recommandation 1915 (2010) de l'Assemblée parlementaire relative à la discrimination sur base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010, <http://assembly.coe.int>.

<sup>93</sup> Résolution 1728 (2010) de l'Assemblée parlementaire relative à la discrimination sur base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010, <http://assembly.coe.int>.

<sup>94</sup> Cour eur. D. H., arrêt *P. V. c. Espagne*, 30 novembre 2010, req. n°35159/09, <http://echr.coe.int>.

<sup>95</sup> C.J.C.E., 30 avril 1996, arrêt *P. contre S. et Cornwall County Council*, C-16/94, Rec. C.J.C.E., I, p.2143.

<sup>96</sup> C.J.C.E., 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Services Pensions Agency et Secretary of State for Health*, C-117/01, Rec. C.J.C.E., I, p. 541 ; C.J.C.E., 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards contre Secretary of State for Work and Pensions*, Rec. C.J.C.E., I, p. 3603.

<sup>97</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*,

directive mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services dans l'Union européenne<sup>98</sup> et la directive mettant en œuvre le principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail<sup>99</sup>.

Le Parlement européen a quant à lui pris une résolution sur la discrimination envers les transsexuels, qui demande aux Etats de l'Union européenne de prendre des mesures de protection des transsexuels et à adopter une législation sur cette question<sup>100</sup>.

L'Agence des droits fondamentaux de l'Union Européenne dans son récent rapport affirme que cette protection contre la discrimination devrait également s'appliquer à d'autres personnes qui vivent sous une identité de genre opposée à leur sexe sans avoir subi d'intervention médicale et prévoit d'inclure explicitement l'identité de genre comme motif de discrimination dans les textes<sup>101</sup>.

#### D. Les Principes de Jogjakarta

Les principes de Jogjakarta sont des principes sur l'application du droit international des droits de l'homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre élaborés en 2007 par un groupe d'éminents experts du droit international<sup>102</sup>. Le troisième principe de Jogjakarta précise que: « Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Les personnes aux diverses orientations sexuelles et identité de genre jouiront d'une capacité juridique dans tous les aspects de leur vie. L'orientation sexuelle et l'identité de genre définies par chacun personnellement font partie intégrante de sa personnalité et sont l'un des aspects les plus fondamentaux de

---

*op.cit.*, p. 9.

<sup>98</sup> Directive 2004/113/CE du Conseil de l'UE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens ou à des services et la fourniture des biens et des services, journal officiel nL373 du 21/12/2004, p. 37 et suiv.

<sup>99</sup> Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), journal officiel, n L204 du 26/07/2006, p. 23 et suiv.

<sup>100</sup> Résolution du parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, *J.O.C.E.*, C-256, 9 octobre 1989.

<sup>101</sup> Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Homophobia and Discrimination on the ground of Sexual Orientation in the EU Members States, Part I, Legal Analysis*, Luxembourg, Publications office of the European Union, 2008.

<sup>102</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, *op.cit.*, p. 13-14.

l'autodétermination, de la dignité et de la liberté. Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales en ce compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale comme condition à la reconnaissance de son identité de genre. Aucun statut tel que le mariage ou la condition de parent, ne peut être invoquée en tant que tel pour empêcher la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne. Personne ne sera soumis à la pression pour dissimuler, supprimer ou nier son orientation sexuelle ou son identité de genre<sup>103</sup> ».

« Bien que n'étant pas une norme internationale obligatoire, ces principes sont d'ores et déjà mentionnés par les organes de l'ONU et les tribunaux de différents pays et nombre d'Etats s'en inspirent également pour élaborer leur politique<sup>104</sup> ».

« Le commissaire aux droits de l'Homme voit par ailleurs dans ces principes un outil très utile pour recenser les obligations des Etats de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits humains de chaque individu<sup>105</sup> ».

---

<sup>103</sup> Commission Internationale des Juristes (CIJ), Principes de Jogjakarta- Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html> , p.12.

<sup>104</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, *op.cit.*, p.13.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p.13.

## CHAPITRE II. Les réponses apportées par la Cour européenne des droits de l'homme aux revendications des transsexuels

---

Si la Convention européenne des droits de l'homme ne contient pas de disposition spécifique relative à la situation des personnes transsexuelles, les droits qu'elle garantit doivent bénéficier à tous y compris à ces derniers<sup>106</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme s'est trouvée confrontée depuis les années 70 à des requérants transsexuels réclamant sur base des articles 8 (respect de la vie privée et familiale), 12 (droit au mariage et droit de fonder une famille) et 14 (droit à ne pas être discriminé) : le droit à la reconnaissance légale du sexe qu'il ont choisi<sup>107</sup>, le droit d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe<sup>108</sup>, le droit de pouvoir être reconnu comme père d'un enfant<sup>109</sup> et de manière générale le droit de mener dans la dignité une vie conforme au sexe qu'ils se sont choisi parfois au prix de grandes souffrances.

Pour rappel, la Convention européenne des droits de l'homme est l'instrument de protection des droits fondamentaux mis en place par le Conseil de l'Europe et le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme est de garantir et contrôler l'application de la Convention dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. C'est l'organe unique de contrôle du respect de la Convention<sup>110</sup>.

### SECTION 1. Les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Il paraît important pour une bonne compréhension des développements qui vont suivre de préciser avant toute chose, le contenu et la portée des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

---

<sup>106</sup> E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. ULB*, 2000, p. 109-110

<sup>107</sup> Cour. eur. D. H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, 10 octobre 1986, req. n°9532/81, <http://echr.coe.int>, Cour. eur. D. H., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, req. n°10843/84, <http://echr.coe.int>.

<sup>108</sup> Cour. eur. D. H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, req. n°31-32/1997/815-816/1018-1019, <http://echr.coe.int>, Cour. eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°28957/95, <http://echr.coe.int>.

<sup>109</sup> Cour. eur. D. H., arrêt *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, req. n°21830/93, <http://echr.coe.int>

<sup>110</sup> E. BRIBOSIA, A. WEYEMBERG, *op.cit.*, p.109-110.

### § 1. L'article 8 et le droit au respect de sa vie privée et familiale

L'article 8 de la Convention précise que : « 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<sup>111</sup> ».

« Il n'existe pas de définition précise du contenu de ce droit pris parfois de façon globale, c'est-à-dire en confondant dans un même concept la vie privée et la vie familiale, et parfois en distinguant les deux composantes<sup>112</sup> ». Pour déterminer s'il existe une « vie familiale », la Cour a en général recours à deux critères : 1) il doit y avoir une relation de fait de nature bilatérale 2) ce lien entre les personnes doit être suffisamment intense (il s'agira pour les juges de vérifier l'intensité de celui-ci)<sup>113</sup>. « Cette apparente indétermination est fort utile dans la mesure où elle autorise une évolution dynamique du droit en fonction de l'évolution des conceptions sociales et des formes multiples de vies familiales<sup>114</sup> ».

La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à plusieurs reprises que « l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou juridique et les droits de l'homme ont contribué à la reconnaissance de la transformation des modèles familiaux<sup>115</sup> ».

En effet, alors qu'à l'origine, soit au moment de l'adoption de la Convention, le droit à la vie privée avait vocation à protéger l'individu contre les ingérences de l'Etat dans sa sphère d'intimité, ce droit protège aujourd'hui l'individu dans ses relations avec les

---

<sup>111</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 04 novembre 1950, approuvée par la loi du 23 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028, article 8.

<sup>112</sup> N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. », *Rev. dr. ULB.*, 2005, p. 13.

<sup>113</sup> F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 20-21.

<sup>114</sup> N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 13.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 13.

autres et consacre un droit à l'autodétermination<sup>116</sup>. De même, l'article 8 avait initialement pour vocation de protéger la famille traditionnelle fondée sur le mariage<sup>117</sup>. Or, depuis l'arrêt *Marckx*, en 1979, on a vu que le concept de vie familiale trouve à s'appliquer aussi bien à la famille légitime qu'à la famille naturelle, et de manière plus large à toutes une série de situation de faits, tel que le couple hétérosexuel non marié ou le couple homosexuel<sup>118</sup>.

D'après la Cour, la notion de respect au sens de l'article 8 manque de netteté surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion au vu de la diversité des pratiques, de la situation dans les états contractants et de la marge d'appréciation laissée aux autorités<sup>119</sup>. Aux fins d'apprécier si une situation ou un comportement viole le droit à la vie privée et à la vie familiale, la Cour a développé un raisonnement en plusieurs étapes. Il s'agit, en premier lieu, de déterminer si la situation en question rentre dans le champ d'application de ce droit<sup>120</sup>. En second lieu, pour vérifier que l'ingérence peut être considérée comme justifiée, la Cour se base sur trois conditions : être prévu par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique<sup>121</sup>.

Afin d'apprécier si il existe une obligation à charge de l'Etat, la Cour européenne des droits de l'homme a recours à plusieurs méthodes interprétatives pour évaluer les droits à la vie privée et à la vie familiale<sup>122</sup>. Au stade de la justification, la Cour utilise parfois la méthode de l'interprétation consensuelle qui consiste à accorder une marge d'appréciation à l'Etat dans l'hypothèse où elle constaterait l'absence de consensus dans les législations des Etats membres<sup>123</sup>.

---

<sup>116</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op.cit.* p.143.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>118</sup> J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, pp. 74-75 ; O. TODTS, *op.cit.*, p. 143.

<sup>119</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, par. 71 ; Cour eur. D.H., arrêt *I. c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°25680/94, <http://echr.coe.int>, par. 52 ; Cour eur. D.H., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni*, précité, par. 37.

<sup>120</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre: un droit fondamental ? », *op.cit.*, p.144.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 144.

## § 2. L'article 12 et le droit au mariage et de fonder une famille

Bien que ce droit soit directement lié à la vie familiale, « le droit au mariage fait l'objet d'une consécration spécifique<sup>124</sup> ». Il énonce que : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille au regard des lois nationales qui en régissent l'exercice<sup>125</sup> ». Si cette disposition ne contient pas de paragraphe 2 contenant des limitations comme l'article 8, le droit au mariage ne peut être considéré comme absolu. Une triple limite est posée par l'article 12 qui renvoie à l'âge nubile, à la législation nationale et à la dualité des sexes<sup>126</sup>.

Les auteurs de la Convention se sont abstenus de définir le droit au mariage et renvoient sa définition aux lois nationales qui en régissent l'exercice<sup>127</sup>. Ce renvoi aux systèmes juridiques internes des Etats montre que le mariage n'est pas seulement une question touchant le droit individuel mais également l'ordre public d'un Etat<sup>128</sup>. Cependant, on aurait tort de croire que l'Etat dispose de pouvoirs illimités<sup>129</sup>. Il ne peut poser de limitations qui seraient de nature à restreindre ou réduire le droit au mariage d'une manière ou à un degré qui l'atteindrait dans sa substance même<sup>130</sup>.

La Cour européenne a refusé d'envisager ce droit dans son aspect négatif<sup>131</sup>. L'article 12 ne consacre donc pas un droit au « démariage<sup>132</sup> », il garantit la formation des liens conjugaux mais pas leur dissolution<sup>133</sup>.

## § 3. L'article 14 et le droit à ne pas être discriminé

L'article 14 de la Convention nous dit que : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée

---

<sup>124</sup> J.-F. RENUCCI, *Le droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 110.

<sup>125</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 04 novembre 1950, précitée, article 12.

<sup>126</sup> M. LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim.D.H.*, 1999, p. 661.

<sup>127</sup> F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 9<sup>ème</sup> éd, PUF, Paris, 2012, p. 105.

<sup>128</sup> M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev.trim.D.H.*, 2004, p. 892.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 892.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p.892; Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, précité, par. 50.

<sup>131</sup> J.- F. RENUCCI, *Le droit européen des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 111 ; F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 105.

<sup>132</sup> M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la CONVENTION européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 894.

<sup>133</sup> J.-F. RENUCCI, *Le droit européen des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 111.

notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation<sup>134</sup> ». Cet article ne fait pas l'objet d'une application autonome par la Cour mais est rattaché à la jouissance des autres droits et libertés garantis par la Convention<sup>135</sup>. Il est invoqué en combinaison avec un autre droit garanti par la Convention.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé<sup>136</sup> ». La Cour affirme également que la liste que renferme cette disposition est de caractère indicatif et non exhaustif, d'où l'emploi de l'adverbe notamment.<sup>137</sup> Le droit à l'égalité et à la non-discrimination impose des obligations positives à charge des Etats afin de lutter contre la discrimination dont seraient victimes certaines catégories d'individus.<sup>138</sup>

## SECTION 2. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les questions relatives aux transsexuels

Nous allons dans cette section retracer l'évolution de la jurisprudence de la Cour sur la problématique transsexuelle qui débute en 1979 avec l'arrêt *Van Oosterwijck c. Royaume de Belgique*. On peut distinguer trois périodes dans la jurisprudence de la Cour.

### § 1. Jurisprudence avant l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* (1979 - 2002)

Le premier arrêt en matière de transsexualisme est l'arrêt *Van Oosterwijck c. Royaume de Belgique*. Les faits étaient les suivants: une femme qui avait subi plusieurs

---

<sup>134</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 04 novembre 1950, précitée, article 14.

<sup>135</sup> J. -P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 40.

<sup>136</sup> Cour eur. D.H., arrêt *P. V. c. Espagne*, précité, par. 29 ; Cour eur. D.H., arrêt *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, req. n°13580/88, <http://echr.coe.int>, par. 24 ; Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, req. n°33290/96, <http://echr.coe.int>, par. 29, Cour eur. D.H., 26 février, *Fretté c. France*, n°36515/97, <http://echr.coe.int>, par. 39.

<sup>137</sup> Cour eur. D.H., *Engels et autres c. Pays-Bas*, par. 72.

<sup>138</sup> Comité des Droits de l'homme, *Observation générale n°31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats au Pacte*, 26 mai 2004, <http://www.2ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>, par. 8 cité par O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre: un droit fondamental ? », *op.cit.*, p. 145.

opérations de conversion sexuelle, s'était vue opposer un refus des autorités belges de modifier son acte de naissance et de lui reconnaître la qualité d'homme<sup>139</sup>. Elle introduisit alors une requête devant la Cour de Strasbourg alléguant la violation de son droit au respect de la vie privée en ce que l'application de la loi l'obligeait à utiliser des pièces d'identité non conformes à son apparence actuelle. Elle invoquait également la violation du droit de se marier et de fonder une famille car la distorsion entre son aspect physique et son être légal que laissait subsister la loi, l'empêchait de se marier et de fonder une famille<sup>140</sup>. Malgré l'avis favorable au requérant rendu par la Commission des droits de l'homme dans son rapport du 1<sup>er</sup> mars 1979, la Cour rejeta la requête sur base d'une exception préliminaire soulevée par l'Etat belge (l'exception des voies de recours) évitant ainsi le malaise suscité par cette question délicate<sup>141</sup>.

C'est en 1986, avec l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* que la Cour va pour la première fois trancher au fond sur les droits des transsexuels. Les faits sont relativement similaires à ceux de l'arrêt *Van Oosterwijck, Rees*, transsexuel converti du sexe féminin au sexe masculin se trouve dans l'impossibilité de se faire délivrer un acte de naissance avec mention de son nouveau sexe, le droit anglais n'autorisant pas la modification des registres sauf circonstances exceptionnelles ou erreur matérielle ; or ni la dysphorie de genre, ni le traitement médical et chirurgical ne sont considérés comme constitutifs d'une erreur matérielle dans la mention initiale et ne peuvent donner lieu à une rectification<sup>142</sup>. Dans sa requête à la Cour de Strasbourg, *Rees* invoque, à l'instar de *Van Oosterwijck*, la violation des articles 8 et 12 de la Convention car il considère que le droit britannique en ne lui conférant pas un statut juridique conforme à sa situation réelle porte atteinte à son droit à la vie privée et familiale et à son droit au mariage.

En ce qui concerne le droit au mariage et de fonder une famille, la Cour va juger que l'article 12 vise uniquement le mariage traditionnel entre deux personnes de sexes biologiques différents<sup>143</sup>. Elle fonde cette affirmation sur le fait que cette disposition vise à protéger le mariage en tant que fondement de la famille. La Cour prend donc en

---

<sup>139</sup> Cour eur. D.H., 6 novembre 1980, *Van Oostewijck c. Belgique*, req. n°7654/76, <http://echr.coe.int>

<sup>140</sup> E. BRIBOSIA et A. WEYENBERG, *Op. cit.*, p. 115.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p.115.

<sup>142</sup> E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *op.cit.*, p. 119.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 118.

compte pour déterminer le sexe d'une personne le seul critère biologique, or le sexe biologique n'étant pas modifié par l'opération de conversion sexuelle, la personne transsexuelle sera toujours considérée comme ayant conservé son sexe de naissance<sup>144</sup>.

La Cour va également constater la non-violation de l'article 8 de la Convention. Afin de déterminer s'il existe dans le chef des Etats une obligation positive de rectifier les actes d'état civil des transsexuels, la Cour va mettre en balance l'intérêt général et l'intérêt de l'individu<sup>145</sup>. Dans la recherche de cet équilibre, la Cour va constater l'absence de communautés de vues entre les Etats contractants et conclure que le droit paraît traverser une phase de transition et que par conséquent les Etats jouissent d'une marge d'appréciation dans cette matière<sup>146</sup>.

La Cour lance cependant un avertissement : « [...] Il faut pour le moment laisser à l'Etat défendeur le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels. La Cour n'en a pas moins conscience de la gravité des problèmes que rencontrent ces derniers, comme du désarroi qui est le leur. La Convention doit toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles [...] et la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société<sup>147</sup> ».

La Cour rend l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni*, en 1990. Les circonstances sont de nouveau très similaires aux deux arrêts précédents. La requérante transsexuelle alléguait la violation de son droit à la vie privée et son droit au mariage face au refus des autorités britanniques de lui délivrer un acte de naissance mentionnant son nouveau sexe<sup>148</sup>. Si la Cour européenne va reconnaître que les choses ont évolué depuis 1986 dans le droit des Etats membres ainsi que dans le droit européen notamment suite à la résolution du parlement du 12 septembre 1989<sup>149</sup> et la recommandation 1117 de l'Assemblée du Conseil de l'Europe du 29 septembre 1989<sup>150</sup>, elle va néanmoins

---

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>147</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, précité par. 47

<sup>148</sup> E. BRIBOSIA, A. WEYENBERG, *op.cit.*, p. 120-121.

<sup>149</sup> Résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, précitée.

<sup>150</sup> Recommandation n°117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la condition des transsexuels, précitée.

conserver le même raisonnement que dans l'arrêt *Rees* tant sur droit au respect de la vie privée que sur le droit au mariage se fondant sur la marge d'appréciation dont disposent les Etats et sur l'absence de consensus entre les Etats.

Dans l'arrêt *B. c. France* (1992), il s'agit également d'une affaire qui a trait aux demandes de rectification des actes d'état civil d'une personne transsexuelle. La Cour de Strasbourg va adopter ici une position favorable au requérant en donnant une interprétation plus large de l'article 8 de la Convention, concluant à une rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu en ce que la requérante se trouve régulièrement placée dans une situation générale incompatible avec le respect dû à sa vie privée<sup>151</sup>.

Contrairement à ce qu'on pourrait penser, il ne s'agit pas d'un revirement de jurisprudence, la Cour ne va pas baser son argumentation sur l'évolution des données scientifiques, sociales et juridiques, mais sur la différence entre les systèmes juridiques français et britannique<sup>152</sup>.

Dans l'arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (1998), la Cour va réaffirmer les principes qu'elle avait développés dans les arrêts *Rees et Cossey* et malgré les diverses observations présentées par l'ONG Liberty sur l'évolution de la législation dans les pays européens, la Cour a continué à affirmer l'absence de consensus européen<sup>153</sup>.

En 1997, la Cour rend l'arrêt *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*. Les circonstances sont différentes à celles des précédentes affaires puisque la Cour va pour la première fois se pencher sur le droit au respect de la vie familiale des transsexuels tel que garanti par l'article 8 de la Convention. *X*, transsexuel converti du sexe masculin au sexe féminin vivait avec *Y* de sexe féminin depuis 1979. Les deux entretenaient une relation stable et *X* assumait aux yeux de tous, le rôle de partenaire masculin au sein du couple. En 1991, les deux partenaires obtiennent un traitement IAD<sup>154</sup> devant permettre à *Y* de concevoir un enfant « *Z* ». *X* va ensuite demander à pouvoir être inscrit en tant que père de *Z* dans le registre des naissances conformément à la loi anglaise qui permet au partenaire masculin de la mère d'un enfant conçu par insémination artificielle à laquelle il a

<sup>151</sup> L.-E. PETTITI, « Rectification d'état civil et transsexualisme », *Rev. trim. D. H.*, 1993, p. 485.

<sup>152</sup> BRIBOSIA et WEYENBERG, *op.cit.*, pp. 121-122.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p.122.

<sup>154</sup> Insémination artificielle avec un tiers donneur.

consenti d'être reconnu comme le père de l'enfant.

Sa demande est rejetée car conformément à la définition anglaise du sexe, X est toujours une femme. Les trois intéressés introduisent alors un recours devant la Cour de Strasbourg pour violation de l'article 8 de la Convention (droit à la vie privée et familiale) et de l'article 14 (droit à l'égalité et à la non-discrimination) combiné à l'article 8. Les questions soulevées étaient très controversées puisqu'il s'agissait en outre d'un recours à la procréation médicalement assistée.

Cet arrêt est étonnant dans la mesure où la Cour va étendre de manière spectaculaire la notion de vie familiale mais paradoxalement restreindre les droits parentaux des transsexuels<sup>155</sup>. Elle va conclure à la non-violation du droit au respect de la vie familiale au motif que : «Etant donné que le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants, la Cour estime que l'article 8 ne saurait passer pour impliquer que l'Etat défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en n'est pas le père biologique<sup>156</sup> ».

On voit donc dans cette première série d'arrêts que le transsexualisme suscite un certain malaise. La Cour est réticente à imposer aux Etats une marche à suivre dans ce domaine. Elle se retranche donc derrière la marge nationale d'appréciation et l'absence de consensus européen.

En ce qui concerne, le droit au mariage et de fonder une famille, on peut également constater que la Cour soutient, dans cette première période, une conception classique de la famille, considérant que les deux aspects de l'article 12 « le mariage » et « la fondation d'une famille » sont indissociables étant donné que l'objectif de l'article 12 est de protéger le mariage en tant que fondement de la famille<sup>157</sup>. Cette conception a une justification historique puisque pendant très longtemps le mariage a été vu comme

---

<sup>155</sup> M. LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 647.

<sup>156</sup> Cour eur. D.H., *X, Y, et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, précité, par. 52.

<sup>157</sup> A. CARILLON, « L'influence des arrêts *Christine Goodwin* et *I.* sur le consentement du mariage en droit français (en marge de l'arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002), *Rev. trim. D. H.*, 2005, p. 354 ; Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, précité.

le seul cadre naturel de la procréation<sup>158</sup>.

## § 2. Les arrêts *Goodwin c. Royaume-Uni et I. c. Royaume-Uni* (2002)

Dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* (2002), une ressortissante britannique, transsexuelle opérée passée du sexe masculin au sexe féminin, alléguait la violation des articles 8, 12, et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de la situation juridique difficile des transsexuels au Royaume-Uni liée au fait qu'ils ne pouvaient faire reconnaître juridiquement leur nouveau sexe, notamment la manière dont ils sont traités dans les domaines de l'emploi, de la sécurité sociale, des pensions et du mariage<sup>159</sup>.

Rompant avec une jurisprudence de presque 20 ans, les arrêts *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni* ont conclu que l'absence de reconnaissance juridique des changements de sexe contrevient au droit au respect de la vie privée et au droit de se marier des personnes concernées<sup>160</sup>. Mobilisant les notions de «dignité humaine» ; « d'autonomie personnelle » ; «de droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain » ; « de droit au développement personnel » et « de droit à l'intégrité physique et morale», la Cour va reconnaître aux personnes transsexuels la plénitude de leurs droits au titre des articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>161</sup>.

La première observation que l'on peut faire sur l'arrêt est que la Cour a fondé le droit des transsexuels d'obtenir la reconnaissance juridique de leur nouveau sexe sur base du droit à l'autonomie personnelle et à la dignité humaine<sup>162</sup>.

Si dans les premiers arrêts, elle avait retenu une définition biologique, elle admet que : « La Cour n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement

---

<sup>158</sup> A. CARILLON, « L'influence des arrêts *Christine Goodwin* et *I.* sur le consentement du mariage en droit français. », *op.cit.*, p. 353.

<sup>159</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité.

<sup>160</sup> S. VANDROOGHENBROECK, « Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: La fin d'un long combat », *Journ. Jur.*, 2002, p. 4.

<sup>161</sup> G. GONZALES, « une nouvelle dimension du droit à la vie privée dans le cadre de la CEDH » in S. DOUMBE-BILLE (sous la direction de), *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 112

<sup>162</sup> S. VANDROOGHENBROECK, « Les transsexuels devant la CEDH: La fin d'un long combat », *Op. cit.*, p. 4.

biologiques. (...) La Cour a constaté ci-dessus, sur le terrain de l'article 8 de la Convention que la non-concordance des facteurs biologiques chez un transsexuel opéré ne pouvait plus constituer un motif suffisant pour justifier le refus de reconnaître juridiquement le changement de sexe de l'intéressé<sup>163</sup> ». La Cour abandonne la position qui avait jusque la prévalu dans les arrêts de 1986, 1990 et 1998, pour énoncer qu' « on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances<sup>164</sup> » et que « (...) la notion de juste équilibre fait résolument pencher la balance en faveur de la requérante<sup>165</sup> ».

En ce qui concerne le droit au mariage et le droit de fonder une famille, la Cour va adopter une nouvelle interprétation de l'article 12 et dissocier le droit de se marier du droit de fonder une famille<sup>166</sup>. Elle affirme que « le second aspect n'est pas une condition du premier » et que « l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait passer en soi pour le priver du droit de se marier<sup>167</sup> ». Suivant cette nouvelle conception du droit au mariage, la Cour va conclure à la violation de l'article 12 et déclarer que « s'il appartient à l'Etat de contractant de déterminer notamment, les conditions que doit remplir une personne transsexuelle qui revendique la reconnaissance de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée (...), la Cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privées en toutes circonstances du droit de se marier<sup>168</sup> ».

Les arrêts *Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni* sont une grande avancée dans le domaine des droits de l'homme et ont contribué à l'amélioration de la situation des transsexuels dans les Etats parties à la Convention. Néanmoins, les droits reconnus ne concernent pas tous les transsexuels mais seulement ceux qui ont subi une opération de

---

<sup>163</sup> Cour eur. D.H., 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, par. 100.

<sup>164</sup> Cour eur. D.H., 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, par. 100.

<sup>165</sup> Cour eur. D. H., 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, par. 100.

<sup>166</sup> A. CARILLON, « L'influence des arrêts *Christine Goodwin et I.* sur le consentement du mariage en droit français », *op.cit.*, p. 356. ; P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi, considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *Rev. trim.D.H.*, 2003, pp. 1157-1183.

<sup>167</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, par. 98.

<sup>168</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, par. 103.

conversion sexuelle.

### § 3. Les décisions postérieures à la jurisprudence *Goodwin* (2003- )

La jurisprudence de la Cour sur la problématique transsexuelle ne s'est pas arrêtée avec les arrêts *Goodwin et I. c. Royaume-Uni* et de nouvelles revendications ont vu le jour.

Dans l'arrêt *Van Kück c. Allemagne*, un requérant transsexuel se voit opposer un refus des juridictions allemandes d'ordonner à son assurance privée le remboursement des frais d'une opération de conversion sexuelle. Il introduit alors un recours devant les organes de Strasbourg sur base de son droit au respect de sa vie privée et familiale. La Cour va donner raison au requérant avec un raisonnement très audacieux.<sup>169</sup> Allant plus loin que l'arrêt *Goodwin*, elle va consacrer un droit à l'autodétermination sexuelle comme faisant partie intégrante de la vie privée<sup>170</sup>. Selon son raisonnement : « Ce n'est pas le droit au remboursement en lui-même qui importe en l'espèce mais les répercussions des décisions judiciaires litigieuses sur le droit de la requérante au respect de son droit à l'autodétermination sexuelle considéré comme l'un des aspects de son droit au respect de la vie privée ».<sup>171</sup>

« Elle va également considérer qu'il est disproportionné d'exiger d'une personne transsexuel qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement du-t-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée<sup>172</sup> ». La Cour va réaffirmer cette jurisprudence dans plusieurs arrêts ultérieurs<sup>173</sup>.

Dans l'arrêt *L c. Lituanie* (2007), un requérant transsexuel passé du sexe féminin au sexe masculin se plaint que faute de cadre légal régissant sa situation, il n'a pas pu mener à terme son changement de sexe, n'ayant pas la possibilité de pratiquer les dernières interventions permettant le parachèvement de sa conversion sexuelle et de ce fait n'a pas pu obtenir la reconnaissance de sa nouvelle identité sexuelle

---

<sup>169</sup> G. GONZALES, « Une nouvelle dimension du droit à la vie privée dans le cadre de la CEDH : le droit à la vie privée sexuelle », *op.cit.*, p. 113

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 113

<sup>171</sup> Cour eur. D.H., *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, req. n°35968/97, <http://echr.coe.int>, par.78.

<sup>172</sup> G. GONZALES, « Une nouvelle dimension du droit à la vie privée dans le cadre de la CEDH : le droit à la vie privée sexuelle. », *op.cit.*, p. 113

<sup>173</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Grant c. Royaume-Uni*, 23 mai 2006, req. n°32570/03, <http://echr.coe.int> ; Cour eur. D.H., arrêt *Schumpf c. Suisse*, 8 janvier 2009, req. n°29002/06, <http://echr.coe.int>.

consécutivement à son opération.

Tout en reconnaissant une certaine marge d'appréciation aux Etats membres en la matière, la Cour reprenant la jurisprudence qu'elle avait adoptée dans l'arrêt *Goodwin*, va décider qu'en vertu des obligations positives que faisait peser sur lui l'article 8, l'Etat était tenu de s'assurer de la reconnaissance des changements de sexe des transsexuels opérés, en prévoyant une procédure pour la modification de leur état civil mais aussi la possibilité de pratiquer les opérations de conversion<sup>174</sup>.

Sur le terrain de la non-discrimination, l'arrêt *P.V c. Espagne* (2010) concerne un requérant transsexuel converti du sexe masculin vers sexe féminin s'est vu restreindre par décision de justice le régime de visites à son fils. Considérant que sa transsexualité a été un motif déterminant dans cette décision, il invoque la violation de l'article 8 combiné à l'article 14 de la Convention.

La Cour va considérer qu'à l'instar de l'orientation sexuelle, la dysphorie de genre ou la transsexualité est une notion qui est couverte par l'article 14 de la Convention et qu'il convient dès lors d'examiner si la décision de restreindre le régime de visite initialement adopté a été prise en raison de la transsexualité de la requérante, impliquant alors un traitement discriminatoire puisqu'il serait dérivé de sa dysphorie sexuelle<sup>175</sup>. La Cour conclura cependant à la non-violation de l'article 8 combiné à l'article 14 en ce qu'elle estime que la décision des autorités espagnoles n'a pas été fondée sur la transsexualité de la requérante.

L'affaire *H. c. Finlande* a fait l'objet d'un premier arrêt de la Cour en 30 novembre 2012. Dans cette affaire, un requérant transsexuel, passé du sexe masculin au sexe féminin se plaint du refus des autorités finlandaises de modifier que son numéro d'identité afin qu'il indique son sexe féminin, au motif qu'il est toujours marié à sa femme ; le droit finlandais n'autorisant pas le mariage entre personnes de même sexe<sup>176</sup>.

Il introduit alors un recours devant la Cour de Strasbourg sur base de l'article 8 de la Convention et de l'article 12 en ce que la reconnaissance officielle de son nouveau sexe

---

<sup>174</sup> Cour eur. D.H., arrêt *L. c. Lituanie*, 11 septembre 2007, req. n°27527/03, <http://echr.coe.int.com>, par. 56, Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni*, précité, par. 71-93.

<sup>175</sup> Cour eur. D.H., *P. V. c. Espagne*, précité, par. 29-31.

<sup>176</sup> Cour eur. D. H., arrêt *H. c. Finlande*, 30 novembre 2012, req. n°37359/09, <http://echr.coe.int>.

est conditionné à la transformation de son mariage en partenariat légal ou à l'obligation de divorcer<sup>177</sup>. La Cour avait déjà dû se prononcer sur la question de l'obligation de divorce comme préalable à la reconnaissance légale du sexe dans deux décisions sur la recevabilité<sup>178</sup>. La Cour va juger que l'article 12 n'est pas applicable dans le cas d'espèce puisqu'il garantit le droit au mariage, or les requérants sont déjà mariés<sup>179</sup>. Selon la Cour, les faits tombent dans le champ d'application de l'article 8 et constituent une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée même si vu les circonstances, il y a des implications sur la vie familiale du requérant<sup>180</sup>.

Afin d'examiner si l'ingérence dans la vie privée du requérant peut être justifiée, la Cour va mettre en balance d'une part les intérêts du requérant à voir sa vie privée respectée par l'obtention d'un numéro d'identité correspondant à son nouveau sexe et d'autre part l'intérêt de l'Etat à maintenir l'institution du mariage intacte<sup>181</sup>. La Cour va juger qu'il y a pas eu de violation de l'article 8, tenant compte du fait que le requérant pouvait convertir son mariage en partenariat civil et que la Convention n'imposait pas aux Etats de garantir l'accès au mariage aux couples de même sexe, les effets de la législation finlandaise n'étaient donc pas disproportionnés<sup>182</sup>. L'affaire a été portée devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme en avril 2013.

---

<sup>177</sup> Cour eur. D. H., arrêt *H. c. Finlande*, précité par. 27.

<sup>178</sup> Cour eur. D. H., (déc.) *Parry c. Royaume-Uni*, 28 novembre 2006, req. n°42971/05, <http://echr.coe.int>.

<sup>179</sup> Cour eur. D. H., arrêt *H. c. Finlande*, précité, par. 53.

<sup>180</sup> Cour eur. D. H., arrêt *H. c. Finlande*, précité, par. 41-42.

<sup>181</sup> Cour eur. D. H., arrêt *H. c. Finlande*, précité, par. 48.

<sup>182</sup> Cour eur. D. H., arrêt *H. c. Finlande*, précité, par. 52.

## CHAPITRE III. La vie familiale antérieure des transsexuels

---

La volonté manifestée par une personne de changer de sexe légal suscite bon nombres de questions juridiques notamment si cette personne est mariée et a des enfants. Un enfant pourrait-il avoir rétroactivement deux pères ou deux mères avec lesquels il a un lien génétique? Un mariage hétérosexuel peut-il se transformer en mariage entre personnes de même sexe? Après avoir analysé la situation juridique des personnes transsexuelles en Europe et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, on tentera dans ce chapitre de répondre à la question suivante : « Au regard des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, est-il possible pour une personne de changer juridiquement de sexe tout en conservant ses liens familiaux»? Il s'agira dans un premier temps d'examiner la vie familiale dans sa dimension horizontale c'est-à-dire le mariage et dans un second temps la vie familiale dans sa dimension verticale : la filiation.

### SECTION 1. L'existence d'un mariage antérieur

#### § 1. . Problématique et solutions adoptées par les Etats européens

Auparavant, il était assez rare qu'un transsexuel marié ou demeuré marié ait obtenu la modification légale de son sexe, et c'était même exclu<sup>183</sup>. Dans les rares cas où les personnes souhaitaient rester mariées malgré le changement de sexe d'un des partenaires, leur mariage se transformait en effet en mariage homosexuel et jusqu'à il y a peu aucun Etat européen n'avait ouvert le mariage aux personnes de même sexe. Les solutions jusque là adoptées consistaient à subordonner le changement de sexe à la dissolution préalable du mariage par le divorce ou l'annulation. Certains pays comme l'Italie et la Turquie prévoyaient même la dissolution de plein droit du mariage<sup>184</sup>.

La situation a cependant beaucoup évolué ces dernières années et de plus en plus d'Etats ont étendu le mariage aux personnes homosexuelles. A ce jour, neuf Etats européens, dont la Belgique (2003), la France (2013), l'Espagne (2005), Islande (2010), Norvège (2008), Pays-Bas (2001), Portugal (2010), le Royaume-Uni<sup>185</sup> (2013), Suède (2009),

---

<sup>183</sup> F. GRANET, « Note de synthèse sur le transsexualisme en Europe », *op.cit.*, p. 13.

<sup>184</sup> F. GRANET, « Note de synthèse sur le transsexualisme en Europe », *op.cit.*, p. 13.

<sup>185</sup> Uniquement en Angleterre et au Pays de Galle.

permettent à des personnes de même sexe de contracter un mariage.

Si la question du maintien du mariage d'une personne transsexuelle n'est plus pertinente dans les pays ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe, la problématique reste néanmoins particulièrement aiguë dans les pays qui ne connaissent que le mariage traditionnel hétérosexuel<sup>186</sup>.

D'après un rapport publié en juin 2011 par le Commissaire aux droits de l'homme, sur les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe, quinze Etats dont la Bulgarie, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, Malte, la Pologne, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Serbie, la Suède, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine, exigent que la personne soit non mariée ou divorcée pour déposer une demande de rectification de son sexe<sup>187</sup>. Dans six autres, le changement de sexe n'est pas conditionné à une obligation de divorce, c'est le cas notamment en Belgique, en Espagne, en Géorgie, au Pays-Bas, au Portugal et en Roumanie<sup>188</sup>. Pour ce qui est des autres Etats soit il n'y a pas de législation en vigueur en la matière soit celle-ci n'est pas suffisamment claire<sup>189</sup>. Ce rapport doit toutefois être mis à jour, vu l'évolution rapide du droit dans les Etats.

#### § 2. Conformité de l'obligation de célibat imposée par les Etats avec les articles 8 et 12 de la Convention

Cependant, indépendamment de la question de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, l'obligation de célibat imposée par l'Etat pose de plus en plus question au regard de sa conformité aux droits garantis par la Convention en ce qu'il constitue une ingérence forte de l'Etat dans la vie privée et familiale des personnes.

Dans les recommandations du Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe de 2011, on trouve par exemple la suppression de l'obligation de célibat ou de divorce pour les personnes déjà mariées comme condition préalable à la reconnaissance légale du genre choisi par une personne transgenre<sup>190</sup>. Sans compter que l'obligation de

---

<sup>186</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, op.cit., p. 21.

<sup>187</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, op.cit., p. 94.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>190</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, op.cit., p 14.

divorcer pour que leur nouveau genre soit reconnu entraîne parfois la perte du droit de garde résultant de leur statut de parent marié<sup>191</sup>. Le 3ème principe de Jogjakarta consacre également que « (...) Aucun statut tel que le mariage ou la condition de parent, ne peut être invoqué pour empêcher la reconnaissance légale de l'identité de genre d'une personne<sup>192</sup> ». Certaines décisions prises par les Cours constitutionnelles internes de certains Etats s'orientent aussi vers cette voie là. La Haute Cour administrative autrichienne et la Cour suprême fédérale allemande ont toutes deux décidé que le changement de sexe sur les certificats de naissance ne devait pas impliquer une obligation de divorce<sup>193</sup>.

La question s'est donc posée devant la Cour de la conformité aux articles 8 et 12 de l'obligation de dissoudre leur mariage qui pèse sur certains requérants. Dans la décision *Parry c. Royaume-Uni*, la Cour reconnaît que une la loi anglaise sur la reconnaissance de l'appartenance sexuelle place la requérante face à un dilemme: choisir entre la reconnaissance de son identité sexuelle et son mariage<sup>194</sup>. Cela conduisait à « une incidence directe et intrusive sur la jouissance par les requérantes de leur droit au respect de leur vie privée et familiale, et il serait artificiel et indûment formaliste d'exclure la question de la vie familiale, puisque aussi bien l'annulation affecterait nécessairement et par définition la vie familiale que mènent actuellement les requérantes en tant que couple marié<sup>195</sup> ».

La Cour va néanmoins conclure que « la question de savoir comment encadrer juridiquement les effets d'un changement de sexe sur le mariage relève de l'appréciation de l'Etat contractant (...), auquel il ne peut être imposé de réserver un traitement particulier aux rares couples souhaitant rester mariés malgré le changement de sexe de l'un des époux (...)»<sup>196</sup>.

Cependant, dans l'arrêt *H. c. Finlande*, la Cour va néanmoins examiner la

---

<sup>191</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, *op.cit.*, p. 103.

<sup>192</sup> Commission Internationale des Juristes (CIJ), Principes de Jogjakarta- Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>, p.12.

<sup>193</sup>S. AGIUS et autres, *Human Rights and gender identity : best practice catalogue*, Brussels, ILGA-Europe, 2011, p. 30.

<sup>194</sup> Cour eur. D.H, déc. *Parry c. Royaume-Uni*, 28 novembre 2006, req n°42971/05, p. 10.

<sup>195</sup> Cour eur. D.H, déc. *Parry c. Royaume-Uni*, précitée, p. 10.

<sup>196</sup> Cour eur. D.H, déc. *Parry c. Royaume-Uni*, précitée, p. 10.

problématique sous l'angle du droit au respect de la vie privée même si elle reconnaît que cela a des incidences sur la vie familiale du requérant, considérant qu'il faut mettre en balance l'intérêt du requérant à voir son nouveau sexe reconnu légalement et l'intérêt de l'Etat à voir le maintien d'une notion traditionnelle de mariage.

En ce qui concerne la conformité d'une obligation de dissoudre son mariage avec l'article 12, c'est l'application même de l'article 12 qui pose question. En effet, l'article 12 protège la formation des liens conjugaux, or les requérants sont déjà mariés. Il ne s'agit pas non plus d'une question de dissolution du mariage puisque ce que veulent les requérants c'est rester mariés. Dans l'arrêt *H. c. Finlande*, la Cour va donc juger que l'article 12 n'est pas applicable en l'espèce<sup>197</sup>.

Cependant force est de constater que derrière la question du juste équilibre à ménager entre les intérêts du requérants et ceux de l'Etat, on trouve l'enjeu du mariage entre personne de même sexe. Dans l'arrêt *H. c. Finlande*, passé en Grande Chambre en avril 2013, la Cour va par ailleurs réaffirmer la position qu'elle avait prise dans les décisions antérieures et dire que si il est vrai que plusieurs Etats contractants ont ouvert le mariage aux personnes de même sexe, cela reflète leur propre vision du mariage dans leur société et ne découle pas d'une interprétation d'un droit fondamental né de la présente Convention signée en 1950<sup>198</sup>.

Selon la jurisprudence récente de la Cour, la question de l'obligation de célibat imposé par l'Etat comme condition à la reconnaissance du nouveau genre ne relève donc pas du champ d'application de l'article 12 mais du droit au respect de la vie privé.

Il ressort clairement cette jurisprudence que les Etats disposent d'une marge d'appréciation dans l'exigence d'une condition de célibat pour que soit reconnu le nouveau sexe de la personne et qu'il appartient à chaque Etat de régler le sort du mariage antérieur d'un transsexuel<sup>199</sup>. La question du maintien du mariage est également liée à la position des Etats en ce qui concerne le mariage homosexuel. Cependant, on peut émettre une critique par rapport à cette jurisprudence, il n'est pas très cohérent que l'Etat autorise une personne transsexuelle à consentir à diverses

---

<sup>197</sup>Cour eur. D. H., arrêt *H. c. Finlande*, précité, par.53.

<sup>198</sup>Cour eur. D. H., arrêt *H. c. Finlande*, précité, par.38.

<sup>199</sup>F. GRANET, « Note de synthèse sur le transsexualisme en Europe », *op.cit.*, p. 14.

opérations de conversion sexuelle, pour après la placer devant un dilemme : perdre ses liens légaux envers sa famille ou vivre constamment avec une distorsion entre son apparence physique et son statut légal.

### § 3. Observations et perspectives futures

#### A. La transformation du mariage antérieur en partenariat civil

On constate que dans les différentes décisions, la Cour met l'accent sur la possibilité pour un couple souhaitant rester marié malgré le changement de sexe d'un des partenaires, de transformer leur mariage en un partenariat civil qui offrirait une protection juridique aux partenaires même si elle n'est pas identique au mariage. Elle a en effet considéré dans les affaires *Parry c. Royaume-Uni* et *H. c. Finlande* que puisque les requérants disposaient de cette possibilité, les lois anglaises et finlandaises n'avaient pas d'effets disproportionnés et il n'y avait pas rupture du juste équilibre à ménager entre les intérêts de l'Etat et ceux du requérant<sup>200</sup>. Cela laisse éventuellement supposer qu'une telle loi pourrait avoir des effets disproportionnés si elle privait totalement la personne transsexuelle d'une protection juridique lié à un partenariat ou un mariage.

Il est vrai que l'idée d'un partenariat paraît intéressante dans la mesure où cela permet aux personnes transsexuelles de conserver une protection juridique, sans que l'on touche à la conception traditionnelle du mariage comme union entre un homme et une femme.

A ce jour, quatorze Etats européens ont ouvert cette possibilité aux personnes de même sexe dont entre autres l'Allemagne, l'Andorre, l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Irlande, le Liechtenstein, le Luxembourg, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie et la Suisse<sup>201</sup>. Jusqu'à présent, la Cour a cependant considéré que les Etats disposaient d'une marge d'appréciation pour ces moyens de reconnaissance alternatifs, quant au statut exact et aux conditions d'accès<sup>202</sup>. Il n'y donc pas d'obligation pour les Etats de prévoir ce type de partenariat pour les couples de même sexe que ce soit pour un couple homosexuel ou pour un transsexuel souhaitant

---

<sup>200</sup> Cour eur. D. H., (déc.), *Parry c. Royaume-Uni*, 28 novembre 2006, req. n°42971/07, <http://echr.coe.int>.

<sup>201</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, op.cit., p.98.

<sup>202</sup> Cour eur. D.H, arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2011, req. n°30141/04, par.108.

rester marié à son ou sa partenaire. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe invite cependant les Etats à considérer « la possibilité de fournir au couple de même sexe, la possibilité de fournir au couple de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent<sup>203</sup> ».

### B. Les solutions allemandes et autrichiennes

Les Cours constitutionnelles de l'Autriche et de l'Allemagne décidèrent en 2006 et en 2008, que l'obligation de divorce comme préalable à la reconnaissance légale du nouveau sexe sur l'acte de naissance était inconstitutionnelle<sup>204</sup>.

Dans le cas autrichien, le requérante convertie du sexe masculin au sexe féminin et mariée avec une autre femme se voyait contrainte par un décret du Ministre de l'intérieur de mettre fin à son mariage pour obtenir des documents officiels faisant mention de son nouveau sexe<sup>205</sup>.

La Haute Cour administrative autrichienne décida que le décret du Ministre de l'intérieur était illégal au motif que l'on ne pouvait trouver de loi interdisant de manière expresse les changements de certificats de naissance au motif que la personne était mariée<sup>206</sup>. Depuis cette décision, les personnes transsexuelles ne doivent plus divorcer de leurs conjoints pour obtenir la reconnaissance légale de leur nouveau sexe sur leurs documents officiels<sup>207</sup>. Cependant, les certificats de mariage n'étaient pas adaptés et indiquaient toujours l'ancien sexe de la personne. Suite à une nouvelle décision de la Haute Cour administrative,<sup>208</sup> le Ministre de l'intérieur amenda alors la forme des certificats de mariage sur lesquels la référence au sexe des époux fut supprimée. Toute ambiguïté n'est cependant pas supprimée puisque les personnes transsexuelles continuent d'être inscrites sur les certificats à la place réservée à leur ancien sexe<sup>209</sup>. La

---

<sup>203</sup> Recommandation CM/Rec (2010) du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, précitée, par. 23-25.

<sup>204</sup>S. AGIUS et autres, *Human right and gender identity : best practice catalogues*, op.cit., p.30, Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, op.cit., p. 95.

<sup>205</sup> *Verfassungsgerichtshof* (Constitutional Court), V 4/06-7, 08.06.2006.

<sup>206</sup> *Verfassungsgerichtshof* (Constitutional Court), V 4/06-7, 08.06.2006.

<sup>207</sup>S. AGIUS. et. autres, *Human right and gender identity : best practice catalogue*, op.cit., p. 32.

<sup>208</sup> *Verfassungerichtshof* (Constitutionnal Court), VwGH , 2010/17/0042, 29.11.2010.

<sup>209</sup> S. AGIUS et autres, *Human right and gender identity : best practice catalogues*, op.cit., p. 32.

ville de Vienne décida en 2011 de remédier à cette situation en délivrant des certificats de mariage complètement neutres du point de vue du genre de la personne<sup>210</sup>.

La Cour Suprême fédérale allemande, quant à elle, déclara que les pré-requis à la reconnaissance légale du nouveau sexe des transsexuels que posaient les articles 8.1 n°3 et 4 de la *Transsexuellengesetz* étaient inconstitutionnels<sup>211</sup>. Elle jugea également que forcer une femme convertie du sexe masculin au sexe féminin à contracter un mariage en tant qu'homme et de cette manière lui assigner un rôle de sexe en contradiction avec son identité de genre était incompatible avec les dispositions de la Constitution allemande protégeant la vie privée des individus<sup>212</sup>. Suivant cette décision, le projet de loi sur l'identité de genre présenté au parlement allemand en 2009 propose des procédures simplifiées pour la reconnaissance du nouveau genre et prévoit qu'un mariage existant ou un partenariat enregistré ne sera pas affecté par un changement d'état civil<sup>213</sup>.

Les solutions allemandes et autrichiennes sont très intéressantes dans la mesure où ni l'Allemagne, ni l'Autriche n'ont ouvert l'institution du mariage aux personnes de même sexe mais les deux Cours constitutionnelles ont néanmoins considéré qu'il était plus important de protéger tous les individus sans exception d'un divorce forcé par l'Etat que d'éviter les quelques rares cas où cela conduisait à un mariage entre personnes de même sexe<sup>214</sup>.

## SECTION 2. La filiation

Le changement de sexe d'un des parents conduit à une double anomalie: si on prend le cas d'un changement de sexe homme vers femme, le rôle de père sera désormais assumé par une personne dont le genre féminin aura été juridiquement constaté et se sentant femme, le père présentera à l'enfant une image féminine et maternelle<sup>215</sup>. Un enfant pourrait-il avoir rétroactivement deux pères ou deux mères biologiques ? Dans cette section, nous examinerons les possibilités pour une personne souhaitant changer de sexe

---

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>211</sup> *Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court), BVerfG, 1 BvL 10/05, 27.5.2008.

<sup>212</sup> S. AGIUS et autres, *Human right and gender identity: best practice catalogue, op.cit.*, p. 31.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>214</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique, op.cit.*, p. 23.

<sup>215</sup> F. RIGAUX, « Un enfant peut-il avoir deux mères...ou deux pères? », *R. R. D.*, 1998, p. 308.

de conserver les liens de filiation à l'égard de ses enfants.

### § 1. Les liens de filiation

La solution en général retenue par les Etats, est que l'enfant pour qui une filiation légitime a été établie conserve celle-ci même en cas de modification du sexe d'un des parents<sup>216</sup>. La modification légale du sexe opérant *ex nunc* et non *ex tunc*, il n'y a donc pas d'effet rétroactif sur les liens de filiation. En témoigne, article 62bis du Code civil belge § 8 : « L'acte portant mention du nouveau sexe ne modifie en rien les liens de filiations existants, ni les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent. Toutes les actions concernant ces liens de filiations et les droits et pouvoirs et obligations qui en découlent peuvent encore être intentées après l'établissement de l'acte portant mention du nouveau sexe<sup>217</sup> ». La solution semble faire l'unanimité et n'a jusqu'à présent donné lieu à controverse. La jurisprudence européenne n'a jamais donné de réponse à cette question. Il n'a pas non plus été trouvé de législation subordonnant le changement de sexe à la condition d'être sans enfant.

Néanmoins, pour P. Wachsmann et A. Marienburg-Wachsmann, il est regrettable, qu'en effet aucune réponse ne soit apportée sur le fond de la question à savoir quels peuvent être les effets sociaux de la modification de leur état civil et quelles sont les conséquences à long terme qu'une telle modification peut entraîner pour les membres de la famille en particulier les enfants, rappelant que M. *Goodwin* avait quatre enfants.<sup>218</sup> Selon eux, l'affirmation de la Cour selon laquelle « Aucun facteur important d'intérêt public n'entrant en concurrence avec l'intérêt de la requérante en l'espèce d'obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle, la Cour conclut que la notion de juste équilibre inhérente à la convention fait désormais pencher résolument la balance en faveur de la requérante<sup>219</sup> » n'est pas exacte<sup>220</sup>. La Cour oublie les intérêts de la famille en particulier des descendants<sup>221</sup>.

---

<sup>216</sup> F. GRANET, « Note de synthèse sur le transsexualisme en Europe », *op.cit.*, p. 14.

<sup>217</sup> Code civil, *M.B.*, 3 septembre 1807, article 62bis

<sup>218</sup> P. WACHSMANN, A. MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme en matière de transsexualisme », *Rev. trim. D. H.*, 2003, p. 1162.

<sup>219</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité.

<sup>220</sup> P. WACHSMANN, A. MARIENBURG-WACHSMANN, *op.cit.*, p.1180.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 1180.

Si cette position peut paraître dépassée dans l'état actuel des choses, la question mériterait d'être débattue. Et comme il a été souligné dans un rapport de l'Institut belge pour l'égalité des femmes et des hommes, il est important de veiller à ce que les enfants ne soient eux-mêmes éventuellement discriminés en raison du changement de sexe d'un de leurs parents<sup>222</sup>. Cependant, il faut donc constater qu'aucune question ne s'est posée au regard des articles 8 et 12 de la Convention.

## § 2. L'autorité parentale

Si la filiation à l'égard d'un enfant ne paraît pas à première vue susciter de problèmes majeurs, il en est tout autrement de l'autorité parentale. Dans l'arrêt *Sheffield et Horsham*, la requérante avait par exemple été privée en raison de sa transsexualité du droit de visite envers sa fille et n'avait plus revue celle-ci depuis 8 ans. Si le couple formé par une personne transgenre est resté marié parce que tel était leur souhait et que le droit de l'Etat le permettait, la situation n'est guère problématique. Cependant dans la majorité des cas, le divorce est généralement prononcé et cette rupture de la cellule familiale oblige à réorganiser les relations parentales et les modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>223</sup>.

De manière générale, la Cour a jugé que le droit au respect de la vie familiale implique l'obligation positive pour l'Etat de prendre les mesures propres à réunir un parent à son enfant sous réserve de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>224</sup>. Ainsi « les autorités nationales contreviennent à l'article 8, lorsque les mesures prises comme la suspension de l'autorité parentale, interdiction de tout contact entre une mère et son enfant- compromettent les chances de regrouper la famille et comportent un risque de séparation irréversible du parent et de son enfant<sup>225</sup> » Il convient également que l'Etat assure ces obligations dans le respect du droit à l'égalité et à la non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention.

---

<sup>222</sup> J. MOTMANS (sous la direction de.), *Etre transgenre en Belgique. Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres*, Rapport atelier aspects juridiques, 20 novembre 2009, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, p. 4.

<sup>223</sup> N. GALLUS, « La séparation du couple », in F. KRENC et M. PUECHAVY (sous la direction de.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 55.

<sup>224</sup> F. SUDRE, « La Convention européenne des droits de l'homme, *op.cit.*, p. 107.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 107.

Dans l'arrêt *P. V. c. Espagne*, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que la transsexualité est une notion couverte par l'article 14 de la Convention et qu'il convient d'analyser si la transsexualité de la requérante a été un motif déterminant dans la décision de restreindre le régime de visite initial<sup>226</sup>. Il s'ensuit que les autorités d'un Etat ne pourraient au motif de son changement de sexe accorder à un transsexuel un régime moins favorable dans l'obtention de la garde de ses enfants.

Rien n'est dit cependant au sujet de la prise en compte d'un motif de discrimination plus large comme l'identité de genre. Dans sa recommandation de 2010,<sup>227</sup> le Comité des ministres va lui préciser que : « Tenant compte du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la considération première en matière de responsabilité parentale ou de tutelle d'un enfant, les Etats membres devraient s'assurer que ces décisions sont prises sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ».

---

<sup>226</sup> Cour eur. D.H., arrêt *P. V. c. Espagne*, précité, par. 30-31.

<sup>227</sup> Recommandation CM/Rec (2010) du Comité des ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, précitée.

## CHAPITRE IV. La vie familiale future des transsexuels

---

La question de la vie familiale future d'une personne transsexuelle suscite d'autres questions au regard des articles 8 et 12 de la Convention que celle de la vie familiale antérieure. La question fondamentale consiste à se demander si la personne transsexuelle pourra ou non se marier avec une personne de son genre d'origine<sup>228</sup>. Mais aussi si cette personne pourra selon les termes de l'article 12 « fonder une famille » en sachant que beaucoup d'obstacles se dressent sur son chemin.

### SECTION 1. Le Mariage

La question du mariage d'une personne avec une personne de son sexe d'origine doit être analysée sous l'angle de l'article 12 de la Convention qui est la *lex specialis* en ce qui concerne le mariage.

#### § 1. La condition du sexe posée par l'article 12 de la Convention et l'exclusion d'un droit au mariage pour les personnes de même sexe

On sait que la *lex specialis* en ce qui concerne le mariage est l'article 12 de la Convention. Contrairement à l'article 8 de la Convention qui commence par « Toute personne a le droit de...<sup>229</sup> » l'article 12 précise « l'homme » et « la femme » et impose donc l'obligation de déterminer le sexe de la personne. La définition retenue du sexe est donc ici une question cruciale<sup>230</sup>. En effet, au-delà des interprétations qui peuvent en être faites, il faut constater que les principales conventions relatives aux droits de l'Homme sont neutres vis-à-vis du genre<sup>231</sup>. Pour faire un parallèle avec le droit de l'Union européenne, les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont limités à proclamer que : « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice (article 9)<sup>232</sup>.

---

<sup>228</sup> F. GRANET, « Note de synthèse sur le transsexualisme en Europe. », *op. cit.*, p. 15.

<sup>229</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, précitée, article 8.

<sup>230</sup> M. ELOSEGUI ITXASO, « Transsexualité, droit à la vie privée et droit au mariage. Examen du cas espagnol à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme », *R.I.E.J.*, 1998, p. 101.

<sup>231</sup> D. BORILLO, « Pour un droit de la famille émancipé du genre », *op. cit.*, p. 16.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 16.

Il s'en suit qu'en visant expressément le droit pour « l'homme » et la « femme » de se marier, les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme ont entendu exclure les unions entre personnes de même sexe.

La jurisprudence de la Cour européenne a, à plusieurs reprises, confirmé cette interprétation<sup>233</sup> jugeant que « (...) le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre (...)»<sup>234</sup> et « qu'il n'existait pas un droit fondamental au mariage pour le personne de même sexe<sup>235</sup> ». « Cependant aucune explication n'est avancée les juges pour justifier la différence des sexes comme condition sine qua non du droit au mariage<sup>236</sup>». Pour certains sociologues, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe entraînerait la disparition de la différenciation symbolique entre les hommes et les femmes<sup>237</sup>. Le maintien de la discrimination peut se justifier également par l'enjeu de la filiation<sup>238</sup>. L'institution du mariage n'est pas l'institution du couple mais l'institution qui lie la différence des sexes à la différence des générations<sup>239</sup>. Comme le souligne D. Borrillo, « le genre comme catégorie identificatoire de l'état civil sert à définir le mariage comme une institution hétérosexuelle et par conséquent à empêcher le mariage entre personne de même sexe<sup>240</sup> ».

La question du mariage entre un transsexuel et une personne de son sexe d'origine n'est plus pertinente dans les pays européens ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe puisque par définition la condition d'appartenance au sexe féminin ou masculin n'est plus requise<sup>241</sup>. En ce qui concerne l'accès à l'institution du mariage, il faut donc

---

<sup>233</sup> Voy. *Supra*.

<sup>234</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, req. n°30141/04, <http://echr.coe.int>. par. 62 ; Cour eur. D. H., arrêt *B. et L. c. Royaume-Uni*, par. 36.

<sup>235</sup> Cour eur.D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité.

<sup>236</sup> D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.*, p.21.

<sup>237</sup> I. THERY, « Le contrat d'union sociale en questions », note de la fondation Saint-Simon, octobre 1997 cité par D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipé du genre », *op.cit.*, p. 21

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>240</sup> D. BORRILLO, *op. cit.*, p. 16.

<sup>241</sup> Voy. *Supra*.

constater que les revendications « trans » rejoignent celle des homosexuels, gays et lesbiennes. Dans les autres pays européens qui n'admettent pas le mariage entre personne de même sexe, la possibilité pour les transsexuels d'épouser une personne de leur ancien sexe va donc dépendre du critère retenu en droit pour déterminer le sexe d'une personne avec derrière la question fondamentale : à partir de quand peut-on considérer qu'une personne transsexuel est devenue femme ou homme ? C'est en réalité, comme le souligne M. Elosegui Ixtaso, un problème de politique juridique qui apparaît lorsqu'on doit trancher en annonçant le niveau de sexualité sur lequel on se situe en droit quand on parle du sexe<sup>242</sup>.

## § 2. La reconnaissance partielle d'un droit au mariage pour les transsexuels par la Cour européenne des droits de l'homme

Néanmoins la Cour européenne va reconnaître un droit au mariage pour les transsexuels. Le droit au mariage n'a été cependant invoqué que devant la Cour européenne des droits de l'homme que de manière incidente dans le contexte des problèmes auxquels devaient faire face les transsexuels opérés.<sup>243</sup> Du fait de la non reconnaissance juridique des conséquences des opérations de conversion, ceux-ci étaient en effet enfermés, selon les termes de F. Rigaux « dans un cercle insécable qui le prive définitivement du droit que l'article 12 reconnaît à tout homme et à toute femme<sup>244</sup> ». La jurisprudence adoptée dans les arrêts *Rees*, *Cossey* conduisait ainsi à faire du transsexuel un être ambigu ni homme ni femme<sup>245</sup>.

Malgré les critiques assez vives de certains auteurs, qui ont reproché à la Cour « une approche compassionnelle des droits de l'homme<sup>246</sup> » ou encore d'avoir « accorder pleine légitimité au délire transsexuel<sup>247</sup> », les arrêts *Goodwin et I. c. Royaume-Uni* ont permis de remédier à cette situation critique. Au terme de cette nouvelle jurisprudence, la Cour va reconnaître un droit au mariage pour les transsexuels jugeant que la marge

---

<sup>242</sup> M. ELOSEGUI ITXASO, *op.cit.*, p.101.

<sup>243</sup> D. SPIELMANN, « Cour européenne des droits de l'homme. Droit au mariage. (1979-1980) », *Ann. dr. Lux*, 2000, p. 279.

<sup>244</sup> F. RIGAUX, « Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées », *Rev. trim. D. H.*, 1998, p. 133.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>246</sup> P. WASCHMANN et M. A. MARIENBURG-WASCHMANN, *op.cit.*, p. 1182-1183

<sup>247</sup> M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D. H.*, 2004, p. 895.

d'appréciation laissée dans l'exercice de la liberté matrimoniale ne pouvait aller jusqu'à interdire purement et simplement aux transsexuels de se marier<sup>248</sup>.

Cette interprétation de l'article 12 soulève une autre question. La possibilité de contracter un mariage est-elle seulement octroyée aux transsexuels opérés ayant pleinement réalisé leur conversion ou peut-on voir dans cette jurisprudence une évolution vers la reconnaissance du mariage homosexuel<sup>249</sup> ? Cependant, au vu de l'utilisation récurrente de l'expression « transsexuels opérés ayant réalisé pleinement leur conversion<sup>250</sup> » et l'insistance sur le fait que l'article 12 vise le droit de se marier pour un homme et une femme, il n'était pas question d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe<sup>251</sup>. De plus la Cour dit bien qu'il appartient à l'Etat contractant de « déterminer notamment les conditions que doit remplir une personne transsexuel qui revendique la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée et celles dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalité applicable à un futur mariage (par exemple les informations à fournir aux futurs époux)<sup>252</sup> ».

La possibilité de se marier n'est donc pas reconnue à tous les transsexuels mais seulement à ceux qui ont pleinement réalisé leur opération médicale de conversion soit les transsexuels au sens strict. Cette logique est tributaire de l'approche médicale de la transsexualité suivant laquelle la transsexualité est une erreur de nature que l'on se doit de corriger grâce à la chirurgie. Dans sa recommandation de 2010, Comité des ministres du Conseil de l'Europe, adopte une position similaire : « Les Etats membres devraient prendre toute les mesures appropriées pour garantir que, une fois le changement de sexe accompli et juridiquement reconnu conformément aux paragraphes 20 et 21 ci-dessus, le droit d'une personne transgenre d'épouser une personne du sexe opposé à son nouveau sexe est effectivement garanti<sup>253</sup> ».

---

<sup>248</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, précité; Cour eur. D. H., *I. c. Royaume-Uni*, précité.

<sup>249</sup> M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim.D.H.*, 2004, p. 898.

<sup>250</sup> Cour eur. D.H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, précité.

<sup>251</sup> M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 899.

<sup>252</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, précité, par. 103.

<sup>253</sup> Recommandation du Comité des ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée

Pour les transsexuels non opérés, la réponse à nos interrogations doit alors être cherchée dans les critères permettant à une personne de changer juridiquement de sexe ou à envisager la possibilité de deux individus de même sexe de se marier.

### § 3. L'enjeu de la reconnaissance légale du genre

En ce qui concerne l'accès au mariage, la question de la détermination du sexe est cruciale. La possibilité pour les transsexuels de se marier va dépendre des conditions dans lesquelles s'inscrit la reconnaissance légale du genre.

#### A. Le droit au changement de sexe des transsexuels opérés

Si dans les premiers arrêts, la Cour avait retenu une définition biologique du sexe, elle admet aujourd'hui que « La Cour n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques, (...) l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société, et les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité (...). La Cour a constaté ci-dessus, sur le terrain de l'article 8 de la Convention que la non-concordance des facteurs biologiques chez un transsexuel opéré ne pouvait plus constituer un motif suffisant pour justifier le refus de reconnaître juridiquement le changement de sexe de l'intéressé (...). D'autres facteurs doivent être pris en compte : la reconnaissance par la communauté médicale et les autorités sanitaires dans les Etats contractants de l'état médical de trouble de l'identité sexuelle, l'offre des traitements y compris les interventions chirurgicales censées permettre à la personne concernée de se rapprocher le plus possible du sexe auquel elle a le sentiment d'appartenir et l'adoption par celle-ci du nouveau sexe<sup>254</sup> ».

La Cour dans son raisonnement tient compte une fois de plus des données médicales et scientifiques en matière de transsexualisme<sup>255</sup>. En effet, lorsqu'elle consacre le droit pour les transsexuels de voir leur nouvelle identité reconnue par le droit, elle vise et elle insiste sur le fait qu'il s'agit uniquement des transsexuels ayant pleinement réalisés leur

---

sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, précitée.

<sup>254</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°28957/95, par. 100.

<sup>255</sup> Voy. *Supra* Chapitre I.

conversion<sup>256</sup>. Sa logique est donc celle de l'approche médicale de la transsexualité.

Si certains auteurs ont fait observer qu'un pas supplémentaire avait été franchi avec l'arrêt *Van Kück c. Allemagne*, qui reconnaît que l'identité sexuelle choisie par un individu est un aspect des plus intimes de la vie privée d'une personne consacrant un droit à l'autodétermination sexuelle et que rien ne permet d'affirmer que la décision de subir une conversion sexuelle serait arbitraire ou irréfléchie<sup>257</sup>. Ce droit à l'autodétermination sexuelle est, pour notre part, entendu du droit à l'accès aux traitements de conversion sexuelle et au droit d'avoir son sexe légal modifié par la suite, mais non d'un droit à choisir librement la catégorie de sexe à laquelle on appartient.

#### B. La question de l'imposition de traitements médicaux comme préalable à la reconnaissance du genre

La question de l'imposition de traitements médicaux, d'opération de réassignation sexuelle ou d'opérations de stérilisation comme préalable à la reconnaissance du nouveau sexe de la personne fait l'objet d'un grand débat à l'heure actuelle dans la communauté internationale. Les Principes de Jogjakarta élaborés en 2007 par un groupe d'experts du droit international consacrent en leur principe n°3 que « Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre<sup>258</sup> ». Dans les recommandations du Commissaire aux droits de l'Homme<sup>259</sup> et la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, on invite les Etats membres à adopter une législation garantissant aux personnes transgenres le droit à « des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale<sup>260</sup> ».

#### Il faut dire qu'avec l'émergence du phénomène transgenre, le débat sur la transsexualité

<sup>256</sup> Cour eur.D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°28957/95, par. ??

<sup>257</sup> G. HIERNAUX, « Approche de la transsexualité en droit belge », in N. GALLUS (sous la direction de), *Droit des familles, genre et sexualité, op.cit.*, pp. 43-44.

<sup>258</sup> Commission internationale des juristes, *Principes de Jogjakarta – Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, mars 2007, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>, 3ème principe.

<sup>259</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Identité de genre et droits de l'homme, op.cit.*, p. 43.

<sup>260</sup> Résolution 1728 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la discrimination sur base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010, précitée, par. 16.11.2.

à beaucoup évolué. Comme le dit, L. Brunet, les premières revendications transsexuelles ont abouti à une « transaction juridique d'une nature particulière: le droit a accepté de débiologiser le sexe sous la garantie que les corps soient re-naturalisés par les traitements médicaux<sup>261</sup> ».

Aujourd'hui, ces traitements médicaux posent de plus en plus question notamment par rapport au fait qu'ils peuvent porter atteinte à l'intégrité physique de l'individu mais aussi par ce qu'ils sont appliqués de manière identique à tous sans tenir compte de la diversité des situations transidentitaires<sup>262</sup>.

Les revendications actuelles s'inscrivent dans une toute autre logique, la transformation du corps doit être optionnelle et pas obligatoire, ce qui importe c'est de pouvoir faire connaître légalement l'identité de genre qui est la sienne<sup>263</sup>.

Dans ce nouveau contexte, la position de la Cour européenne des droits de l'homme peut sembler dépassée<sup>264</sup> d'autant plus que l'imposition de ce type de traitements pourrait être jugé contraire au droit de chacun à son intégrité physique voir pourrait être perçu comme un traitement inhumain ou dégradant<sup>265</sup>. D'un autre côté, son refus d'imposer aux Etats l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe pourrait l'amener à conserver cette position<sup>266</sup>.

### C. Nouvelles perspectives

Sous l'influence notamment du mouvement transgenre et des organisations de défense des droits de l'homme<sup>267</sup>, on constate néanmoins que dans la communauté internationale que plusieurs Etats franchissent le pas et offrent désormais aux personnes transsexuelles la possibilité de changer de sexe sans devoir recourir à des traitements médicaux. En 2012, le Sénat argentin a adopté une loi permettant aux personnes transgenres de décider librement de leur genre<sup>268</sup>. *La Ley de identidad de genero* (la loi sur l'identité de

---

<sup>261</sup> L. BRUNET et C. FORTIER, «Le changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité », *op.cit.*, pp. 94-95.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>263</sup> L. BRUNET et C. FORTIER, *op.cit.*, p. 105-106, H. FRIGNET, *Le transsexualisme*, *op.cit.*, p. 94.

<sup>264</sup> P. GUEZ, « Identité de genre et droit international privé », *op.cit.*, p.118.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p.118.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p.118.

<sup>267</sup> Voy. *Supra*.

<sup>268</sup> « En Argentine, choisir son genre devient un droit », par V. PASQUESOONE, article paru dans

genre) est considéré par les organisations de défense des droits de l'Homme, comme la meilleure loi sur l'identité de genre car son application ne requiert aucune intervention médicales : ni accord du médecin, ni diagnostic psychiatrique, ni opérations<sup>269</sup>. La loi précise que les personnes peuvent demander un changement de sexe, de prénom et d'image, si ceux-ci ne correspondent pas à l'identité de genre de cette personne<sup>270</sup>.

Si en Europe, on n'en est pas encore là, il faut souligner toutefois que trois Etats ont adopté une loi sur l'identité de genre : le Portugal<sup>271</sup>, l'Espagne<sup>272</sup> et le Royaume-Uni<sup>273</sup>. Ces trois législations ont en commun de permettre des procédures simplifiées et transparentes pour la reconnaissance juridique du genre choisi<sup>274</sup>. Pour l'Espagne et le Royaume-Uni, la condition d'avoir subi une opération de conversion sexuelle n'est plus requise.

Certains auteurs, comme D. Borrillo se sont également posé la question du maintien du sexe comme élément de l'état civil. En effet, si de nos jours, l'appartenance à l'une ou l'autre des catégories de sexe n'est plus considérée comme un élément déterminant dans la jouissance des droits pourquoi continuer à en faire un élément de l'état des personnes <sup>275</sup> ?

## SECTION 2. L'accès à la parenté

L'enfant est « l'accès le plus abouti à la vie familiale<sup>276</sup> ». L'article 12 offre une protection importante puisqu'il contient des obligations positives visant à garantir un « droit à fonder une famille », mais il se rapporte aux couples mariés. Pour les

---

lemonde.fr., 10 mai 2012 (18h51).

<sup>269</sup> « En Argentine, choisir son genre devient un droit », par V. PASQUESOONE, article paru dans lemonde.fr., 10 mai.2012(18h51) ; S. AGIUS et autres, *Human right and gender identity : best practice catalogue, op.cit.*, p. 18.

<sup>270</sup> « En argentine, choisir son genre devient un droit », par V. PASQUESOONE, article paru dans leMonde.fr, 10 mai.2012, (18h51)

<sup>271</sup> Lei n°7/2011- Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome proprio no registo civil e procede a decima setima alteração ao Código do Registo Civil, disponible sur: [www.dre.pt/pdf1sdip/2011/03/052/0145001451.pdf](http://www.dre.pt/pdf1sdip/2011/03/052/0145001451.pdf)

<sup>272</sup> Ley 3/2007, de 15 de marzo (RCL2007/524), reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas disponible sur [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/l3-2007.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-2007.html)

<sup>273</sup> Gender Recognition Act 2004, disponible sur : [www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents).

<sup>274</sup> S. AGIUS et autres., *Human rights and gender identity : best practice catalogue, op.cit.*, p. 18.

<sup>275</sup> D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op.cit.*, p. 15.

<sup>276</sup> C. NEIRINCK, « Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels », in J. J. LEMOULAND et M. LUBY (sous la direction de.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, Paris, 2007.

transsexuels qui n'ont pas eu accès à l'institution du mariage, il faut faire intervenir les articles 8 et 14 de la Convention<sup>277</sup> ». Il s'agira le cas échéant de faire une distinction selon que la personne transsexuelle a pu ou non épouser une personne de son ancien sexe.

§ 1. Comparaison entre le droit de « fonder une famille » garanti par l'article 12 et le droit à la « vie familiale » garanti par l'article 8

L'article 8 de la Convention constitue la *lex generalis* alors que l'article 12 est une *lex specialis*<sup>278</sup>. Toutefois, si pour certains cette classification devient incertaine, le contenu de ces droits est différent<sup>279</sup>.

L'article 12 garantit à tout homme et toute femme de fonder une famille c'est-à-dire notamment d'avoir des enfants<sup>280</sup>. Si le texte de l'article 12 est rédigé de manière absolue, il n'implique pas le droit pour une personne de procréer quand elle veut et où elle choisit<sup>281</sup>. Si cette disposition interdit par exemple toute ingérence dans l'exercice de ce droit, ce qui exclut la contraception, la stérilisation ou la contraception forcée, l'article 12 ne couvre pas le droit de procréer hors mariage, ni n'étend aux couples non mariés les effets juridiques de celui-ci<sup>282</sup>. En tout logique, les transsexuels qui ont accès à l'institution du mariage peuvent donc bénéficier de la large protection accordée par l'article 12. Néanmoins, lorsque l'article 12 vise le droit d'avoir des enfants, il s'agit du droit d'avoir des enfants par « procréation naturelle<sup>283</sup> » ce qui dans le cas des transsexuels ne va pas sans poser de problèmes.

Les relations familiales qui ne sont pas fondées sur le mariage relèvent donc de l'article 8<sup>284</sup>. Les couples de même sexe ou non mariés vont devoir se tourner vers cet article 8 combiné parfois avec l'article 14.

---

<sup>277</sup> O. TODTS, « Un droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op.cit.*, pp. 173.

<sup>278</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op.cit.*, p. 143.

<sup>279</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op.cit.*, p. 143.

<sup>280</sup> L.-E. PETTITI, (sous la direction de.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 446.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 446.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 446.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 446.

<sup>284</sup> N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*,

La protection inscrite dans l'article 8 ne consacre pas un droit de fonder une famille, mais pour la Cour européenne des droits de l'homme, il protège la famille déjà existante<sup>285</sup>. En effet, en garantissant un droit au respect de sa vie familiale, on présuppose l'existence d'une famille<sup>286</sup>.

## § 2. L'accès direct à la parenté par procréation

Les couples formés par une personne transsexuelle et une personne de son ancien sexe rencontrent les mêmes problèmes en matière d'accès à la parenté que les couples de même sexe, celle-ci est impossible.

Les divers traitements hormonaux et chirurgicaux rendent généralement une grossesse impossible (quoique le cas se soit posé en Amérique en 2008<sup>287</sup>), de même que l'ablation des organes génitaux masculins empêche toute procréation par voie naturelle. De surcroît, certains Etats européens prévoient dans leur législation la condition de stérilité irréversible pour la reconnaissance légale du genre choisi. Cette stérilisation forcée est par ailleurs dénoncée par les associations de défense des personnes transgenres et les institutions du Conseil de l'Europe comme portant sérieusement atteinte à l'intégrité physique de la personne<sup>288</sup>.

La stérilisation obligatoire pourrait notamment poser aussi question au regard du droit de fonder une famille, notamment dans le cas où celle-ci conduirait à ce que les personnes ne puissent pas en prévision d'une opération de conversion congeler son sperme<sup>289</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est jamais prononcée sur la question. Les décisions de la Haute Cour administrative autrichienne<sup>290</sup> et de la Cour Suprême

---

<sup>285</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op.cit.*, p. 62.

<sup>286</sup> F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 105.

<sup>287</sup> Cas de Thomas Beaties, femme devenue homme mais qui avait en 2008 porté l'enfant de sa compagne stérile rapporté par G. HIERNAUX, « une approche de la transsexualité en droit belge », *op.cit.*, p. 54.

<sup>288</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre*, *op.cit.*, 18 ; G. HIERNAUX, « Approche de la transsexualité en droit belge », *op.cit.*, p. 54.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>290</sup> *Verfassungsgerichtshof* (Constitutional Court), V 4/06-7, 08.06.2006..

fédérale allemande<sup>291</sup> ont également jugé que l'exigence d'une opération de stérilisation était contraire aux droits de l'homme<sup>292</sup>.

### § 3. Adoption et Procréation Médicalement Assistée

Les transsexuels opérés sont généralement incapables de procréer suites aux diverses opérations et traitements hormonaux (cas très rare de l'homme enceint) et comme dit plus haut, le couple formé par un transsexuel et son ou sa partenaire de même sexe biologique va rencontrer les mêmes problèmes dans l'accès à la parenté que les couples de même sexe. Mis à part l'hypothèse de l'action en recherche de paternité qui pourrait être intentée après un changement de sexe, la possibilité d'avoir des enfants se posera dans le cas d'une adoption ou d'une procréation médicalement assistée (PMA). Il faut relever déjà à ce stade que l'adoption et la procréation médicalement assistée ne constituant pas des modes de procréation naturelle, ils ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 12.

#### A. Procréation médicalement assistée

La personne transsexuelle ne peut en principe pas recourir seul à la procréation médicalement assistée soit en raison des prédispositions génétiques dans le cas d'un transsexuel converti du sexe masculin au sexe féminin, soit en raison des traitements médicaux dans le cas d'un transsexuel passé du sexe féminin au sexe masculin. Le recours à la procréation médicalement assistée concerne donc en générale le couple formé par une personne transsexuel passé de femme à homme et sa partenaire de sexe biologique féminin.

##### 1) Application de l'article 8 de la Convention à la décision d'avoir recours à la procréation médicalement assistée

Aucun instrument de protection des droits de l'Homme ne mentionne expressément l'accès à la procréation médicalement assistée<sup>293</sup>. Le recours à la PMA<sup>294</sup> fait par ailleurs l'objet d'une controverse assez vive dans les Etats européens. Dans trois arrêts récents, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur le droit de devenir parent

<sup>291</sup> *Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court), BVerfG, 1 BvL 10/05, 27.5.2008.

<sup>292</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, *op.cit.*, p. 19.

<sup>293</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, *op.cit.*, p. 106.

<sup>294</sup> PMA: Procréation médicalement assistée.

dans des situations particulières où la réalisation de ce projet dépend de l'assistance médicale qu'est la PMA<sup>295</sup>. « Le point commun de ces affaires est l'affirmation par la Cour de l'application de l'article 8 de la Convention au droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir, et plus précisément – et dans un sens plus restrictif- au droit de devenir ou de ne pas devenir parent au sens génétique du terme, fut dans une des deux branches de la filiation<sup>296</sup>». « Le droit pour un couple de concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève de la protection de l'article 8, ce choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale<sup>297</sup>». L'article 8 est pris cette fois dans ces deux composantes. Mais ce droit n'est pas absolu, comme le relève N. Gallus, on ne peut confondre au nom de l'autonomie le désir d'enfant et le droit à l'enfant. La jurisprudence de la Cour n'a jamais cependant mis en évidence d'obligation positive pour les Etats de garantir l'accès à la PMA et les Etats peuvent légitimement poser restrictions en matière d'accès à l'aide médicale à la procréation<sup>298</sup>.

## 2) Un précédent : l'arrêt X, Y et Z c. Royaume-Uni

L'arrêt *X, Y et Z contre Royaume-Uni* constitue un précédent intéressant<sup>299</sup> dans la mesure où il s'agit dans le cas d'espèce d'un enfant conçu par insémination artificielle avec un tiers donneur, n'ayant donc aucun lien génétique avec la personne qui s'en réclamait comme le père, transsexuel passé du sexe féminin au sexe masculin.

La Cour va reconnaître que l'article 8 trouve à s'appliquer dans cette situation et que X, Y et Z forment une vie familiale qui doit être protégée. Cependant, la Cour « légitime la restriction des droits parentaux par le droit interne qui lie la paternité au constat d'un sexe biologique masculin et ce, au motif qu'il n'y a pas de communauté de vue entre les Etats membres sur l'octroi de droits parentaux aux transsexuels, ni sur le recours à la procréation artificielle, ce qui laisse aux Etats une large marge d'appréciation<sup>300</sup> ».

---

<sup>295</sup> N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in N. GALLUS (sous la direction de), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, p. 203.

<sup>296</sup> N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 209.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>299</sup> *Voy. Supra.*

<sup>300</sup> N. GALLUS, « Les relations parentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.dr.ULB.*, 2005.

### 3) Limites de cette jurisprudence

Plusieurs juges ont émis des opinions dissidentes. Selon le juge Gotchev, à partir du moment où on peut considérer que les relations entre X, Y et Z peuvent passer pour vie familiale ou constituer des liens familiaux de facto, l'Etat devrait agir de manière à permettre à ces liens familiaux de se développer, rendant possible dès la naissance ou aussitôt que possible l'intégration de l'enfant dans sa famille<sup>301</sup> et selon lui, cette obligation implique pour X, la possibilité d'être légalement reconnu comme père de Z<sup>302</sup>. Dans son opinion dissidente, le juge Thor Vilhjalmsson, voit dans le refus des autorités britanniques d'enregistrer X en tant que père de Z une discrimination fondée sur le sexe car si la loi britannique autorise le partenaire d'une femme qui donne naissance à un enfant par IAD<sup>303</sup> à se faire enregistrer comme père, on admet à l'évidence que des déclarations non-conformes aux données biologiques mais fondées sur des considérations juridiques soient portées au registre et que de ce fait les liens familiaux *de facto* entre les personnes concernées sont à prendre en considérations<sup>304</sup>. Il critique également le fait qu'il n'est pas très cohérent qu'un Etat autorise une personne à subir une opération de conversion sexuelle et permette à un couple comme X et Y de concevoir par IAD un enfant, pour ne pas y attacher des effets juridiques par la suite<sup>305</sup>.

Cependant, l'arrêt X, Y, Z c. Royaume-Uni date de 1998 et il est fort probable que vu sa jurisprudence plus récente, notamment les arrêts *Christine Goodwin et I. c. Royaume-Uni*, la Cour serait amenée à revoir sa décision si le cas se représentait. Le cas ne s'est jamais représenté mais on aurait tort de croire cette jurisprudence encore valable.<sup>306</sup> En effet, si X. avait pu se faire reconnaître la qualité d'homme, il aurait pu être déclaré père de l'enfant. Mais de nouveau comme pour le mariage, le droit pour un transsexuel d'être reconnu comme père d'un enfant selon la loi va dépendre des conditions dans lesquelles s'inscrit la reconnaissance du nouveau genre.

---

<sup>301</sup>Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° , p. 15, Cour eur. D.H., arrêt *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, n°, par. 72, Cour eur. D.H., arrêt *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, n°, par. 50.

<sup>302</sup> Opinion dissidente du juge GOTCHEV sous Cour. eur. D. H., arrêt X., Y., et Z. c. *Royaume-Uni*, 22 avril 1997, n°21830/93, <http://echr.coe.int>, p. 18.

<sup>303</sup> IAD: Insémination artificielle avec tiers donneur.

<sup>304</sup> Opinion dissidente de M. le Juge THOR VILHJAMSSON sous Cour. eur. D. H., arrêt X., Y., et Z. c. *Royaume-Uni*, 22 avril 1997, n°21830/93, <http://echr.coe.int>, p. 23.

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>306</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op.cit.*, p. 177

## B. L'adoption

### 1) L'adoption dans les pays européens

L'adoption est « la volonté d'un ou de deux adultes de prendre en charge un enfant et d'agir avec ce dernier comme si il était le fruit de leur œuvre<sup>307</sup> ». Plusieurs possibilités s'offrent aux personnes transsexuelles qui souhaitent adopter. Premièrement, une personne transsexuelle célibataire peut faire une demande pour devenir parent adoptif<sup>308</sup>. Deuxièmement, la personne peut adopter les enfants biologiques ou adoptés de son ou sa partenaire<sup>309</sup>. Troisièmement, on trouve la procédure d'adoption conjointe par le couple<sup>310</sup>.

L'adoption dans les Etats membres du Conseil de l'Europe est régie non seulement par les lois nationales mais aussi au niveau international par la Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant qui contient des règles obligatoires en matière d'adoption<sup>311</sup> et la Convention de La Haye de 1993<sup>312</sup> qui fixe plusieurs modalités en matière d'adoption internationale.

La Convention européenne en matière d'adoption des enfants<sup>313</sup> ouverte à la signature en novembre 2008, prévoit que les Etats permettent aux partenaires de même sexe mariés ou dans un partenariat d'adopter des enfants<sup>314</sup>. Cependant, il n'existe pas de « droit à adopter »<sup>315</sup>. Comme pour la procréation médicalement assistée, l'Etat dispose d'une large marge d'appréciation, il peut donc choisir d'ouvrir l'adoption uniquement aux couples mariés, ou l'étendre à d'autres catégories comme les personnes célibataires, les couples non mariés. Il peut également prévoir l'adoption par un second parent. Si l'Etat

---

<sup>307</sup> C. MECARY, « Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme » in N. GALLUS (sous la direction de.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, p. 227.

<sup>308</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, op.cit.*, p. 105.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>311</sup> Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, adoptée par la loi du 25 novembre 1991, *M. B.*, 17 janvier 1992.

<sup>312</sup> Convention sur la protection des enfants et la coopération internationale en matière d'adoption, adoptée à La Haye, le 29 mai 1993, *M. B.*, 06 juin 2005.

<sup>313</sup> Convention européenne en matière d'adoption des enfants, (révisée), Strasbourg, 27 novembre 2008 (STEC n°202), ouverte à la signature en novembre 2008.

<sup>314</sup> Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'orientation sexuelle, op.cit.*, p. 104.

<sup>315</sup> O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ?, *op.cit.*, p. 173

bénéficie d'une large marge d'appréciation dans le domaine de l'ouverture de l'adoption, il n'en n'est pas de même en ce qui concerne l'égalité dans l'accès à la procédure d'adoption qui va pouvoir faire l'objet de revendications sur base de l'article 8 et 14<sup>316</sup>.

## 2) L'égalité d'accès dans la procédure d'adoption

Si la législation nationale permet par exemple à des personnes célibataires d'adopter des enfants sans exclure une catégorie de personne. Il n'y a aucune raison à ce que la personne transsexuelle soit privée de cette possibilité étant donné que la condition de sexe n'est pas pertinente, il peut s'agir aussi bien d'un homme ou d'une femme. Il convient seulement de faire en sorte que la personne ne fasse pas l'objet de discrimination dans l'accès à la procédure d'adoption.

Dans l'affaire *E.B. c. France*, la Cour européenne des droits de l'Homme avait considéré que le refus des autorités françaises de faire suite à la demande d'adoption d'une femme au motif que celle-ci était lesbienne avait remporté la violation de l'article 8 combiné à l'article 14<sup>317</sup>. Jusqu'à présent, la question ne s'est jamais présentée pour une personne transsexuelle.

Dans sa recommandation en ce sens, le Comité des ministres recommande aux Etats membres qui permettent à des personnes célibataires d'adopter des enfants de garantir l'application de la législation sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre<sup>318</sup>. Jusqu'à présent, la Cour européenne n'a jamais eu à trancher de cas de discrimination fondé sur la transsexualité dans l'accès à la procédure d'adoption par une personne célibataire.

La personne transsexuelle ou transgenre pourra donc en cas de discrimination dans la procédure d'adoption fondé sur son identité de genre ou sa transsexualité introduire un recours sur base de l'article 8 combiné à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cependant jusqu'à présent la Cour n'a pris en compte que le motif de la transsexualité sans préciser si elle visait par là uniquement les transsexuels opérés

---

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>317</sup> Cour eur. D. H., arrêt *E. B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n°43546/02, <http://echr.coe.int>.

<sup>318</sup> Recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des Ministres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, adoptée en mars 2010, précitée, par. 26.

ou si ce motif permettait d'englober plus de situations.<sup>319</sup>

Pour le reste la possibilité pour un couple formé par une personne transgenre d'adopter va dépendre du droit national en vigueur dans l'Etat. Il paraît important de faire une distinction entre les transsexuels qui ont eu accès à l'institution du mariage et ceux qui ne l'ont pas eu. En effet, le mariage est l'institution privilégiée pour accueillir des enfants<sup>320</sup>. « Ils remplissent en général les conditions de l'assistance médicale à la procréation et peuvent sans problèmes majeurs adopter le même enfant ou l'enfant du conjoint.<sup>321</sup> ». Dans les autres cas, le couple formé par une personne transsexuelle et une personne du sexe opposé à celui de sa naissance sera assimilé selon que la personne transsexuelle ait pu ou non faire reconnaître son nouveau sexe, soit à une union libre soit à un couple formé par des personnes de même sexe.

---

<sup>319</sup> Cour eur. D. H., arrêt *P. V. c. Espagne*, précité.

<sup>320</sup> C. NEIRINCK, « Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels », *op.cit.*, p. 68.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 68.

## CONCLUSION

---

Le transsexualisme est un phénomène relativement marginal mais qui soulève des questions complexes de nature juridique, médicale et sociale. Ces questions sont d'autant plus aiguës lorsque sont en jeu les relations de la personne transsexuelle avec d'autres personnes, en particulier les membres de sa famille. Si la plupart des Etats européens ont rapidement adopté des législations permettant aux transsexuels de changer juridiquement de sexe ou plutôt de faire modifier la mention de leur sexe sur leurs documents officiels, peu d'entre eux ont pris en compte cette dimension familiale et le rôle de parent ou d'époux que la personne serait amenée à jouer. D'une part, les législations européennes exigent souvent pour la reconnaissance légale du nouveau genre des conditions très lourdes sur le plan personnel comme l'obligation de célibat, la condition de stérilité irréversible ou l'imposition d'un traitement de réassignation sexuelle complet qui peuvent amener indirectement les transsexuels et les membres de leurs familles à être privé de la protection juridique qu'ils pourraient obtenir d'un mariage ou du statut de parent. Ces conditions constituent des ingérences forte dans la vie privée et familiale des personnes et posent évidemment question au regard des droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme. D'autre part, ces mêmes législations règlent rarement les questions relatives à l'autorité parentale ou à un recours futur à la procréation médicalement assistée ou à l'adoption, ce qui comporte un risque que la personne transsexuelle soit par après victime de discrimination dans ces procédures.

La Cour européenne des droits de l'homme amenée à contrôler le respect des droits reconnus par la Convention dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, avait dans un premier temps laissé aux Etats membres une grande marge d'appréciations dans la manière de traiter les questions relatives aux transsexuels, notamment les conditions dans lesquelles ceux-ci pouvait obtenir la reconnaissance légale de leur genre, avoir l'accès à l'institution du mariage et obtenir le statut de parent. L'arrêt *Goodwin* a marqué un tournant dans la position de la Cour en reconnaissant pour les transsexuels opérés le droit de changer de sexe et corrélativement le droit de se marier sous leur nouvelle identité afin qu'ils ne soient pas contraint de vivre. Cependant, les Etats conservaient néanmoins une marge d'appréciation pour traiter les questions relatives à un mariage antérieur et les conditions que doit remplir un transsexuel pour établir que

sa conversion sexuelle a bien été établie. Or comme une anticipation des problèmes qui allaient se poser par la suite, c'est précisément sur ces deux points que les revendications portent aujourd'hui.

Il faut dire que depuis l'arrêt *Goodwin*, le débat sur la transsexualité a évolué et le modèle médical du transsexualisme est de plus en plus remis en cause par l'action des associations transgenres. Au niveau international, les principes de Jogjakarta consacrent désormais le droit pour les personnes à voir leur identité de genre reconnue sans que celle-ci passe des traitements médicaux ou par la dissolution de son mariage. En Europe, la publication en 2009 et 2011 des rapports du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, et l'adoption en 2010 par le Comité des ministres et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de recommandations visant à lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre ont marqué un renversement de perspective. On y insiste sur la diversité des situations transidentitaires et sur le caractère disproportionné d'un traitement imposé à tous sans distinctions. Ils recommandent aux Etats membres du Conseil de l'Europe de cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à l'obligation légale de stérilisation et d'autres traitements médicaux et de supprimer les dispositions portant atteinte aux droits des personnes de demeurer mariées suite à un changement de sexe. La Cour européenne des droits n'a jusqu'à ce jour pas modifié sa position tant en ce qui concerne la question du mariage antérieur que l'imposition de traitements médicaux. Nous pouvons néanmoins à ce stade faire quelques constatations.

Premièrement, les problèmes que rencontrent les transsexuels sur la question du mariage et de manière plus large de l'accès à la parenté rejoignent ceux rencontrés par les couples de même sexe. L'identité de genre et l'orientation sexuelle sont par ailleurs de plus en plus souvent analysées conjointement sur le plan de la lutte contre la discrimination malgré que ce soient deux problématiques distinctes. Il n'est dès lors pas étonnant de voir les revendications transsexuelles et homosexuelles s'associer au sein des mêmes mouvements politiques critiques du genre dans leur combat pour l'égalité.

Deuxièmement si les Etats conservent encore une marge d'appréciation sur la manière de traiter ces situations marginales, on les voit néanmoins évoluer vers plus de tolérance. Le Portugal, l'Autriche et l'Allemagne ont supprimé l'obligation de stérilité

irréversible de leurs législations et renoncé à l'obligation de célibat. Depuis 2004, l'opération de réassignation sexuelle n'est plus un préalable à la reconnaissance du nouveau genre au Royaume-Uni et depuis 2007 en Espagne. Ces changements ne concernent actuellement peu de pays, mais cela laisse penser que la situation va évoluer vers une meilleure prise en compte de la situation propre aux personnes transsexuelles et aux membres de leur famille. La manière dont les pays reconnaissent et traitent le cas marginal des transsexuels constitue par ailleurs un excellent indicateur de leur engagement à respecter des droits de l'homme et comme l'avait relevé S. Vandroogenbroeck à propos de l'arrêt *Goodwin* : « Les droits de l'homme ne prennent sens et force que lorsque se multiplient les bonnes raisons de ne pas les respecter<sup>322</sup> ».

---

<sup>322</sup> S. VANDROOGENBROECK, « Transsexuels et C.E.D.H. La fin d'un long combat », *Jour. jur.*, 2002, p. 4.

# BIBLIOGRAPHIE

---

## I. Législation

### 1. Droit international général

#### a) Conventions

- Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, adoptée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992.
- Convention sur la protection des enfants et la coopération internationale en matière d'adoption, adoptée à La Haye, le 29 mai 1993, *M. B.*, 06 juin 2005

#### b) Actes de nature politique

- UN Human Right Council, 17<sup>th</sup> session, Follow-up and implementation of the Vienna Declaration and Programme of Action, *Human Right, sexual orientation and gender identity*, 15 june 2011, [www.2ohchr.org/French/bodies/hrcouncil](http://www.2ohchr.org/French/bodies/hrcouncil).
- Commission International de Juristes (CIJ), Principes de Jogjakarta - Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, <http://unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>.
- Déclaration du Bureau du Haut-commissaire aux Nations-Unies aux droits de l'Homme, lors de la Conférence international sur les droits humains des LGTB, Montréal, 26 juillet 2006, <http://www.ohchr.org/fr>.

### 2. Conseil de l'Europe

#### a) Conventions

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 23 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.
- Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signé à Rome le 4 novembre 2000, <http://conventions.coe.int/>.
- Convention européenne en matière d'adoption des enfants, (révisée), Strasbourg, 27 novembre 2008 (STEC N°202), ouverte à la signature en novembre 2008, <http://conventions.coe.int/>

#### b) Actes de nature politique

- Résolution 1728 (2010) de l'Assemblée parlementaire relative à la discrimination sur base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010, <http://assembly.coe.int>
- Recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des Ministres relative à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010, <http://wcd.coe.int>
- Recommandation 1915 (2010) de l'Assemblée parlementaire relative à la discrimination sur base l'orientation sexuelle et l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010, <http://assembly.coe.int>
- Recommandation n°1117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de relative à la condition des transsexuels, adoptée le 29 sept. 1989, <http://assembly.coe.int>.

### 3. Union européenne

#### a) Droit primaire

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 déc. 2000, *J.O.C.E.*, C. 364/1, 18 déc.2000, article 9.

#### b) Droit dérivé

- Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *J.O.U.E.*, L-204, 26 juil. 2006, pp. 23-36.
- Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L-303, 2 déc. 2000, pp.16-22.

#### c) Actes de nature politique

- Résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, *J.O.C.E.*, C-256, 9 octobre 1989, p. 34.

### 4. Législations nationales

- Code civil belge, *M.B.*, 3 septembre 1807, article 62bis.
- Gender recognition Act 2004, disponible sur: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents).
- Ley 3/2007, de 15 de marzo (RCL2007/524), reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las persona, disponible sur : [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/13-2007.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/13-2007.html).

- Lei n°7/2011- Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome proprio no registo civil e procede a decima setima alteração ao Código do Registo Civil, disponible sur: [www.dre.pt/pdf1sdip/2011/03/052/0145001451.pdf](http://www.dre.pt/pdf1sdip/2011/03/052/0145001451.pdf).

## II. Jurisprudence

### 1) Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. D. H., arrêt *Engels et autres c. Pays-Bas*, 08 juin 1976, req. n°5100/71, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n°6833/74, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Van Oosterwijck c. Belgique*, 06 novembre 1980, req. n°7654/76, <http://echr.coe.int>
- Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, 10 octobre 1986, req. n°9532/81, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, req. n°10843/84, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *B. c. France*, 25 mai 1992, req. n°13343/87, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, req. n°16969/90, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, req. n°13580/88, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, req. n°21830/93, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, req. n°31-32/1997/815-816/1018-1019, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Fretté c. France*, 26 février 2002, req. n°36515/97, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°28957/95, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *I. c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°25680/94, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, req. n°35968/97, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *B et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, req. n°36536/02, <http://echr.coe.int>.

- Cour eur. D.H., (déc.) *Parry c. Royaume-Uni*, 28 novembre 2006, req. n°42971/05, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Grant c. Royaume-Uni*, 23 mai 2006, req. n°32570/03, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *L. c. Lituanie*, 11 septembre 2007, req. n°27527/03, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n°43546/02, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Schumpf c. Suisse*, 8 janvier 2009, req. n°29002/06, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro da Silva Mouta contre Portugal*, 21 décembre 2009, req. n°33290/96, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *P.V c. Espagne*, 30 novembre 2010, req. n° 35159/09, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, req.n°30141/04, <http://echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *H. c. Finlande*, 13 novembre 2012, req. n°37359/09, <http://echr.coe.int>.

## 2) Cour de Justice des Communautés Européennes

- C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall County Council*, C-16/94, Rec. C.J. C.E., I, p. 2145.
- C.J.C.E., 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency*, C-117/01, Rec. C.J. C.E., I, p. 541.
- C.J.C.E., 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richard c. Secretary States of Pensions*, C-423/04, Rec. C.J.C.E, I, p. 3603.

## 3) Décisions des juridictions nationales

- *Verfassungsgerichtshof*, (Constitutional Court), V. 4/06-7, 08.06.2006. (Autriche).
- *Bundesverfassungsgericht*, (Federal Constitutional Court), BverfG, 1 BvL, 10/05, 27.5.2008. (Allemagne).

## III. Doctrine

### 1. Monographies

- AGIUS, S. et autres, *Human right and gender identity: best practice catalogue*, Brussels, ILGA-Europe, 2011.

- BERENI, L., et autres, *Introduction aux gender studies. Manuel des études sur le genre*, Bruxelles, De Boeck, 2008.
- BENJAMIN, H., *The transsexual phenomenon*, New York, Julian Press, 1966.
- CALIFIA, P., *Le Mouvement transgenre. Changer de sexe*, Paris, EPEL, 2003.
- DOUMBE-BILLE, S., (sous la direction de), *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- FRIGNET, H., *Le transsexualisme*, Paris, Desclée de Brouwer, 2000.
- GALLUS, N. (sous la direction de), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012.
- KRENC F, et PUECHAVY, M., (sous la direction de), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- LEMOULAND, J.-J et LUBY, M., (sous la direction de), *Le droit à une vie familiale*, Paris, Dalloz, 2007.
- MARGUENAUD, J.-P., *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008.
- MONEY, J., EHRHART, A., *Man and Woman, Boy and Girl*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1972.
- MONEY, J., TUCKER, P., *Sexual Signature*, Boston, Little Brown and co., 1975.
- MOTMANS, J., (sous la direction de), *Être transgenre en Belgique. Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres*, Bruxelles, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2009.
- PETITTI, L.-E. (sous la direction de), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995.
- PY, B., *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, 1999.
- RAYMOND, J., *L'empire transsexuel*, Paris, Seuil, 1981.
- RENUCCI, J.-F., *Le droit européen des droits de l'Homme*, L.G.D.J., Paris, 1993.
- SALAS, D., *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, 1994.
- SUDRE, F., *La Convention européenne des droits de l'Homme*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2012.
- SUDRE, F., *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

- STOLLER, R., *Sex and Gender. On the development of Masculinity and Femininity*, New York, Science House, 1968.
- X., *Le transsexualisme en Europe*, éd. du Conseil de l'Europe, 2000.
- X., *Transsexualisme, médecine et droit*, éd. du Conseil de l'Europe, 1993.
- X., *Sur l'identité sexuelle : à propos du transsexualisme*, Paris, éditions de l'association freudienne internationale, 1966.

## 2. Périodiques

- BRIBOSIA, E. et WEYEMBERG, A., « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. ULB*, 2000, n°22, pp. 109 et suiv.
- CAP, S., « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *R.T.D.F.*, 2009, pp. 59 et suiv.
- CARILLON, A., « L'influence des arrêts *Christine Goodwin et I.* sur le consentement du mariage en droit français. (En marge de l'arrêt *Goodwin c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002), *Rev. trim. D. H.*, 2005, pp. 349 et suiv.
- ELOSEGUI ITXASO, M., « Transsexualité, droit à la vie privée et droit au mariage. Examen du cas espagnol à la lumière de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. », *R. I. E. J.*, 1998, pp. 89 et suiv.
- GALLUS, N., « Les relations parentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Rev. dr. ULB.*, 2005, p. 13 et suiv.
- LARRALDE J.-M., « L'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, n°65, pp. 35 et suiv.
- LEVINET, M., « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D. H.*, 2004, pp. 889 et suiv.
- LEVINET, M., « La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. trim. D. H.*, 1999, pp. 646 et suiv.
- LÖWY, I., « Intersexe et Transsexualités : Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre*, 2003/1, n°34, pp. 81-104.
- LÔWY, I., et ROUCH, H., « Genèse et développements du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahier du genre*, 2003/1, n°34, pp. 5 et suiv.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T., « La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 5 et suiv.

- PETTITI, L.-E., « Rectification d'état civil et transsexualisme », *Rev. trim. D. H.*, 1993, pp. 484 et suiv.
- REIGNE, P., « Le sexe, le genre et l'état des personnes », *La semaine juridique*, éd. Gén., n°42, 2011, pp. 1883 et suiv..
- RIGAUX, F., « Un enfant peut-il avoir deux mères...ou deux pères ? », *R. R. D.*, 1998, pp. 307 et suiv.
- RIGAUX, F., « Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées », *Rev. trim. D.H.*, 1998, pp. 130 et suiv.
- SPIELMANN, D., « Cour européenne des droits de l'homme. Droit au mariage », *Ann.dr.lux.*, 2000, p. 279 et suiv.
- TODTS, O., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *Ann. dr.*, 2013, pp. 133 et suiv.
- VANDROOGHENBROECK, S., « Les transsexuels et C.E.D.H. La fin d'un long combat. », *Journ. Jur.*, 2002, p. 4.
- WACHSMANN, A. et MARIENBURG-WACHSMANN, A., « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme. En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », *Rev. trim. D.H.*, 2003, pp. 1157 et suiv.

#### **IV. Divers**

- Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Homophobia and discrimination on the ground of Sexual Orientation in the EU Members States, Part I, Legal Analysis.*, Luxembourg, Office for official publications of the European Union, 2008.
- American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder*, 4th edition, Washington DC, 2000.
- Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre : document thématique*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2009, [www.commissioner.coe.int](http://www.commissioner.coe.int)
- Commissaire aux droits de l'homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2011, [www.commissioner.coe.int](http://www.commissioner.coe.int)
- Comité des Droits de l'homme, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats au Pacte*, 26 mai 2004 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

- Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, Observations générale n°20 sur la non-discrimination (E/C.12.6C/20), 2 juillet 2008, [www.2.ohchr.org/french/bodies/cescr](http://www.2.ohchr.org/french/bodies/cescr).
- « En Argentine, choisir son genre devient un droit », par V. PASQUENOONE, article paru dans lemonde.fr, 10 mai 2012 (18h51), disponible à l'adresse : [http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2012/05/10/en-argentine-choisir-son-genre-devient-un-droit\\_1699205\\_3222.html](http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2012/05/10/en-argentine-choisir-son-genre-devient-un-droit_1699205_3222.html)
- European Commission, *Trans and Intersex people. Discrimination on the ground of sex, gender identity and gender expression*, Luxembourg, Office for official publications of the European Union, 2012.
- Organisation mondiale de la santé, Classification statistique internationale des maladies et problèmes de santé connexes, 10<sup>ème</sup> révision, version pour 2007.
- [www.igla-europe.org](http://www.igla-europe.org)
- [www.tgeu.org](http://www.tgeu.org)