



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

COUR (PLÉNIÈRE)

AFFAIRE COSSEY c. ROYAUME-UNI

(Requête n°10843/84)

ARRÊT

STRASBOURG

27 septembre 1990

En l'affaire Cossey*,

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

MM. R. RYSSDAL, *président*,
J. CREMONA,
Thór VILHJÁLMSSON,
Mme D. BINDSCHEDLER-ROBERT,
MM. F.GÖLCÜKLÜ,
F. MATSCHER,
L.-E. PETTITI,
B. WALSH,
Sir Vincent EVANS,
MM. R. MACDONALD,
C. RUSSO,
R. BERNHARDT,
A. SPIELMANN,
S.K. MARTENS,
Mme E. PALM,
MM. I. FOIGHEL,
R. PEKKANEN,
J.M. MORENILLA RODRIGUEZ,

ainsi que de MM. M.-A. EISSEN, *greffier*, et H. PETZOLD, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 27 avril et 29 août 1990,

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

PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ("le Gouvernement") le 4 juillet 1989, puis par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") le 13, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 par. 1 et 47 (art. 32-1, art. 47) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"). A son origine se trouve une requête (n° 10843/84) dirigée contre le Royaume-Uni et dont

* L'affaire porte le numéro 16/1989/176/232. Les deux premiers chiffres en indiquent le rang dans l'année d'introduction, les deux derniers la place sur la liste des saisines de la Cour depuis l'origine et sur celle des requêtes initiales (à la Commission) correspondantes.

** Les amendements au règlement entrés en vigueur le 1er avril 1989 s'appliquent en l'espèce.

une ressortissante de cet État, Mlle Caroline Cossey, avait saisi la Commission le 24 février 1984 en vertu de l'article 25 (art. 25).

La requête du Gouvernement renvoie à l'article 48 (art. 48), la demande de la Commission aux articles 44 et 48 (art. 44, art. 48) ainsi qu'à la déclaration du Royaume-Uni reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46) (art. 46). Elles visent à obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'État défendeur aux exigences de l'article 12 (art. 12) et, dans le cas de la requête, de l'article 8 (art. 8).

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

3. La chambre à constituer comprenait de plein droit Sir Vincent Evans, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention) (art. 43), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 par. 3 b) du règlement). Le 23 août 1989, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir M. F. Matscher, M. B. Walsh, M. J. De Meyer, Mme E. Palm et M. I. Foighel (articles 43 in fine de la Convention et 21 par. 4 du règlement) (art. 43). Par la suite, M. N. Valticos, suppléant, a remplacé M. De Meyer, qui s'était récusé (articles 22 par. 1 et 24 par. 2 du règlement).

4. Ayant assumé la présidence de la chambre (article 21 par. 5 du règlement), M. Ryssdal a consulté par l'intermédiaire du greffier l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et le représentant de la requérante au sujet de la nécessité d'une procédure écrite (article 37 par. 1). Conformément à l'ordonnance ainsi rendue, le greffier a reçu le mémoire de Mlle Cossey le 19 octobre 1989 et celui du Gouvernement le 20.

Par une lettre du 16 janvier 1990, le secrétaire de la Commission l'a informé que le délégué s'exprimerait à l'audience.

5. Le 9 janvier 1990, le président a fixé au 24 avril 1990 la date d'ouverture de la procédure orale après avoir recueilli l'opinion des comparants par les soins du greffier (article 38 du règlement).

6. Le 21 février, la chambre a décidé de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière (article 51).

7. Les débats se sont déroulés en public le jour dit, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu auparavant une réunion préparatoire.

Ont comparu:

- pour le Gouvernement

MM. N. PARKER, conseiller juridique adjoint
au ministère des Affaires étrangères et du
Commonwealth,

N. BRATZA, Q.C.,

A. INGLESE, ministère de l'Intérieur,

W. JENKINS, General Register Office,

agent,

conseil,

conseillers;

- pour la Commission

M. E. BUSUTTIL,

délégué;

- pour la requérante

MM. D. PANNICK, avocat,

conseil,

H. BRANDMAN, solicitor.

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions et à celles de deux de ses membres, M. Bratza pour le Gouvernement, M. Busuttil pour la Commission et M. Pannick pour la requérante.

8. Celle-ci a déposé divers documents les 27 et 30 avril ainsi que le 22 mai, le Gouvernement le 5 juin. Il s'agissait notamment de précisions sur les demandes de la première au titre de l'article 50 (art. 50) de la Convention et des observations y relatives du second.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Citoyenne britannique née en 1954, la requérante fut à l'époque inscrite au registre des naissances comme enfant mâle, sous les prénoms masculins de Barry Kenneth.

10. A treize ans, elle se rendit compte qu'elle ne ressemblait pas aux autres garçons et, deux ou trois ans plus tard, qu'elle appartenait psychologiquement au sexe féminin tout en ayant des organes génitaux externes masculins.

En juillet 1972, elle abandonna ses prénoms masculins pour en prendre un féminin, Caroline. Depuis ce changement - qu'elle confirma en mars 1973 par un acte unilatéral ("deed poll", paragraphe 16 ci-dessous) - on l'appelle toujours ainsi, elle s'habille en femme et elle assume un rôle féminin.

11. En décembre 1974, elle subit dans un hôpital de Londres une intervention chirurgicale de conversion sexuelle destinée à donner à son anatomie externe un aspect plus féminin. Antérieurement, elle avait absorbé des hormones femelles et s'était fait opérer en vue d'accroître le volume de ses seins, à l'aide d'implants.

Un rapport médical du 8 février 1984 la décrit comme une charmante jeune femme vivant une vie normale de femme, tant psychologiquement que physiquement, depuis ses opérations; il précise qu'un examen génital a montré chez elle la présence des organes génitaux externes féminins et d'un vagin. Désormais transsexuelle de sexe féminin, elle peut avoir des rapports sexuels avec un homme.

12. En 1976, le Royaume-Uni lui a délivré un passeport la désignant au féminin (paragraphe 16-17 ci-dessous). De 1979 environ à 1986, elle a travaillé avec succès comme mannequin, apparaissant régulièrement dans des journaux, magazines et annonces publicitaires.

13. En 1983, Mlle Cossey et M. L., citoyen italien qu'elle connaissait depuis quelque quatorze mois, conçurent le projet de s'épouser.

Par une lettre du 22 août 1983, le conservateur en chef des actes de l'état civil (Registrar General) informa la requérante que pareil mariage serait nul en droit anglais car on la considérerait comme de sexe masculin malgré sa condition anatomique et psychologique. Le député de sa circonscription lui indiqua, par une missive du 30 août 1983, que pour lui permettre de se marier il faudrait modifier la législation. Ayant continué ses démarches, elle reçut des services du conservateur en chef une réponse, du 18 janvier 1984, d'après laquelle ils ne pouvaient lui donner un certificat de naissance lui attribuant le sexe féminin, parce que les renseignements fournis par un tel document remontent à la date de la naissance (paragraphe 18-20 ci-dessous).

En 1985 - après la saisine de la Commission -, Mlle Cossey et M. L. rompirent leurs fiançailles tout en restant bons amis.

14. Le 21 mai 1989, une cérémonie de mariage entre la requérante et M. X eut lieu dans une synagogue de Londres. Toutefois, leurs relations prirent fin le 11 juin.

A la suite d'une demande introduite par Mlle Cossey, à qui l'on avait dit qu'elle n'avait pas d'autre moyen d'obtenir un secours financier, un jugement provisoire (decree nisi) de la High Court, du 17 janvier 1990, a déclaré le mariage nul et non avenue au motif que les parties n'étaient pas de sexe opposé (paragraphe 23-24 ci-dessous). Il a été rendu définitif le 13 mars 1990.

II. DROIT ET PRATIQUE INTERNES

A. Traitement médical

15. Au Royaume-Uni, les interventions de conversion sexuelle n'exigent aucune formalité juridique. Opérations et traitement peuvent être financés par le Service national de santé.

B. Changement de nom

16. Le droit anglais autorise chacun à choisir les nom et prénoms qu'il veut et à les utiliser à sa guise, à ceci près que l'emploi de nouveaux noms peut être assujéti à certaines formalités pour l'exercice de quelques professions (voir, entre autres, Halsbury's Laws of England, 4e éd., vol. 35,

paras. 1173-1176). Pour éviter le doute et la confusion qu'un changement de nom risque de susciter, il arrive très fréquemment aux intéressés de faire une déclaration par un acte unilatéral ("deed poll") qui peut être enregistré au Bureau central de la Cour suprême.

Les nouveaux noms sont valables aux fins de l'identité juridique et l'on peut s'en servir dans des documents tels les passeports, permis de conduire, registres d'immatriculation des véhicules, cartes d'assurance nationale, cartes médicales, rôle des impôts et pièces de sécurité sociale. Ils figurent aussi sur les listes électorales.

C. Pièces d'identité

17. Les extraits d'état civil ou des papiers d'identité équivalents ne sont ni en usage ni exigés au Royaume-Uni. Si une identification apparaît nécessaire, il suffit en général d'exhiber un permis de conduire ou un passeport. Ceux-ci et les autres papiers d'identité peuvent d'ordinaire être établis, avec un minimum de formalités, au nom adopté par la personne en cause. Quant aux documents concernant les transsexuels, on les rédige eux aussi d'une manière concordant à tous égards avec la nouvelle identité: en pratique, le transsexuel peut faire insérer dans son passeport une photographie récente et le titre "M.", "Mme" ou "Mlle", selon le cas, avant les noms qu'il a choisis.

D. Registre des naissances

18. Le système d'enregistrement civil des naissances, décès et mariages remonte en Angleterre et au pays de Galles à une loi de 1837. L'enregistrement des naissances obéit désormais à la loi de 1953 sur l'enregistrement des naissances et des décès ("la loi de 1953"), qui requiert l'enregistrement de toute naissance par l'officier compétent de l'état civil de la circonscription où l'enfant a vu le jour. Des règlements d'application précisent les renseignements à consigner dans le registre des naissances.

Un certificat de naissance (birth certificate) consiste soit en une expédition authentifiée de l'inscription contenue dans le registre, soit en un extrait de celui-ci. Dans la seconde hypothèse on parle de "certificat de naissance abrégé". Il revêt la forme et donne les renseignements - nom et prénom, sexe, date et lieu de naissance de l'intéressé - que définissent les règlements d'application de la loi de 1953; n'y figurent point, entre autres, les indications que l'on trouve dans le registre au sujet de la parenté ou d'une adoption.

Le registre et l'acte dressé à partir de lui relatent des événements contemporains de la naissance. Ainsi, en Angleterre et au pays de Galles le certificat n'atteste pas l'identité au moment présent, mais des faits historiques. Le système a pour but de fournir la preuve incontestable des

événements eux-mêmes et d'aider à établir l'existence de liens familiaux à des fins diverses (successions, filiation légitime, partage des biens). Les archives de l'état civil constituent aussi la source d'une série de statistiques essentielles et un élément indispensable des études chiffrées sur la population et sa croissance, des recherches en matière de santé et de fécondité, etc.

19. La loi de 1953 autorise le conservateur (registrar) ou le conservateur principal (superintendent registrar) des actes de l'état civil à corriger les erreurs de plume, telle une inexactitude concernant l'année de naissance ou l'omission de celle-ci, ainsi que les erreurs matérielles si du moins elles ont eu lieu lors de l'inscription de la naissance. Le registre peut aussi, dans les douze mois de l'enregistrement, être amendé de manière à indiquer ou changer le nom de l'enfant.

La loi prévoit la réinscription de la naissance d'un enfant légitimé par le mariage de ses parents. Par la suite, les certificats de naissance le concernant prennent la forme d'une copie authentifiée de la nouvelle inscription; une copie de l'ancienne ne peut être délivrée que sur les instructions du conservateur en chef.

L'adoption d'un enfant donne lieu, d'après la loi de 1976 régissant la matière, à une inscription (qui n'indique pas le nom des parents par le sang) dans un registre distinct, celui des enfants adoptés (Adopted Children Register), ainsi qu'à l'insertion, dans le registre des naissances, du mot "Adopté(e)" en regard de l'inscription originale. Le conservateur en chef tient des livres destinés à matérialiser le lien entre les inscriptions dans les deux registres, mais ils ne sont accessibles au public qu'à la demande de la personne adoptée elle-même ou en vertu d'une décision judiciaire. Chacun peut se procurer une copie authentifiée de l'inscription consignée dans le registre des enfants adoptés, ou un certificat abrégé qui ne mentionne pas la parenté.

20. La loi de 1953 et ses textes d'application n'énoncent pas les critères servant à déterminer le sexe de l'intéressé. Toutefois, la pratique du conservateur en chef des actes de l'état civil consiste à n'utiliser que les critères biologiques: sexes chromosomique, gonadique et génital. Que le "sexe psychologique" de quelqu'un apparaisse plus tard en contraste avec eux ne passe pas pour révéler une erreur matérielle dans la mention initiale, dont on ne saurait par conséquent demander la modification de ce chef. Seules une erreur de plume, une mauvaise identification du sexe apparent et génital de l'enfant ou la non-concordance des critères biologiques entre eux ("intersexualité") peuvent amener à changer ladite mention; encore doit-on produire des preuves médicales qui en montrent l'inexactitude. En revanche, l'erreur ne se trouve pas constituée si l'intéressé subit un traitement médical et chirurgical pour pouvoir assumer le rôle du sexe opposé.

21. Toutes les inscriptions des registres de naissance font l'objet de fichiers. Le public peut consulter ceux-ci (mais non les registres eux-

mêmes) et obtenir une copie authentifiée d'une telle inscription. Cependant, pour repérer la référence du fichier il faut déjà connaître, outre le nom sous lequel l'intéressé a été déclaré, la date approximative, le lieu et la circonscription d'enregistrement de sa naissance.

22. Si le droit en vigueur ne requiert jamais la présentation d'un certificat de naissance, il arrive à des organismes et employeurs de la réclamer.

Un tel certificat doit d'ordinaire accompagner une première demande de passeport, mais non une demande de renouvellement ou de remplacement ni une demande de permis de conduire. Les compagnies d'assurance en exigent aussi un, en général (pas toujours), pour les contrats prévoyant le versement d'une rente ou d'une pension, mais non pour les polices d'assurance automobile ou multirisques, ni d'habitude pour celles d'assurance-décès. On peut également avoir à en fournir un pour s'inscrire à l'Université ou solliciter un emploi, notamment dans la fonction publique. Dans le cas d'une cérémonie religieuse de mariage, le droit anglais n'oblige ni n'autorise le célébrant à inviter les parties à produire une copie de leur certificat de naissance (voir aussi le paragraphe 25 ci-dessous).

E. Mariage

23. En droit anglais, le mariage se définit comme l'union volontaire et à vie d'un homme et d'une femme donnés, à l'exclusion de toute autre personne (Lord Penzance dans *Hyde v. Hyde*, Law Reports 1868, vol. 1, Probate and Divorce, pp.130, 133). L'article 11 de la loi de 1973 sur les affaires matrimoniales (Matrimonial Causes Act) donne valeur légale à la règle de common law frappant de nullité ab initio un mariage entre individus de même sexe.

L'article 12 de la même loi permet d'annuler un mariage non consommé en raison de l'incapacité ou du refus délibéré de l'une ou l'autre partie.

24. Selon la décision de la High Court dans l'affaire *Corbett v. Corbett* (Probate Reports 1971, p. 83), aux fins de la célébration d'un mariage valable le sexe doit se déterminer au moyen des critères chromosomique, gonadique et génital lorsqu'ils concordent entre eux, une intervention chirurgicale n'entrant pas en ligne de compte. Un certificat de naissance ne joue de rôle à cet égard que pour établir l'identité et le sexe de l'intéressé. L'inscription figurant au registre des naissances constitue un commencement de preuve du sexe, mais elle crée là une simple présomption que peut renverser une preuve contraire d'un poids suffisant.

25. Enfreint l'article 3 par. 1 de la loi de 1911 sur les parjures (Perjury Act) quiconque, dans le but d'obtenir un mariage, ou un certificat ou une autorisation de mariage, prête un faux serment, ou fait ou signe une fausse déclaration, un faux document ou un faux acte exigés par toute loi sur le

mariage, en connaissance de cause et à dessein. Toutefois, cette disposition ne s'applique pas à une personne ayant contracté mariage à l'étranger.

F. Définition légale du sexe à d'autres fins

26. Les juridictions anglaises ont repris dans plusieurs affaires, et dans des domaines autre que le mariage, la définition biologique du sexe donnée par le jugement *Corbett v. Corbett*.

Dans une affaire de prostitution, une transsexuelle qui avait reçu un traitement hormonal et chirurgical destiné à la convertir au sexe féminin, fut néanmoins tenue pour un homme par la Court of Appeal aux fins des lois de 1956 (article 30) et 1967 (article 5) sur les infractions sexuelles (*Regina v. Tan and Others*, All England Law Reports, 1983, vol. 2, p.12). Il en alla de même de deux transsexuelles dans des litiges relatifs à la législation en matière de sécurité sociale: le commissaire national des assurances (National Insurance Commissioner) les considéra comme de sexe masculin pour la fixation de l'âge de la retraite. La première n'avait suivi qu'une thérapie hormonale; quant à la seconde, elle avait commencé à présenter spontanément des caractères secondaires féminins à l'âge de 46 ans, puis se soumit à une opération et adopta un rôle social féminin quelque treize années plus tard (affaires R (P) 1 et R (P) 2 dans le volume de 1980 des National Insurance Commissioner Decisions). Enfin, un conseil des prud'hommes (Industrial Tribunal) attribua la qualité de femme, au regard de la loi de 1975 sur la discrimination sexuelle, à un transsexuel qui n'avait subi aucun traitement; l'intéressé avait demandé avec succès sa nomination à un poste réservé aux hommes en vertu de la loi sur les usines (Factories Act), mais avait été licencié après la découverte de son sexe biologique féminin (*White v. British Sugar Corporation Ltd*, Industrial Relations Law Reports, 1977, p. 121).

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

27. Dans sa requête du 24 février 1984 à la Commission (n° 10843/84), Mlle Cossey se plaignait de ne pouvoir, en droit anglais, obtenir la pleine reconnaissance de son changement de condition et, en particulier, épouser valablement un homme. Elle invoquait les articles 8 et 12 (art. 8, art. 12) de la Convention.

28. La Commission a retenu la requête le 5 juillet 1985. Dans son rapport du 9 mai 1989 (article 31) (art. 31), elle conclut par dix voix contre six à la violation de l'article 12 (art. 12) mais non de l'article 8 (art. 8).

Le texte intégral de son avis et des trois opinions dissidentes dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt*.

CONCLUSIONS PRESENTÉES A LA COUR PAR LE GOUVERNEMENT

29. A l'audience du 24 avril 1990, le Gouvernement a invité la Cour à "décider et déclarer que la requérante n'a subi de violation ni de son droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 par. 1 (art. 8-1) (...), ni de son droit de se marier et de fonder une famille, reconnu par l'article 12 (art. 12) (...)".

EN DROIT

30. Selon Mlle Cossey, le refus de lui délivrer un certificat de naissance lui attribuant le sexe féminin et son incapacité, en droit anglais, de contracter valablement mariage avec un homme enfreignent, respectivement, les articles 8 et 12 (art. 8, art. 12) de la Convention, ainsi libellés:

Article 8 (art. 8)

"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."

Article 12 (art. 12)

"A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit."

Le Gouvernement combat cette thèse, accueillie par une majorité de la Commission pour l'article 12 (art. 12) mais non pour l'article 8 (art. 8).

* Note du greffier: Pour des raisons d'ordre pratique il n'y figurera que dans l'édition imprimée (volume 184 de la série A des publications de la Cour), mais chacun peut se le procurer auprès du greffe.

31. Dans l'affaire Rees, la Cour a connu de problèmes semblables à ceux qui se posent en l'espèce. Il lui faut donc déterminer s'il existe une différence entre les circonstances des deux causes ou si elle doit s'écarter de l'arrêt rendu par elle le 17 octobre 1986 dans la première (série A n° 106, "l'arrêt Rees").

I. LES CIRCONSTANCES DE LA PRESENTE ESPECE DIFFERENT-ELLES DE CELLES DE L'AFFAIRE REES?

32. Selon la requérante et certains membres de la Commission, il échet de distinguer le présent litige de l'affaire Rees car au moment de la saisine de la Commission, Mlle Cossey avait un fiancé prêt à l'épouser (paragraphe 13 ci-dessus) tandis qu'il manquait à M. Rees une compagne désireuse de s'unir à lui. De plus, malgré le jugement d'annulation ultérieur la cérémonie de mariage célébrée entre M. X et la requérante (paragraphe 14 ci-dessus) montrerait nettement que celle-ci voulait se marier.

La Cour n'est pas persuadée que cette différence entre en ligne de compte. Tout d'abord, l'absence d'une telle compagne n'a nullement influé sur les conclusions de l'arrêt Rees, lesquelles résultaient d'un examen général des principes en jeu (loc. cit., pp. 14-18 et 19, paras. 35-46 et 48-51). En ce qui concerne l'article 8 (art. 8), la présence de pareil[le] partenaire consentant[e] n'a du reste aucun rapport avec les mentions des certificats de naissance, dont on peut solliciter ou exiger une copie à des fins étrangères au mariage. De même, quant à l'article 12 (art. 12), le droit de se marier dépend non de l'existence de semblable partenaire ni du désir de se marier, mais du point de savoir si la personne dont il s'agit répond ou non aux critères fixés par la loi.

33. La requérante souligne en outre qu'elle est socialement reconnue comme femme (paragraphe 10-12 ci-dessus), mais cela ne tire pas à conséquence car il en allait de même, mutatis mutandis, de M. Rees (arrêt Rees, p. 9, par. 17). Peu importe aussi qu'il s'agisse d'une transsexuelle et non, comme M. Rees, d'un transsexuel. Cet élément - la seule autre différence de fait entre les deux causes - n'a joué lui non plus aucun rôle dans la motivation de l'arrêt Rees.

34. Dès lors, il n'y a pas de différence pertinente entre les circonstances de la présente espèce et celles de la précédente.

II. LA COUR DOIT-ELLE S'ECARTER DE L'ARRET REES?

35. Les problèmes qui se posent sur le terrain des articles 8 et 12 (art. 8, art. 12) méritent de toute manière une nouvelle réflexion d'après Mlle Cossey.

Comme le relève cette dernière, la Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures; l'article 51 par. 1 de son règlement le confirme

d'ailleurs. Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles (voir, notamment, l'arrêt Inze du 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 18, par. 41).

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

36. Selon la requérante, le refus de lui délivrer un certificat de naissance lui attribuant le sexe féminin s'analyse en une "ingérence" dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée: il l'obligerait à révéler des détails personnels intimes chaque fois qu'il lui faut produire pareil document. Le Gouvernement n'en aurait pas établi la légitimité au regard du paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2).

Sur ce point, la Cour reste de l'avis qu'elle a exprimé dans l'arrêt Rees (p. 14, par. 35): le refus de modifier le registre des naissances, ou d'en fournir des extraits dont la substance et la nature diffèrent de celles des mentions originales, ne saurait passer pour une ingérence. L'intéressée prétend non pas que l'État doit s'abstenir d'agir, mais plutôt qu'il doit adopter des mesures pour changer le système existant. La question consiste donc à savoir si un respect effectif de la vie privée de Mlle Cossey crée pour le Royaume-Uni une obligation positive en la matière.

37. Ainsi que la Cour l'a souligné en plusieurs occasions, notamment dans l'arrêt Rees lui-même (p. 15, par. 37), la notion de "respect" manque de netteté, surtout pour les obligations positives inhérentes à cette notion; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les États contractants. Pour déterminer s'il existe une telle obligation, il faut prendre en compte - souci sous-jacent à la Convention tout entière - le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu.

38. Pour conclure à l'absence d'une obligation de ce type à la charge du Royaume-Uni, l'arrêt Rees s'appuyait, entre autres, sur les éléments suivants (pp. 17-18, paras. 42-44):

a) L'exigence d'un juste équilibre ne pouvait astreindre l'État défendeur à remanier de fond en comble son système d'enregistrement des naissances, destiné à relater des faits historiques, en y substituant un mode de documentation, analogue à celui qu'utilisent d'autres États contractants, indiquant l'état civil actuel.

b) Une annotation dans le registre des naissances, signalant le changement d'identité sexuelle de M. Rees, eût montré seulement que celui-ci appartenait désormais - et non depuis sa naissance - à l'autre sexe. En

outre, elle n'eût pas reposé sur l'acquisition de chacun des caractères biologiques de cet autre sexe. En tout cas, elle ne pouvait à elle seule constituer une garantie effective de l'intégrité de la vie privée du requérant, car elle eût révélé ledit changement.

c) On ne pouvait empêcher de divulguer ce dernier, ainsi que l'annotation correspondante, sans une modification radicale du système du registre des naissances, actuellement accessible au public. Le secret risquait de provoquer nombre d'effets pervers et de nuire au rôle de cet instrument en compliquant, par exemple, des questions de fait dans le domaine du droit de la famille et du droit successoral. Il eût aussi négligé les tiers car il les eût privés d'indications auxquelles ils avaient légitimement droit.

39. Ces arguments gardent tout leurs poids en l'espèce, notamment quant à la thèse de Mlle Cossey selon laquelle on pourrait s'arranger pour lui délivrer soit un certificat de naissance qui préciserait son nouveau sexe, le registre officiel continuant à indiquer l'ancien, soit, à défaut, un extrait où ne figurerait nulle mention du sexe en général ou du sexe primitif.

La requérante ne formule pas nettement ses suggestions à cet égard, mais aucune d'elles ne paraît de nature à surmonter les difficultés essentielles: sauf à restreindre la publicité du registre des naissances, les détails que Mlle Cossey ne veut pas voir dévoilés resteraient trahis par l'inscription originale; une annotation ne ferait même que les mettre en relief. En outre, on ne saurait amender le registre de manière à signaler un changement complet de sexe puisque la chose est impossible sur le plan médical.

40. Après avoir relevé que le Royaume-Uni avait essayé d'accéder aux revendications du requérant dans toute la mesure où son système s'y prêtait - et cela vaut aussi en l'occurrence -, l'arrêt Rees soulignait que la nécessité de mesures juridiques appropriées devait donner lieu à un examen constant eu égard, entre autres, à l'évolution de la science et de la société (pp. 17 et 19, paras. 42 et 47).

La Cour n'a connaissance d'aucun progrès scientifique significatif accompli dans l'intervalle; il demeure vrai, notamment - l'intéressée ne le conteste pas -, qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé.

Une certaine évolution s'est fait jour depuis 1986 dans le droit de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe. Toutefois, les rapports dont s'accompagnent la résolution adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 1989 (J.O. n° C 256, 9.10.1989, p. 33) et la recommandation 1117 (1989) de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, du 29 septembre 1989 - toutes deux visant à encourager l'harmonisation des lois et pratiques en la matière - révèlent, le Gouvernement le fait observer, la même diversité qu'à l'époque de l'arrêt Rees. Partant, il s'agit toujours d'un domaine dans lequel les États contractants, en raison du peu de convergence entre eux, jouissent d'une grande marge d'appréciation (arrêt Rees, p. 15, par. 37). En particulier, on ne saurait affirmer à présent qu'il échet de

s'écarter de la décision alors rendue par la Cour si l'on veut garantir que l'interprétation de l'article 8 (art. 8) sur le point litigieux continue à cadrer avec les conditions actuelles (paragraphe 35 ci-dessus).

41. La requérante invoque également l'article 14 (art. 14) de la Convention, qui prohibe toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés protégés, mais il ne lui offre aucun appui. Elle semble se prévaloir de lui moins pour combattre une différence de traitement entre personnes placées dans des situations analogues (voir notamment l'arrêt Johnston et autres du 18 décembre 1986, série A n° 112, p. 26, par. 60) que pour intégrer dans sa thèse la notion de proportionnalité entre une mesure ou une restriction et le but recherché par celle-ci. Or ladite notion se trouve déjà englobée dans l'idée de juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (paragraphe 37 ci-dessus et arrêt Lithgow et autres du 8 juillet 1986, série A n° 102, p. 50, par. 120).

42. La Cour conclut dès lors à l'absence de violation de l'article 8 (art. 8).

Elle tient toutefois à rappeler ce qu'elle a déclaré dans l'arrêt Rees (p. 19, par. 47). Elle a conscience de la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur. La Convention devant toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen permanent.

B. Sur la violation alléguée de l'article 12 (art. 12)

43. Dans l'arrêt Rees, le constat de non-violation de l'article 12 (art. 12) se fondait sur les considérations ci-après (p. 19, paras. 49-50):

a) En garantissant le droit de se marier, l'article 12 (art. 12) vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique opposé. Son libellé le confirme: il en ressort que l'objectif poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille.

b) L'article 12 (art. 12) précise que ce droit obéit, pour son exercice, aux lois nationales des États contractants. Les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même, mais on ne saurait attribuer un tel effet à l'empêchement juridique apporté, au Royaume-Uni, au mariage de personnes n'appartenant pas à des sexes biologiques différents.

44. Mlle Cossey insiste beaucoup, avec le délégué de la Commission, sur l'impossibilité complète où elle se trouve de se marier: en tant que femme elle ne saurait sérieusement en épouser une autre, et la législation anglaise l'empêche de contracter mariage avec un homme.

Sur ce dernier point, elle reconnaît que l'article 12 (art. 12) a trait au mariage entre un homme et une femme; elle ne conteste pas non plus qu'elle n'a pas acquis tous les caractères biologiques féminins. En revanche, elle reproche au droit anglais de retenir des critères exclusivement biologiques

pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage (paragraphe 24 ci-dessus) et à la Cour d'avoir, dans l'arrêt Rees, avalisé cette situation bien que l'article 12 (art. 12) ne fournisse aucune indication sur les critères à utiliser en la matière. A ses yeux, il n'y a aucune bonne raison de ne pas l'autoriser à épouser un homme.

45. L'impossibilité, pour la requérante, d'épouser une femme ne découle d'aucun obstacle légal et l'on ne saurait estimer à cet égard que le droit de se marier a subi une atteinte imputable aux dispositions du droit interne.

Quant à son incapacité d'épouser un homme, les critères du droit anglais cadrent avec la notion de mariage à laquelle se réfère le droit garanti par l'article 12 (art. 12) (paragraphe 43 a) ci-dessus).

46. Sans doute certains États contractants considéreraient-ils à présent comme valable un mariage entre une personne dans la condition de Mlle Cossey et un homme, mais l'évolution enregistrée jusqu'ici (paragraphe 40 ci-dessus) ne saurait passer pour la preuve d'un abandon général du concept traditionnel de mariage. Dès lors, la Cour ne juge pas qu'il lui soit loisible d'adopter une démarche nouvelle en interprétant l'article 12 (art. 12) sur le point dont il s'agit. Elle voit en outre dans l'attachement audit concept traditionnel un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage, cette matière relevant du pouvoir dont jouissent les États contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier.

47. La requérante invoque aussi l'article 14 (art. 14) dans le contexte de l'article 12 (art. 12). On peut se borner ici à renvoyer au paragraphe 41 ci-dessus.

48. La Cour conclut dès lors qu'il n'y a pas infraction à l'article 12 (art. 12).

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. Dit, par dix voix contre huit, qu'il n'y a pas violation de l'article 8 (art. 8);
2. Dit, par quatorze voix contre quatre, qu'il n'y a pas violation de l'article 12 (art. 12).

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 27 septembre 1990.

Rolv RYSSDAL
Président

Marc-André EISSEN
Greffier

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

- a) opinion partiellement dissidente commune à Mme Bindschedler-Robert et M. Russo;
- b) opinion partiellement dissidente commune à MM. Macdonald et Spielmann;
- c) opinion dissidente de M. Martens;
- d) opinion dissidente commune à Mme Palm, M. Foighel et M. Pekkanen.

R.R.
M.-A. E.

**OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE A
MME BINDSCHEDLER-ROBERT ET M. RUSSO, JUGES**

Dans la présente affaire, la Cour a confirmé l'opinion exprimée dans son arrêt Rees, opinion selon laquelle on ne saurait exiger du Royaume-Uni qu'il adapte son système d'état civil de façon que le changement d'identité sexuelle des transsexuels apparaisse dans l'acte de naissance. Cependant, pas plus qu'alors nous ne sommes aujourd'hui convaincus du bien-fondé des arguments avancés en faveur de cette thèse. Nous continuons à considérer que, dans la façon dont sont rédigés au Royaume-Uni les actes d'état civil en cause - il s'agit en fait du registre des naissances et de l'acte de naissance -, toutes les dispositions adéquates pour tenir compte, autant que possible, des modifications intervenues dans l'identité sexuelle de certaines personnes n'ont pas été prises et que le Royaume-Uni - dont nous nous plaignons par ailleurs à reconnaître qu'il s'est efforcé d'accéder, sur plusieurs autres points, aux revendications des transsexuels - a donc dans cette mesure méconnu le respect dû à la vie privée de la requérante. A notre avis, un juste équilibre aurait pu être trouvé en la matière entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, et cela sans bouleverser le système d'enregistrement en vigueur; qu'un tel équilibre ne satisfasse pas nécessairement à toutes les revendications de la requérante ne devrait pas empêcher la Cour de le prendre en considération pour apprécier si l'article 8 (art. 8) a été respecté ou non.

Pour le surplus, et pour éviter de nous répéter, nous nous permettons de renvoyer à l'opinion dissidente qu'ensemble avec notre regretté collègue Gersing, nous avons rédigée dans l'affaire Rees.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE A
MM. LES JUGES MACDONALD ET SPIELMANN

1. Avec la majorité, nous estimons qu'il n'y a pas violation de l'article 12 (art. 12) de la Convention.

2. Par contre, nous sommes d'avis qu'il y a violation de l'article 8 (art. 8).

Si nous pouvons nous rallier aux deux premiers alinéas du paragraphe 40 de l'arrêt, il en est autrement du troisième qui se lit comme suit:

"Une certaine évolution s'est fait jour depuis 1986 dans le droit de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe. Toutefois, les rapports dont s'accompagnent la résolution adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 1989 (J.O. n° C 256, 9.10.1989, p. 33) et la recommandation 1117 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, du 29 septembre 1989 - toutes deux visant à encourager l'harmonisation des lois et pratiques en la matière - révèlent, le Gouvernement le fait observer, la même diversité qu'à l'époque de l'arrêt Rees. Partant, il s'agit toujours d'un domaine dans lequel les États membres, en raison du peu de convergence entre eux, jouissent d'une grande marge d'appréciation (arrêt Rees, p. 15, par. 37). En particulier, on ne saurait affirmer à présent qu'il échet de s'écarter de la décision alors rendue par la Cour si l'on veut garantir que l'interprétation de l'article 8 (art. 8) sur le point litigieux continue à cadrer avec les conditions actuelles (paragraphe 35 ci-dessus)."

Nous estimons que depuis 1986, il y a eu dans le droit de beaucoup d'États membres du Conseil de l'Europe, non pas "une certaine évolution" mais une évolution certaine.

Aussi sommes-nous d'avis que, si dans le cas Rees le principe de la "grande marge d'appréciation" des États pouvait à la rigueur être accepté, il en est autrement à l'heure actuelle.

Au paragraphe 42 de l'arrêt, on peut lire:

"Elle (c.à.d. la Cour) tient toutefois à rappeler ce qu'elle a déclaré dans l'arrêt Rees (p. 19, par. 47). Elle a conscience de la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur. La Convention devant toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen permanent."

Faible consolation pour les personnes concernées. Nous estimons que des mesures concrètes s'imposent dès maintenant.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE MARTENS

(Traduction)

1.Introduction

1.1 Avec la majorité, j'estime que ni les faits pertinents, ni les questions à trancher dans le cas de Mlle Cossey ne diffèrent de ceux relatifs à la cause de M. Rees d'une manière qui justifierait que l'on distingue les deux espèces.

Contrairement à elle cependant, j'estime que la Cour avait des "raisons impérieuses" (1) de s'écarter de son arrêt Rees. Un véritable réexamen des questions soulevées au regard des articles 8 et 12 (art. 8, art. 12) aurait dû l'amener à conclure que ledit arrêt était erroné, ou du moins que les conditions actuelles appelaient une décision différente dans l'affaire Cossey. Aussi suis-je persuadé que la Cour aurait dû répondre à l'invitation pressante du délégué de la Commission et renverser sa décision de l'époque.

1.2 Afin d'expliquer mon opinion, je me propose de faire tout d'abord quelques remarques générales afin de définir ma position sur les aspects du problème de la transsexualité qui relèvent des droits de l'homme (section 2). J'exposerai ensuite les raisons pour lesquelles je pense que la Cour aurait dû aboutir à une conclusion différente dans l'affaire Rees (sections 3 et 4). Je citerai enfin d'autres arguments militant en faveur d'un renversement de jurisprudence (section 5).

2. Remarques générales sur la transsexualité considérée sous l'angle des droits de l'homme

2.1 Comme M. Rees, la requérante est un transsexuel, c'est-à-dire qu'elle appartient à ce petit groupe d'infortunés qui sont assiégés par la conviction d'appartenir à l'autre sexe, sentiment à la fois incurable et irresistible.

2.2 Deux conditions doivent être remplies pour qu'un transsexuel puisse parvenir à un certain bien-être:

1. au moyen d'un traitement hormonal et d'une opération de conversion sexuelle, son sexe physique (extérieur) doit être mis en harmonie avec son sexe psychologique;

2. la nouvelle identité sexuelle ainsi acquise par lui doit être reconnue non seulement par la société, mais aussi par le droit.

2.3 A l'instar de l'affaire Rees, la présente espèce concerne uniquement la seconde de ces conditions. Dès lors, il ne s'impose pas d'étudier les procédures médicales à suivre pour s'assurer que le traitement - et notamment sa partie chirurgicale, dont les effets sont irréversibles - n'est appliqué qu'après un diagnostic rendu par un médecin qui s'est entouré de toutes les précautions. Une telle démarche est d'autant plus superflue que la requérante a subi l'ensemble du traitement médical nécessaire, lequel, comme dans l'affaire Rees, a été pris en charge par le Service national de

santé; on peut dès lors supposer que toutes les exigences médicales et médico-éthiques pour ce traitement étaient remplies, c'est-à-dire qu'après avoir procédé à tous les examens voulus, les médecins étaient convaincus que leur patiente était un véritable transsexuel et qu'une opération améliorerait son bien-être.

2.4 Quant à la seconde des conditions précitées, il convient de souligner que les experts (médicaux) dans ce domaine ont maintes fois déclaré que pour un transsexuel, la "renaissance" qu'il cherche à obtenir avec l'aide de la science médicale ne se conçoit vraiment que si sa nouvelle identité sexuelle est pleinement reconnue par le droit.

Ce besoin d'une pleine reconnaissance juridique est inhérent à la condition des transsexuels. Cela explique qu'après avoir subi les épreuves médicales qu'il leur faut endurer, tant d'entre eux trouvent encore le courage d'entamer, et de poursuivre, leur lutte souvent longue et humiliante pour une nouvelle identité juridique (2).

Cela explique aussi pourquoi ni M. Rees, ni Mlle Cossey ni les autres transsexuels qui ont introduit des requêtes contre le Royaume-Uni n'étaient disposés à se contenter de la situation relativement avantageuse dont ils bénéficient au Royaume-Uni quant aux possibilités de changer leur prénom et les titres pertinents sur les documents officiels tels les passeports et les permis de conduire. Tant M. Rees que Mlle Cossey ont clairement exposé que ce qu'ils recherchaient, c'était une pleine reconnaissance juridique de leur identité sexuelle nouvellement acquise.

2.5 Les efforts déployés par les transsexuels pour obtenir une reconnaissance juridique de ce qu'ils ressentent comme une accession au sexe auquel ils ont toujours appartenu se sont toutefois souvent heurtés à une aversion marquée de la part des autorités. Il semble que les tentatives entreprises par eux pour "changer de sexe" enfreignent un tabou aux racines profondes. En tout cas, les premières réactions tant des autorités que des tribunaux ont été presque instinctivement hostiles et négatives.

Une décision britannique dans une affaire de transsexualité, l'arrêt de la High Court dans l'affaire Corbett c. Corbett (3) - auquel j'aurai encore à me référer -, illustre bien cette tendance: en des termes dissimulant mal son dégoût (4), le juge, se fondant sur un raisonnement que plusieurs auteurs (5) ont sévèrement critiqué, a simplement refusé d'attacher une quelconque pertinence juridique à l'opération de conversion sexuelle. Les réactions des plus hautes juridictions dans d'autres pays n'ont pas été d'un plus grand secours (6). Quant à la Cour européenne des Droits de l'Homme, elle s'est jusqu'à présent inscrite dans ce courant: Van Oosterwijck, Rees, Cossey, une série affligeante (7).

2.6.1 Il est pourtant des parlements et des juridictions qui ont adopté une autre attitude. Ils se sont rendu compte que les transsexuels opérés sont des personnes malheureuses ayant déjà tellement souffert qu'il s'impose de faire

droit, dans la mesure du possible, à leur demande de pleine reconnaissance juridique de leur nouvelle identité sexuelle.

2.6.2 Au paragraphe 44 de son rapport du 12 décembre 1984 dans l'affaire Rees, la Commission notait qu'à l'époque les parlements de plusieurs États membres avaient institué la possibilité pour les transsexuels de changer leur sexe légal et leur avait reconnu, sous certaines conditions, le droit d'épouser une personne de leur ancien sexe. Le rapport mentionnait la loi suédoise de 1972, la loi allemande de 1980 et la loi italienne de 1982.

Lorsque ladite affaire fut plaidée devant la Cour (8), les comparants étaient en désaccord quant à la situation qui existait dans d'autres États membres (9). Demandeur et défendeur évoquaient dans ce contexte une législation néerlandaise "récente" (10). C'est probablement en raison de cette controverse que la Cour elle-même parla vaguement de "plusieurs États" ayant donné aux transsexuels, par leur législation (ou autrement (11)), la faculté de changer leur état civil pour l'adapter à leur identité nouvellement acquise (paragraphe 37).

Je me référerai à nouveau à ce sujet sous la section 5 ci-dessous. Qu'il suffise dans le contexte actuel de noter que, d'une manière générale, les parlements européens n'ont commencé à se pencher sur le cas des transsexuels qu'à la fin des années 70 et au début des années 80 (le parlement suédois ayant montré l'exemple en 1972).

2.6.3 Voilà pour les parlements. Quant aux décisions des tribunaux, je mentionnerai uniquement celle rendue par la division d'appel de la Cour supérieure du New Jersey en 1976 (12) et celle rendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande en 1978 (13). Toutes deux - et leur similitude est d'autant plus frappante qu'elles sont issues de traditions juridiques différentes - disent les mêmes choses essentielles.

En résumé, on peut dire que l'une et l'autre estiment que le changement d'identité sexuelle résultant d'une opération de conversion sexuelle réussie doit être considéré comme un changement de sexe aux fins juridiques.

Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande,

"La dignité humaine et le droit fondamental pour chacun de développer sa personnalité librement rendent impérative l'adaptation de la condition personnelle d'un individu au sexe auquel il appartient conformément à sa constitution psychologique et physique."

La haute juridiction relevait pour conclure qu'à son avis le refus de modifier dans le registre des naissances le sexe des transsexuels opérés ne se fondait sur aucun intérêt public de nature à justifier l'atteinte en cause à leurs droits fondamentaux.

Et d'après la Cour du New Jersey,

"En statuant de la sorte, nous ne faisons rien d'autre que reconnaître un effet juridique à un fait accompli basé sur une appréciation et une action médicales irréversibles. Une telle reconnaissance ne peut que faciliter à l'individu sa quête de

paix intérieure et de bonheur personnel tout en ne heurtant aucun intérêt social, principe d'ordre public ou précepte de moralité."

2.7 Je pense effectivement que ce sont là les points essentiels. Le principe qui se trouve à la base des droits de l'homme et qui sous-tend les divers droits spécifiques énoncés dans la Convention est le respect de la dignité et de la liberté de l'homme. Ces deux éléments impliquent qu'un individu doit être libre de se façonner lui-même et de modeler sa destinée de la façon qui lui semble le mieux convenir à sa personnalité. Un transsexuel use de ces droits très fondamentaux. Il est prêt à se façonner lui-même et à modeler sa destinée. A cet effet, il passe par un traitement médical long, dangereux et douloureux, afin de faire adapter, dans la mesure humainement possible, ses organes sexuels au sexe auquel il est convaincu d'appartenir. Une fois passées ces épreuves, il s'adresse au droit en sa qualité de transsexuel opéré et lui demande d'admettre le fait accompli qu'il a créé. Il l'invite à le reconnaître et à le considérer comme un membre du sexe acquis par lui. Il aspire à être traité sans discrimination, sur le même pied que d'autres individus de sexe féminin ou, selon le cas, masculin. Il s'agit d'une demande que le droit ne doit refuser d'accueillir que s'il a vraiment des raisons impératives pour ce faire car, à la lumière de ce qui a été dit aux paragraphes 2.2 et 2.4 ci-dessus, un tel refus peut seulement être qualifié de cruel. Or, de telles raisons font défaut.

Ma position se trouve résumée dans une phrase que j'emprunte à un détracteur de la doctrine Corbett (14):

"Le refus de reclasser le sexe d'un transsexuel opéré semble incompatible avec les principes d'une société qui se dit soucieuse de la vie privée et de la dignité de ses citoyens."

3. Pourquoi, dans l'affaire Rees, il aurait fallu statuer différemment en ce qui concerne l'article 8 (art. 8)

3.1 Après avoir défini ma position, j'en viens à présent au raisonnement tenu par la Cour dans son arrêt Rees.

Le premier élément qui frappe à la lecture de cet arrêt, c'est sa nature essentiellement technique. Après un exposé technique sur la distinction entre les obligations négatives et positives découlant de l'article 8 (art. 8) de la Convention, il contient une analyse assez poussée des difficultés que rencontrerait le législateur britannique si le Royaume-Uni était obligé de déférer au souhait de M. Rees concernant la modification du système d'enregistrement des naissances.

A mon avis, la Cour, en se laissant entraîner dans cette voie, a malheureusement sous-évalué quelques-unes des questions essentielles soulevées par cette affaire.

3.2 A plusieurs reprises, il avait été souligné au nom de M. Rees que bien que le refus du Royaume-Uni d'autoriser une modification ou une adaptation du registre des naissances constituât un aspect important du litige, le requérant dirigeait ses griefs essentiellement contre l'obligation qui

lui était faite de vivre sous un régime juridique qui, pour toutes les questions où le sexe avait une pertinence juridique, considérait que seul le sexe biologique était décisif et qui - ce sexe étant déterminé une fois pour toutes à la naissance - refusait de reconnaître pour les besoins juridiques l'identité sexuelle nouvellement acquise par l'intéressé après son opération (15).

Le paragraphe 34 de l'arrêt de la Cour traduit cette approche. Toutefois, chose significative, au moment d'entamer son analyse des obligations positives et négatives au titre de l'article 8 (art. 8), la Cour ne mentionne déjà plus cette question essentielle, mais aborde directement celle, plus technique, du "simple" (!) refus de modifier le registre des naissances (paragraphe 35).

3.3 La description faite par M. Rees de la position juridique des transsexuels au regard du droit britannique est sans aucun doute correcte. Certes, le juge Ormrod avait expressément limité sa décision à la détermination du sexe d'une personne aux fins du mariage. Toutefois, la Cour d'appel ayant par la suite jugé que "le bons sens et le besoin de sécurité et de cohérence" demandaient que cette décision fût appliquée pour les besoins de certaines dispositions de droit pénal (16), il est généralement admis que le critère en cause s'applique chaque fois que la question de savoir si un individu est de sexe masculin ou féminin est pertinente en droit, par exemple pour des problèmes de succession, de titre, de sécurité sociale, d'allocations de pension, de relations industrielles et d'égalité de rémunération, de traitement fiscal, d'immigration, etc. (17). La Cour européenne a reconnu ce fait, même si c'est avec une certaine circonspection, en disant que "En l'état actuel du droit britannique" (18) M. Rees "semble être considéré comme une femme, entre autres, quant au mariage, à certains emplois et aux droits à la retraite" (paragraphe 40) (19).

3.4 A mon avis, il suit de ce qui a été dit aux paragraphes 3.2 et 3.3 ci-dessus que l'on peut à tout le moins se demander si la Cour a eu raison d'estimer dans l'arrêt Rees (paragraphe 35) que seules étaient en jeu l'existence et la portée des obligations positives découlant de l'article 8 (art. 8): en substance, les griefs de M. Rees ne concernaient pas le "refus de modifier le registre des naissances, ou d'en fournir des extraits dont la substance et la nature diffèrent des siennes"; ils visaient l'incompatibilité du système juridique en vigueur au Royaume-Uni (le système SBD) avec les droits que l'article 8 (art. 8) de la Convention garantit à l'intéressé (20).

D'après moi, on peut puiser dans les arrêts Marckx, Dudgeon, Malone et Norris (21) un argument convaincant en faveur de la thèse selon laquelle le maintien du système SBD affecte de manière constante et directe la vie privée de M. Rees et aurait dû être qualifié d'ingérence permanente (22).

Pour les besoins juridiques, le système SBD continue de traiter les transsexuels opérés comme des membres du sexe qu'ils ont perdu, aussi bien sur les plans psychique et physique que sur le plan social. L'existence

même d'un tel système juridique doit affecter leur vie privée de manière continue, directe et éprouvante (23).

L'identité sexuelle ne constitue pas seulement un aspect fondamental de la personnalité de chacun, mais aussi, de par l'omniprésence de la dichotomie sexuelle, un fait de société important. Pour les transsexuels opérés, qui ont acquis la leur délibérément, au prix de souffrances psychiques et physiques considérables, elle constitue, on le comprend, un élément particulièrement important et sensible. Le fait d'être condamné à vivre, pour ce qui est de cette identité, en opposition avec le système juridique de leur pays, et donc comme des hors-la-loi, doit causer aux transsexuels opérés du Royaume-Uni un désarroi permanent et profond. Sans parler de l'angoisse à laquelle le système SBD les condamne à vie en les obligeant, chaque fois que leur sexe est juridiquement pertinent, à un choix douloureux entre la dissimulation de ce qui en droit constitue "la vérité" - avec toutes les conséquences juridiques d'une telle fraude, par exemple le risque d'une accusation pénale, d'un licenciement ou d'une demande d'annulation de l'acte juridique en cause - et la révélation de cette "vérité" juridique, avec à tout le moins la possibilité de réactions très humiliantes, voire hostiles.

3.5 Si - comme j'estime qu'elle l'aurait dû - la Cour avait admis que le système SBD constitue une atteinte permanente au droit au respect de leur vie privée que possèdent les transsexuels opérés, la question de savoir si le Royaume-Uni avait établi de manière convaincante que le maintien par lui de ce système remplissait les conditions du paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2) serait devenue déterminante. Le simple fait qu'à l'époque plusieurs États avaient déjà - selon les termes de la Cour (paragraphe 37) - "donn[é] aux transsexuels la faculté de changer leur état civil pour l'adapter à leur identité nouvellement acquise" indique nettement que si la Cour avait suivi ce raisonnement, elle aurait considéré que le refus du Royaume-Uni de modifier le système ne pouvait passer pour "nécessaire dans une société démocratique" (24).

3.6.1 Mais admettons pour les besoins de la discussion que la question décisive consistait à savoir si la modification par le Royaume-Uni du système SBD violait une obligation positive découlant de l'article 8 (art. 8). Je me demande alors si, ayant constaté

"qu'il n'y a guère de communauté de vues en la matière et que, dans l'ensemble, le droit paraît traverser une phase de transition",

la Cour a eu raison de conclure que

"il s'agit d'un domaine où les États contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation." (paragraphe 37)

3.6.2 Je reconnais évidemment que la notion de "respect" manque de netteté et que ses exigences varient dès lors beaucoup d'un cas à l'autre. J'admets aussi qu'il en résulte que des situations particulières existant dans

l'État concerné peuvent devoir être prises en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si le fait qu'il a omis de prendre une mesure spécifique peut être considéré comme se conciliant toujours avec un respect véritable de la vie privée d'un individu. Je conviens enfin qu'il en découle que dans certaines circonstances il faut réserver à l'État en cause une certaine marge d'appréciation.

3.6.3 Je précise toutefois que selon moi les États ne jouissent pas de plein droit d'une marge d'appréciation, mais que celle-ci résulte d'une certaine retenue judiciaire (25). Dire que la Cour va réserver une marge d'appréciation aux États est une autre façon de dire que, consciente que sa position de juridiction internationale appelée à développer le droit dans un domaine sensible nécessite une certaine prudence, elle n'exercera pas à plein son pouvoir de vérifier si les États ont observé leurs engagements au titre de la Convention, mais ne constatera de violations que si l'on ne peut raisonnablement douter que les actes ou omissions des États en cause soient incompatibles avec ces engagements.

Il appartient dès lors à la Cour de décider dans chaque cas ou groupe de cas si une "marge d'appréciation" doit être reconnue à l'État et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point. Cette décision peut dépendre de plusieurs facteurs, qu'il faut en fin de compte mettre en balance.

D'une part, le préambule de la Convention, qui rappelle le but consistant à réaliser une union plus étroite entre les États membres et souligne le fait que le "maintien" des libertés fondamentales "repose essentiellement sur (...) une conception commune et un commun respect des droits de l'homme (...)", semble inviter la Cour à développer des normes communes. Dans la mesure où le nombre d'États membres augmente, cet aspect de la mission de la Cour s'amplifie car, dans une communauté aussi large et diversifiée, la mise au point de telles normes pourrait bien se révéler être la meilleure façon, sinon la seule, d'atteindre le but déclaré de la Cour: garantir que la Convention reste un instrument vivant, dont l'interprétation reflète l'évolution de la société et soit conforme aux conditions actuelles (26).

D'autre part, une certaine retenue judiciaire peut être rendue nécessaire par les éléments caractéristiques de la cause ou le fait que celle-ci ne peut être tranchée sans prise en compte des situations particulières existant dans l'État défendeur. Si, après mûre considération, la Cour est convaincue que tel est réellement le cas, elle peut envisager d'octroyer une certaine marge d'appréciation à l'État; sinon elle dispose d'une indication claire qu'il n'est nul besoin de témoigner de retenue judiciaire, pour laquelle il n'y a dès lors pas de place.

3.6.4 Dans ce contexte, je rappelle ce que j'ai dit au paragraphe 3.2 ci-dessus: le refus du Royaume-Uni d'autoriser une transformation ou une adaptation du registre des naissances constituait certes un aspect important du litige, mais les griefs de M. Rees visaient le maintien - ou la non-modification - par les autorités britanniques du système SBD.

Certes, ainsi que l'affirme le Parlement européen dans sa résolution du 12 septembre 1989 (27), "la transsexualité est (...) aussi un problème qui concerne la société, laquelle ne sait comment réagir face à un changement du rôle sexuel culturellement fixé". Toutefois, rien dans le dossier ne donne à penser que pour ce qui est des rôles sexuels, la culture du Royaume-Uni soit essentiellement différente de celle d'autres États membres. Il ne s'impose donc pas, pour déterminer si cette attitude de l'État en cause est compatible avec ses obligations au titre de la Convention, de prendre en compte des éléments caractéristiques de la société britannique ou d'autres conditions particulières existant au Royaume-Uni. A cet égard, je pense qu'il peut suffire de renvoyer à ce qui a été dit aux paragraphes 2.7 et 3.4 ci-dessus.

Quant aux particularités de la cause, je relève qu'alors que les tribunaux britanniques considèrent que "le bon sens et le besoin de sécurité et de cohérence" demandent que la doctrine Corbett - elle remonte à 1970 - soit étendue à toutes les questions où le sexe est juridiquement pertinent et alors que le gouvernement britannique défend le système juridique ainsi créé, ni les critiques dirigées contre la doctrine Corbett, ni les initiatives d'autres parlements n'ont incité le législateur britannique à changer le système SBD.

Dès lors, la Cour européenne des Droits de l'Homme constituait pour les transsexuels du Royaume-Uni le recours ultime. L'aide requise de sa part concernait en outre un domaine aussi fondamental que le respect de la dignité humaine et de la vie privée. D'autres États membres avaient déjà montré, même si leurs solutions étaient fort diverses quant au détail, qu'il était effectivement possible de trouver une norme commune pour ce qui est du principe d'une pleine reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle acquise par les transsexuels opérés.

J'ai la ferme conviction qu'en témoignant malgré tout de retenue, la Cour a déplorablement failli à sa vocation d'ultime recours des opprimés.

3.6.5 Pour ces raisons, je pense qu'elle n'aurait pas dû fonder son raisonnement sur l'affirmation selon laquelle "il s'agit d'un domaine où les États contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation". Je souscris à ce qui a été plaidé au nom de M. Rees (28): la question essentielle consistait à savoir si le maintien ou la non-modification du système SBD se conciliait avec les obligations du Royaume-Uni au titre de l'article 8 (art. 8). La réponse ne peut être que négative (paragraphes 2 et 3.4 ci-dessus). Dans ce contexte, il n'y a simplement pas de place pour une marge d'appréciation. Pareille marge ne joue que dès l'instant où un État décide de reconnaître la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés: une certaine latitude quant aux conditions et à la forme d'une telle reconnaissance est alors concevable.

3.7 Ce dernier point nous ramène aux paragraphes 3.1 et 3.2 ci-dessus.

Il résulte de ce que j'y ai dit que, d'après moi, la Cour n'aurait pas dû traiter les difficultés techniques que le conseil du Royaume-Uni avait

habilement exposées afin d'expliquer pourquoi on ne pouvait escompter que son pays modifiât son système d'enregistrement des naissances (29). A mon avis, elle aurait dû se limiter à la question essentielle et juger que le maintien (ou la non-modification) par le Royaume-Uni du système SBD violait l'article 8 (art. 8). Si après cela elle avait encore voulu répondre aux arguments techniques du Gouvernement, elle aurait pu ajouter:

- que d'autres législateurs avaient montré que ce problème pouvait se régler dans une société démocratique;
- que sans doute il devait être possible de faire de même en droit britannique et ce, d'une manière telle que la réglementation s'intègre bien au système juridique existant;
- qu'il n'appartient pas à la Cour de se pencher sur les questions techniques relatives aux modalités d'une telle adaptation et aux dispositions qu'il faudrait édicter, car sa mission se borne à vérifier que l'individu est protégé contre le maintien d'un système incompatible avec les droits et libertés garantis par la Convention (30).

4. Pourquoi, dans l'affaire Rees, il aurait fallu statuer différemment en ce qui concerne l'article 12 (art. 12)

4.1 J'en viens à présent à une question qui a été moins mise en relief dans le cas de M. Rees que dans celui de Mlle Cossey: le système SBD viole-t-il le droit de se marier consacré par l'article 12 (art. 12) de la Convention?

4.2 Il résulte de ce que j'ai exposé sous la section 3 que j'estime moi aussi (31) que le point de savoir si le Royaume-Uni se trouve également en infraction à l'article 12 (art. 12) ne revêt qu'un intérêt académique: le maintien du système SBD constitue déjà une violation de l'article 8 (art. 8), qui exige que la nouvelle identité sexuelle acquise par un transsexuel opéré soit pleinement reconnue sur le plan juridique. Toutefois, vu l'importance attachée à cette question dans le cas de Mlle Cossey, j'expliquerai pourquoi je considère que sur ce point aussi la Cour aurait dû statuer autrement dans l'affaire Rees.

4.3.1 Dans l'arrêt y relatif, la question de savoir si le système SBD viole l'article 12 (art. 12) a reçu une réponse négative. On est frappé par la brièveté des arguments avancés par la Cour pour justifier celle-ci: ils tiennent en deux petits paragraphes, dont le premier (paragraphe 49) est déjà décisif. La Cour y interprète les mots "l'homme et la femme" de l'article 12 (art. 12) comme désignant des "personnes de sexe biologique différent" (mis en italiques par moi).

4.3.2 La Cour ne définit pas le terme "sexe biologique", mais sa signification peut se déduire de l'arrêt.

Les arguments sur lesquels repose l'interprétation de la Cour semblent faire écho à ceux utilisés par le juge Ormrod dans *Corbett c. Corbett* pour fonder son avis selon lequel "il est clair que le sexe constitue un déterminant essentiel de la relation appelée mariage". Là où la Cour parle du "mariage

traditionnel", ledit magistrat déclare que le mariage "a toujours été reconnu comme l'union d'un homme et d'une femme" et est "l'institution pilier de la famille". Cette similitude frappante des arguments et le paragraphe 50 de l'arrêt Rees, où la Cour, se référant au droit britannique, relève que celui-ci empêche le mariage de personnes "n'appartenant pas à des sexes biologiques différents", autorisent à conclure que celle-ci a employé le terme "sexe biologique" dans le même sens que le juge Ormrod, à savoir "la condition sexuelle biologique d'un individu", laquelle est "fixée à la naissance".

4.3.3 Compris de cette manière, le paragraphe 49 est en effet décisif car, étant donné qu'il est communément admis qu'une opération de conversion sexuelle ne change pas le sexe biologique, un transsexuel opéré appartient toujours au sexe qui était le sien à la naissance et ne peut dès lors puiser dans l'article 12 (art. 12) le droit d'épouser une personne appartenant à ce même sexe.

4.3.4 Le paragraphe 50 montre clairement que telle était en effet la perception qu'avait la Cour de la question. Elle y affirme qu'"on ne saurait" (c'est moi qui souligne) considérer que le système SBD porte atteinte à l'essence même du droit de se marier.

Au premier abord, cette assertion plutôt catégorique surprend car on a plaidé au nom de M. Rees que le système en cause a pour effet de priver un transsexuel opéré de toute possibilité de contracter valablement mariage (32): après son opération, des facteurs non seulement psychologiques (33) mais aussi physiques l'empêchent d'épouser une personne du sexe biologique opposé, tandis que le système SBD lui interdit de se marier avec une personne que, physiquement et psychologiquement, il est apte à épouser.

L'argument semble assez convaincant, mais il n'a pas amené la Cour à étayer son affirmation en cause. Elle n'y était en effet pas obligée, eu égard à son interprétation restrictive de l'article 12 (art. 12): s'il limite réellement le droit de se marier aux personnes de sexe biologique opposé, il en résulte bien sûr automatiquement que le système SBD ne porte pas atteinte à ce droit.

4.4.1 Après nous être assurés de la manière dont le paragraphe 49 doit se comprendre, examinons à présent les arguments sur lesquels la Cour a fondé son interprétation restrictive.

4.4.2 Peut-être faut-il inférer de la formulation de la première phrase du paragraphe 49 ("le mariage traditionnel") que la Cour a voulu invoquer l'intention des auteurs de la Convention. Si tel est le cas, l'argument est loin d'être convaincant. A l'époque où la Convention fut rédigée, la transsexualité était tout au plus un problème médical et éthique, et certainement pas un problème juridique (voir aussi le paragraphe 38 de l'arrêt Rees). On ne saurait dès lors supposer qu'après avoir examiné la

question, les auteurs aient décidé de refuser le droit de se marier aux transsexuels opérés.

Toutefois, en admettant que l'on pût faire une telle supposition, la Cour, qui déclare à juste titre que la Convention est un instrument vivant, aurait dû ajouter, afin de donner à son argument un caractère concluant, que les conceptions du mariage prévalant à l'époque en Europe justifiaient que l'on ne revînt pas sur ce refus. Or un tel argument complémentaire brille par son absence. Ou doit-on déduire du fait que la référence à une évolution ultérieure, qui figure au paragraphe 47, se situe à la fin de la section consacrée à la violation alléguée de l'article 8 (art. 8) et non en conclusion de l'arrêt, que la Cour estime que son interprétation restrictive de l'article 12 (art. 12) a valeur éternelle (34)?

4.4.3 Le second argument de la Cour est qu'il ressort du libellé de l'article 12 (art. 12) que "le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille".

Cet argument peut éventuellement rendre compte du fait que les auteurs ont considéré le mariage comme l'union traditionnelle entre un homme et une femme. Pour diverses raisons, il ne saurait cependant servir à justifier la décision rendue par la Cour en 1986, d'après laquelle les termes "un homme" et "une femme" ne peuvent se comprendre dans ce contexte que dans leur sens biologique.

La première de ces raisons est qu'on ne saurait supposer que le but affirmé du droit de se marier (protéger le mariage en tant que fondement de la famille) puisse servir de base à sa limitation: dans le contexte de l'article 12 (art. 12), on ne pourrait assurément admettre qu'un État décide que seuls ceux qui peuvent prouver leur aptitude à procréer sont autorisés à se marier (35).

La seconde est que le fait de fonder l'interprétation de l'article 12 (art. 12) sur la seule conception traditionnelle d'après laquelle le mariage est le pivot d'un système fermé de droit de la famille se concilie malaisément avec l'interprétation moderne, ouverte et pragmatique de la notion de "vie de famille" qui s'est dégagée de la jurisprudence de la Cour depuis son arrêt *Marckx* (36). Cette évolution appelle au contraire une approche de l'article 12 (art. 12) qui soit aussi plus fonctionnelle (37), qui prenne en considération les conditions factuelles de la vie moderne.

4.5.1 Voilà pour ce qui est des arguments sur lesquels la Cour appuie son interprétation restrictive de l'article 12 (art. 12). Même s'ils prêtent le flanc à la critique, il demeure évidemment possible que ladite interprétation doive néanmoins être acceptée.

Si l'article 12 (art. 12), qui utilise les termes "l'homme et la femme", indique clairement que le mariage est l'union de deux personnes de sexe opposé, cela ne signifie pourtant pas nécessairement que le "sexe" dans ce contexte doive s'entendre du "sexe biologique". On ne saurait davantage affirmer que la "tradition" implique que le "sexe" dans ce contexte ne peut

désigner que "la constitution biologique d'un individu telle qu'elle est fixée à la naissance". Pareil postulat demande donc un complément d'arguments, d'autant qu'il est loin d'être évident que pour définir ce qu'il y a lieu de comprendre par "sexe" à cet égard, il faille se référer à la situation qui existait à l'époque où les candidats au mariage sont nés plutôt qu'à celle que l'on constate au moment où ils souhaitent se marier; du reste, la condition sexuelle d'un individu résulte de différents facteurs (chromosomique, gonadique, génital, psychologique) qui, quasiment tous, sont (plus ou moins) susceptibles d'évoluer (38).

Seul le facteur chromosomique ne l'est pas. Mais pourquoi ce facteur particulier serait-il déterminant? Pourquoi un individu qui, bien qu'ayant depuis sa naissance des chromosomes mâles (39), n'a plus, au moment où il veut se marier, de testicules ou de pénis, mais possède au contraire tous les caractères génitaux (externes) et psychologiques féminins (et qui est socialement accepté comme femme) devrait-il néanmoins être considéré, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il faut l'autoriser à épouser un homme, comme étant toujours un homme lui-même? Un tel poids attaché au facteur chromosomique appelle des explications complémentaires. Celles-ci doivent de surcroît se fonder sur au moins une caractéristique pertinente du mariage, car c'est seulement alors qu'elles pourraient servir de justification juridique à la différenciation entre l'individu décrit ci-dessus et un individu qui lui est semblable à tous égards, sauf qu'il possède des chromosomes femelles depuis sa naissance. L'arrêt de la Cour ne livre aucune explication de ce genre. Pas plus d'ailleurs que la décision dans *Corbett c. Corbett*, que la Cour semble avoir faite sienne.

Même si, pour les besoins de la discussion, on adoptait le point de vue du juge Ormrod selon lequel "il est clair que le sexe est un déterminant essentiel de la relation appelée mariage" ainsi que la justification qu'il en donne, à savoir que "la capacité d'avoir des rapports hétérosexuels naturels est essentielle au mariage", on ne pourrait que traiter sur le même pied les deux individus visés pour ce qui est de leur capacité d'épouser un homme: tous deux sont, en ce qui concerne leur aptitude à avoir des rapports hétérosexuels, capables d'assumer le rôle essentiel de la femme (40); les chromosomes sont dépourvus de pertinence pour ce rôle (41).

Autrement dit, il est arbitraire et déraisonnable à cet égard d'ignorer une opération réussie de conversion sexuelle et de retenir le critère du sexe biologique.

4.5.2 Il en va d'autant plus ainsi que les arguments du juge Ormrod sont clairement inacceptables. Le mariage est bien plus qu'une union sexuelle, et la capacité d'avoir des rapports sexuels ne lui est dès lors pas essentielle. Les personnes qui ne sont pas ou plus capables de procréer ou d'avoir des rapports sexuels peuvent aussi désirer se marier, et se marient effectivement. Cela s'explique par le fait que le mariage représente bien plus qu'une union légitimant les rapports sexuels et visant à la procréation: c'est une institution

du droit qui crée une relation juridique fixe entre les conjoints, de même qu'entre ceux-ci et les tiers (y compris les autorités) (42). Comme l'a dit un auteur, à travers les liens du mariage les conjoints "indiquent au monde extérieur que leur relation est fondée sur des émotions humaines intenses, un engagement réciproque exclusif et un élément de permanence." C'est en outre une sorte de communauté dans laquelle les liens intellectuels, spirituels et émotionnels sont au moins aussi essentiels que les attaches physiques.

L'article 12 (art. 12) de la Convention protège le droit de tout homme et de toute femme (d'âge nubile) d'entrer dans ces liens, et la définition de ce qu'il y a lieu d'entendre par "l'homme et la femme" dans ce contexte doit dès lors tenir compte de toutes ces caractéristiques du mariage.

4.6 Les considérations qui précèdent servent à démontrer pourquoi je suis persuadé que dans son arrêt Rees la Cour a commis une erreur en considérant que le droit de se marier garanti par l'article 12 (art. 12) vise (uniquement) le mariage traditionnel entre personnes de sexe biologique différent.

Elles montrent aussi pourquoi j'estime que, pour les besoins de l'article 12 (art. 12), un transsexuel ayant subi une opération réussie de conversion sexuelle doit être réputé appartenir au sexe qu'il a choisi et dès lors avoir le droit d'épouser une personne du sexe opposé à celui-là.

Elles expliquent enfin pourquoi je considère que pour les transsexuels ayant subi une opération réussie de conversion sexuelle, l'empêchement légal mis au Royaume-Uni au mariage de personnes qui ne sont pas de sexe biologique différent a pour effet de réduire le droit de se marier - garanti aussi à ces personnes - à un degré tel qu'il se trouve atteint dans sa substance même.

5. Pourquoi, dans l'affaire Cossey, la Cour aurait dû renverser la solution adoptée par son arrêt Rees

5.1 Au paragraphe 2 de mon opinion séparée dans l'affaire Brozicek (43), j'ai indiqué quels sont d'après moi les aspects les plus importants qu'une juridiction doit prendre en considération lorsque - comme la Cour européenne des Droits de l'Homme en l'espèce - elle envisage un retournement de sa jurisprudence.

5.2 Une juridiction ne doit se déjuger, avais-je dit, que si elle est convaincue "de la supériorité juridique de la nouvelle doctrine". Cette condition procède évidemment de l'idée qu'en principe la sécurité et la cohérence requièrent qu'une juridiction suive la jurisprudence établie par elle-même: elle ne doit dès lors opter pour un revirement que si la nouvelle doctrine est manifestement préférable à l'ancienne. Jusque-là je suis d'accord avec la majorité (paragraphe 35 de l'arrêt).

Il résulte des paragraphes qui précèdent qu'à mon avis la première condition était certainement remplie en l'espèce: j'espère avoir bien expliqué pourquoi je n'hésite pas à dire que l'arrêt Rees était erroné.

J'ajouterai que cet arrêt a en fait été critiqué par plusieurs auteurs (44). Il n'a pas non plus convaincu la Commission, dont le délégué a dit à l'audience qu'elle avait déféré l'affaire Cossey à la Cour dans l'espoir de voir celle-ci renverser son arrêt Rees.

5.3 Deux autres aspects militaient en outre, d'après moi, en faveur d'un revirement en l'espèce.

Le premier est que la Cour n'a pas été invitée ici à se départir de tout un pan d'une jurisprudence établie, mais à renverser une décision unique, même si celle-ci est relativement récente et a été rendue pratiquement à l'unanimité. Cela facilitait la démarche. De surcroît, celle-ci se justifiait d'autant plus que seul un arrêt isolé était concerné et que le confirmer équivalait à s'empêcher, pour une longue période, de corriger le tir.

Le second est que l'on ne peut dire en l'espèce qu'un renversement de jurisprudence serait cause d'injustice en créant une disparité entre la partie qui a perdu la première affaire et celle qui gagnerait la seconde: le fait que le défendeur est dans les deux cas le Royaume-Uni garantit qu'un revirement profiterait aussi bien à M. Rees qu'à Mlle Cossey. Ceci dit tout à fait indépendamment de la question de savoir si, lorsque se trouvent en jeu des droits fondamentaux d'un individu, la Cour des Droits de l'Homme peut jamais aller contre ses convictions simplement pour suivre un précédent: lorsque l'on est en présence d'une violation d'un droit de l'homme, la sécurité juridique ne doit-elle pas toujours céder le pas?

5.4 Cette dernière question n'appelle pas nécessairement de réponse en l'espèce, mais elle me suggère un argument possible contre un renversement de l'arrêt Rees, à savoir qu'une telle volte-face aurait constitué une surprise désagréable pour les gouvernements qui, comme le Royaume-Uni, se sont sentis dispensés par l'arrêt en cause de changer leur système juridique pour ce qui est des transsexuels. Toutefois, je ne pense pas que ce sentiment de confiance mérite d'être protégé, ne fût-ce que parce qu'au paragraphe 47 de son arrêt Rees, la Cour a clairement indiqué qu'elle n'avait pas dit son dernier mot sur le chapitre et que l'évolution de la science et de la société pourrait motiver une appréciation différente.

5.5 Cela pose évidemment la question de savoir si un revirement était aussi justifié par une telle évolution.

Tout le monde s'accorde à considérer qu'il n'y a pas eu d'évolution scientifique de nature à légitimer un jugement différent dans l'affaire Cossey. Je pense toutefois que l'on ne peut en dire autant de l'évolution de la société.

Il se développe aujourd'hui une conscience toujours plus grande de l'importance essentielle de l'identité de chacun et de la reconnaissance des différences multiples entre les individus, qui en découle. Cette évolution s'accompagne d'une tolérance et d'une compréhension croissantes envers les modes d'existence humaine qui diffèrent de ce qui est considéré comme "normal". Elle va de pair aussi avec une perception nettement accrue de

l'importance de la vie privée, c'est-à-dire de la possibilité de mener sa propre existence à son gré, sans être importuné. Ces tendances ne sont certainement pas nouvelles, mais j'ai l'impression qu'elles s'affirment plus clairement, surtout depuis quelques années.

Bien sûr, une impression de ce genre peut difficilement être corroborée par des preuves. En revanche, il est au moins des faits de nature à illustrer ce que je veux dire.

Je rappelle que la Cour a, selon toute vraisemblance, fondé son arrêt Rees sur la supposition que cinq États membres seulement avaient déjà, d'une manière ou d'une autre, permis aux transsexuels opérés de bénéficier d'une pleine reconnaissance juridique de leur nouvelle identité (paragraphe 2.6.2 ci-dessus). Il ne s'impose pas de rechercher si cette supposition était alors exacte: ce qui importe, c'est qu'il n'en est manifestement plus ainsi à l'heure actuelle.

Outre les Pays-Bas, dont la législation n'a apparemment pas été prise en compte dans l'arrêt Rees, on peut aujourd'hui ranger parmi les États prévoyant la pleine reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés (45): le Danemark, la Finlande, le Luxembourg, l'Espagne et la Turquie; par ailleurs, la jurisprudence de plusieurs autres États membres (la Belgique, la France (46) et le Portugal) a presque abouti au même résultat. Il existe dès lors aujourd'hui quatorze États membres qui, d'une manière ou d'une autre, permettent la reconnaissance juridique des conversions sexuelles (47).

Cela révèle, me semble-t-il, une importante "évolution de la société", à savoir une augmentation marquée de l'acceptation de la transsexualité par le public et une progression nette des convictions exposées sous la section 2 de la présente opinion dissidente. Cette conclusion se trouve considérablement renforcée par le fait que et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et le Parlement européen ont récemment adopté des résolutions invitant les États à permettre la requalification juridique du sexe des transsexuels opérés (48).

5.6.1 La Cour ne nie pas ladite évolution de la société. Mais à son avis, celle-ci n'autorise pas à conclure que les conditions actuelles exigent, comme on peut le lire dans le rapport du Parlement européen, que:

"Lorsque le processus de transsexualisation est achevé, le changement de sexe doit être reconnu juridiquement."

Il reste à voir sur quels arguments elle fonde sa position.

5.6.2 La raison pour laquelle elle refuse d'accepter la pertinence de l'évolution de la société figure au paragraphe 40 de l'arrêt: d'après elle, il y aurait toujours "peu de convergence" entre les États membres, vu la "diversité" révélée par les rapports accompagnant les résolutions précitées. Elle ajoute que celles-ci "vis[ent] à encourager l'harmonisation des lois et pratiques en cette matière".

Certes, les différents États membres où les transsexuels opérés voient aujourd'hui leur nouvelle identité sexuelle juridiquement reconnue ont réglé cette reconnaissance de manière fort diverse. Comme je l'ai dit plus haut (paragraphe 3.6.5 ci-dessus), il y a place ici pour une marge d'appréciation et pour des différences de détail. Mais cela ne justifie pas la conclusion qu'il n'y a toujours "guère de communauté de vues". Le point essentiel c'est qu'aujourd'hui, dans un nombre considérable d'États membres, une reconnaissance juridique est, d'une manière ou d'une autre, rendue possible.

Tant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe que le Parlement européen avaient pleinement conscience de ce que la reconnaissance juridique est l'un des problèmes fondamentaux soulevés par le transsexualisme. Dans leurs résolutions, ils n'ont pas demandé l'harmonisation des législations, mais l'adoption de lois permettant semblable reconnaissance. La raison en est que l'une comme l'autre considéraient que, selon les termes de la première,

"la législation de nombreux États membres comporte de graves lacunes à cet égard et ne permet pas au transsexuel, et notamment au transsexuel opéré, de faire rectifier son état civil pour tenir compte de son apparence, de sa morphologie externe, de son psychisme et de son comportement social".

Tous deux ont recommandé de combler ces lacunes en adoptant des dispositions relatives à une procédure permettant aux transsexuels de changer de sexe, laquelle devrait garantir - au moins, ajoutait le Parlement européen - la possibilité d'une reconnaissance juridique.

5.6.3 Force est de conclure que les raisons avancées par la Cour pour expliquer son refus d'accepter la pertinence de l'évolution de la société se fondent sur une distorsion de l'état réel des choses et sont dès lors loin de convaincre.

Mais peut-être ces arguments explicites servent-ils à en cacher d'autres, de nature politique. A lire des arrêts tels ceux rendus dans les affaires Marckx, Dudgeon, Rees, F. c. Suisse et Cossey (49), on a l'impression que la Cour, à tout le moins en ce qui concerne le droit de la famille et la sexualité, se montre d'une prudence extrême lorsqu'elle est confrontée à une évolution arrivée à terme dans certains États membres, en cours dans d'autres et semblant ne pas toucher le restant d'entre eux. Dans de tels cas, elle paraît avoir pour ligne de conduite de n'adapter son interprétation à l'évolution en cause que si presque tous les États membres ont accueilli les nouvelles idées.

J'estime que cette circonspection ne cadre pas en principe avec la mission de la Cour, qui est de protéger l'individu contre la collectivité et de le faire en élaborant des normes communes (paragraphe 3.6.3 ci-dessus). Il faut certes témoigner de prudence, mais dans une autre direction: si une collectivité opprime un individu parce qu'elle ne veut pas reconnaître les changements que subit la société, la Cour doit veiller à ne pas s'incliner trop

aisément devant des arguments tirés du particularisme culturel et historique d'un pays.

5.7 Pour toutes ces raisons, je suis persuadé que la Cour aurait dû renverser son arrêt Rees et considérer que le Royaume-Uni avait violé et l'article 8 et l'article 12 (art. 8, art. 12) de la Convention.

NOTES

(1) Paragraphe 35 de son arrêt dans l'affaire Cossey ("l'arrêt").

(2) Lutte qu'il n'est pas rare de voir menée jusqu'à devant les organes de la Convention!

Outre ses décisions dans les affaires Van Oosterwijck, Rees et Cossey, la Commission a déclaré recevables les requêtes 6699/74 [X c. R.F.A., décision du 15.12.1977, Décisions et Rapports n° 11, p. 16; rapport du 11.10.1979, Décisions et Rapports n° 17, p. 21]; 9420/81 [38 transsexuels c. Italie, décision du 5.10.1982, non publiée]; 10622/83 [J. c. Royaume-Uni, décision du 5.7.1985]; 11095/84 [W. c. Royaume-Uni, décision du 10.10.1985] et 13343/87 [décision du 13.2.1990]. Voir aussi le rapport de la Commission dans l'affaire Rees, paragraphe 41.

Au sujet de la jurisprudence de la Commission, voir notamment M. R. Will, in *Gedächtnisschrift für L.-J. Constantinesco*, pp. 939 et suiv. (Carl Heymann Verlag (Köln), 1983; S. Breitenmoser, *Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK* (1986), pp. 137 et suiv. (Helbing Lichtenhahn (Basel), 1986).

(3) [1970] 2 W.L.R. 1306, 1324; [1970] 2 All.E.R. 33, 48 (P.D.A.)

(4) Voir par exemple la description plutôt brutale faite de la partie défenderesse: "le pastiche de féminité était convaincant"; ou encore le commentaire abrupt selon lequel les "rapports sexuels utilisant la cavité complètement artificielle construite par le Dr ..." sont "tout sauf normaux et naturels". Voir aussi J. Taitz, *Anglo-American Law Review* 1986, vol. 15, pp. 144 et suiv.

(5) Voir notamment: D.A.R. Green, *New Law Journal* 1970, p. 210; B.v.D. van Niekerk, *South African Law Journal* 1970, vol. 87, p. 239; D.K. Smith, *Cornell Law Review* 1970-1971, vol. 56, pp. 1005 et suiv.; I. McColl Kennedy, *Anglo-American Law Review* 1973, vol. 2, pp. 114 et suiv.; M.L. Lupton, *South African Law Journal* 1976, vol. 93, p. 385 (avec une référence à une décision sud-africaine rendue à la suite de l'arrêt Corbett); R.J. Bailey, *Australian Law Journal* 1979, vol. 53, pp. 659 et suiv. (avec une référence à une décision australienne rendue à la suite de l'arrêt Corbett).

(6) Voir notamment les décisions suivantes: Cour de cassation: 16 décembre 1975, D.1976, 397; 30 novembre 1983, D 1984, 165; 3 mars 1987 et 31 mars 1987, D. 1087, 445 (France); HR 13 décembre 1973, NJ 1975, 130, et HR 3 janvier 1975, NJ 1975, 187 (Pays-Bas); BGH 21 septembre 1971, BGHZ 57, 63 (R.F.A.).

(7) Arrêt Van Oosterwijck du 6 novembre 1980, série A n° 40; arrêt Rees du 17 octobre 1986, série A n° 106; et arrêt Cossey du 27 septembre 1990, série A n° 184.

(8) Le 18 mars 1986.

(9) Le Royaume-Uni admettait que 5 États membres avaient instauré des mesures législatives ou administratives pour reconnaître les "changements de sexe" tandis que le conseil de M. Rees mentionnait 7 États membres ayant adopté une telle démarche.

(10) En fait, la loi datait du 24 avril 1985. On n'aperçoit pas clairement pourquoi la Commission ne l'a pas mentionnée dans son rapport.

(11) La Commission avait relevé qu'en Suisse les changements de sexe sont reconnus par les tribunaux, qui autorisent les inscriptions correspondantes dans le registre des naissances avec effet ex nunc, et qu'en Norvège ils le sont par voie de mesure ministérielle.

(12) M.T. c. J.T. (1976) 2. F.L.R. 2247.

(13) BVerfGE 49, 286.

(14) Medical Law Review 1971, vol. 31, p. 235.

(15) Par exemple, lorsque le conseil a dit à l'audience:

"Le requérant a déjà exposé que le dévoilement de son acte de naissance et de son identité sexuelle antérieure à son opération, et l'embarras que cause un tel aveu, ne représentent qu'un aspect de son grief au titre de l'article 8 (art. 8). Ce qui se trouve au coeur de celui-ci, c'est la question de la non-reconnaissance de l'identité elle-même."

Il importe de souligner que la même observation a été faite au nom de M. Van Oosterwijck et de Mlle Cossey: non seulement parce que cela confirme ce qui a été dit aux paragraphes 2.4 et 2.7 ci-dessus, mais aussi parce que cela montre que ma critique de l'arrêt Rees, dans la mesure où il se base sur ce point, vaut également pour l'arrêt Cossey.

(16) In R. v. Tan and Others Q.B. 1983, vol. 1, p. 1053; All ER 1983, vol. 2, p. 12. Voir, pour une appréciation critique de cette décision, P.J. Pace, Criminal Law Review 1983, pp. 317 et suiv.

(17) Voir, par exemple, Steve Cohen and Others, The Law and Sexuality 1978, pp. 72 et suiv.; Terrence Walton, NLY 1984, vol. 34, n° 6159, pp. 937 et suiv.; Alec Samuels, Med. Sci. Law 1984, vol. 24, n° 3, pp. 163 et suiv.

(18) Dans son arrêt, la Cour parle la plupart du temps du "droit anglais" et non du "droit britannique". Je préfère toutefois reprendre la terminologie utilisée dans l'arrêt Rees, car ce qui est en jeu dans ces affaires, c'est la responsabilité du Royaume-Uni en ce qui concerne la partie pertinente de son droit, et à cet égard, peu importe que les griefs formulés visent le droit anglais ou l'un des autres ensembles de normes en vigueur au Royaume-Uni.

(19) Dans un souci de concision, le système qui, pour toutes les questions où le sexe est juridiquement pertinent, considère que seul le Sexe Biologique est Déterminant, et qui, partant, refuse de reconnaître aux fins

juridiques l'identité sexuelle nouvellement acquise par un transsexuel opéré sera désigné ci-après par les initiales SBD.

(20) La même observation vaut pour Mlle Cossey: il est tout simplement faux de dire, comme la Cour le fait au paragraphe 36 de son arrêt, que l'intéressée prétend "non pas que l'État doit s'abstenir d'agir, mais plutôt qu'il doit adopter des mesures pour changer le système existant". Ce dont Mlle Cossey se plaint en substance, c'est de devoir vivre sous un régime incompatible avec les droits que lui garantit la Convention et il paraît évident qu'un requérant qui fait valoir qu'une loi ou un système juridique est inconciliable avec la Convention doit nécessairement passer pour soutenir en ordre principal que l'État aurait dû s'abstenir d'édicter cette législation et qu'en tout état de cause il n'aurait pas dû la maintenir. Dès lors, il est pour le moins malheureux de tirer argument de la façon dont la requérante a formulé ses griefs pour expliquer pourquoi c'est plutôt une obligation positive qu'une obligation négative de l'État qui est en jeu.

(21) Arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 13, par. 27; arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45, p. 18, par. 41; arrêt du 2 août 1984, série A n° 82, p. 31, par. 64; arrêt du 26 octobre 1988, série A n° 142, p. 18, par. 38.

(22) Ce que ces arrêts ont en commun, c'est la démonstration de ce que la simple existence d'un certain système juridique peut, en soi, constituer une ingérence, indépendamment des mesures effectivement prises.

(23) Voir aussi l'analyse de la Commission dans son rapport relatif à l'affaire Van Oosterwijk, paragraphes 50-52 (série B n° 36, pp. 25-26), mentionnée par elle dans son rapport concernant l'affaire Rees, paragraphe 41.

(24) Voir, mutatis mutandis, l'arrêt Autronic AG du 22 mai 1990, série A n° 178, pp. 26-28, paras. 60-63.

(25) Voir aussi, dans le même sens, la contribution de M.-A. Eissen in: Conseil constitutionnel et Cour européenne des Droits de l'Homme, p. 141 (Editions STH (Paris), 1990).

(26) Paragraphe 35 de l'arrêt.

(27) Paragraphe 40 de l'arrêt.

(28) Voir l'arrêt Rees, pp. 14-15, par. 36.

(29) Voir, mutatis mutandis, l'arrêt Olsson du 24 mars 1988, série A n° 130, p. 37, par. 82.

(30) Ce qui a été dit au paragraphe 3.7 me dispense de commenter les paragraphes 42-46 de l'arrêt Rees. Je ne puis toutefois m'empêcher d'exprimer mon désaccord avec la dernière phrase du paragraphe 43, où la Cour admet l'un des arguments invoqués par le Royaume-Uni pour s'abstenir de changer son système d'enregistrement des naissances: un changement tel que celui réclamé par M. Rees - qui avait demandé que les annotations dans le registre reconnaissant une nouvelle identité sexuelle fussent gardées secrètes - négligerait les tiers (tels les compagnies

d'assurance décès) "qui se verraient privés d'indications auxquelles ils ont légitimement droit".

Certes, les assureurs peuvent avoir un intérêt légitime à savoir qu'un candidat à l'assurance a subi une opération de conversion sexuelle, mais ils ont tout autant intérêt à être informés des autres interventions chirurgicales sérieuses pratiquées sur lui. Le droit des assurances possède ses propres moyens pour protéger cet intérêt. Le principal consiste à obliger le candidat à l'assurance à informer l'assureur de certains faits en habilitant celui-ci à résilier le contrat s'il apparaît que la personne assurée a dissimulé des informations vitales. Nul ne penserait à protéger les assureurs en imposant à chacun l'obligation de faire consigner dans un registre public tout traitement médical subi. Pareils intérêts de tiers ne sauraient justifier que l'on ne protège pas la vie privée d'un transsexuel opéré.

(31) Voir l'opinion dissidente de MM. Frowein et autres au paragraphe 54 du rapport de la Commission dans l'affaire Rees.

(32) Voir déjà la décision de la Commission sur la recevabilité, Décisions et Rapports n° 36, p. 87.

(33) En général les transsexuels sont hétérosexuels; un transsexuel passé du sexe féminin au sexe masculin est donc attiré par des personnes hétérosexuelles de sexe féminin. Voir W. Eicher, *Transsexualismus* (1984), p. 167 (Gustav Fischer (Stuttgart & New York), 1984).

(34) Il ressort des paragraphes 35 et 46 de l'arrêt que cette question appelle une réponse négative. Le paragraphe 35 n'assortit d'aucune exception l'interprétation que la Cour donne de l'article 12 (art. 12), et le paragraphe 46 fait apparaître qu'elle pourrait finir par se montrer disposée à considérer qu'une interprétation plus libérale est "conforme aux conditions actuelles", pourvu seulement qu'il existe des preuves d'un abandon général de "la notion traditionnelle de mariage".

(35) Voir le rapport de la Commission dans l'affaire Van Oosterwijk, paragraphe 59 (série B, n° 36, p. 28).

(36) Arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31.

(37) Hormis le paragraphe 46 du présent arrêt (voir note 34), l'arrêt F. c. Suisse du 18 décembre 1987 (série A n° 128) aurait peut-être pu passer pour une première indication de cette démarche dans la jurisprudence de la Cour; quoi qu'il en soit, la Cour s'y était montrée disposée à vérifier si le droit national était compatible avec l'article 12 (art. 12) dans une mesure qui semble bien plus considérable que dans l'affaire Rees.

(38) Il est vrai que le facteur gonadique ne peut pas (encore) être changé complètement, c'est-à-dire dans la mesure où un être biologiquement masculin serait rendu capable de mettre au monde - ou un être biologiquement féminin d'engendrer - un enfant, mais il peut être changé au moins en ce sens qu'on peut l'éliminer.

(39) Je prends l'exemple d'un transsexuel opéré passé du sexe masculin au sexe féminin parce que tel est le cas de Mlle Cossey. Je ne suis toutefois

pas tout à fait certain que l'argument tienne aussi pour un transsexuel ayant suivi le cheminement inverse, comme M. Rees, car il n'est pas absolument sûr qu'un tel individu soit capable, pour ce qui est des rapports hétérosexuels, de remplir le rôle essentiel de l'homme. Voir d'une part W. Eicher, *Transsexualismus* (1984), p. 168, qui semble suggérer qu'il n'en est pas ainsi et, d'autre part, J. Taitz, *Anglo-American Law Review* 1986, vol. 15, p. 144, qui déclare résolument qu'il est bel et bien capable d'avoir des rapports sexuels en tant qu'homme.

(40) Le juge Ormrod avait apparemment une autre opinion, mais à tort: voir notamment D.K. Smith, *Cornell Law Review* 1970-1971, vol. 56, p. 970; W. Eicher, *Transsexualismus* (1984), p. 167.

(41) Voir l'extrait ci-dessous d'une lettre de H. Benjamin (auteur de: *Clinical Aspects of Transsexualism in the Male and the Female* (1963)), cité par Smith (voir note 40), p. 966:

"Le 'sexe chromosomique' est d'un intérêt purement abstrait, scientifique et théorique dans le cas des transsexuels. Nul ne peut apercevoir une constellation XX ou XY. Insister pour qu'une personne vive et soit juridiquement classée d'après son sexe chromosomique heurte le bon sens et l'humanité. Cela réduit la science à une discipline purement technique et, qui plus est, absurde."

(42) Dans l'affaire Rees, le conseil du requérant a dit à l'audience devant la Cour:

"Le mariage constitue une institution fondamentale de la société et fait l'objet d'une grande diversité de lois et de réglementations sociales. Le droit de parrainer la venue de son conjoint dans le pays, celui d'obtenir la location d'un bien public ou privé, celui de bénéficier de dégrèvements fiscaux différents, l'inégalité des droits en matière de successions ne sont que quelques exemples de disparités de traitement que la loi réserve aux couples selon qu'ils sont mariés ou non."

(43) Arrêt du 19 décembre 1989, série A n° 167.

(44) Voir notamment: note P.R., *Journal du Droit International* 1987, p. 799; A. Drzemczewski et C. Warbrick, *Yearbook of European Law* 1986, vol. 6, pp. 429 et suiv.; Zwaak, *NJCM-Bulletin* 1987, vol. 12, pp. 552 et suiv.; Jacot-Guillarmod, *Méthodes d'interprétation comparées*, p. 123; (Editions Universitaires (Fribourg, Suisse) 1989; E.A. Alkema, note *NJ* 1990, 322; P.J. van Dijk, *NJB* 1990, p. 813.

(45) Pleine reconnaissance, c'est-à-dire, bien sûr, reconnaissance aussi pour les besoins du mariage, de sorte que ces États permettent aux transsexuels opérés d'épouser un membre de leur sexe biologique.

(46) Lors des premières délibérations de la Cour, j'ai inclus la France dans cette liste en me basant sur l'excellent article de M. Gobert, *Le transsexualisme, fin ou commencement*, *La Semaine Juridique* 1988, pp. 3361 et suiv. Depuis lors, la Cour de cassation a rendu sa décision du 21 mars 1990 (concernant la même personne que celle intéressée par sa décision du 30 novembre 1983). Vu que l'arrêt en cause se limite au rejet de

l'argument basé sur l'article 8 (art. 8) de la Convention, j'estime pour l'heure qu'il ne m'oblige pas à éliminer la France.

(47) Le nombre croissant d'États qui prévoient la reconnaissance juridique des conversions sexuelles et la mobilité sociale toujours plus grande au sein des États membres de la CEE rendent d'autant plus nécessaire pour le Royaume-Uni l'abandon du système SBD: son maintien est encore plus cruel, si possible, pour les transsexuels opérés qui sont des ressortissants de tels États et qui vivent au Royaume-Uni.

(48) Paragraphe 40 de l'arrêt.

(49) Arrêts Marckx, p. 19, par. 41 ("la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe"); Dudgeon, pp. 20-21, par. 49, et pp. 23-24, par. 60 ("la grande majorité d'entre eux"); Rees, p. 15, par. 37 ("guère de communauté de vues en la matière et que, dans l'ensemble, le droit paraît traverser une phase de transition"); F. c. Suisse, p. 16, par. 33; Cossey, par. 46.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE A Mme PALM, M.
FOIGHÉL ET M. PEKKANEN*(Traduction)*

1. Avec la majorité, nous estimons que les circonstances de la cause et les questions qu'elles soulèvent sont analogues à celles de l'affaire Rees. Pour les raisons énumérées ci-dessous, nos conclusions diffèrent toutefois des siennes.

2. Au paragraphe 37 de son arrêt Rees, la Cour européenne des Droits de l'Homme a dit relativement à l'article 8 (art. 8) qu'en cette matière "le droit paraît traverser une phase de transition". Et de poursuivre au paragraphe 47: "(...) 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".

Il s'agit là d'une observation inhabituelle, mais importante et pertinente. Elle soulignait le fait que la condition des transsexuels relève d'une problématique où les solutions juridiques suivent nécessairement l'évolution médicale, sociale et morale de la société. Elle indiquait aussi aux États contractants qu'avec l'arrêt Rees la Cour n'avait pas nécessairement dit son dernier mot sur le sujet et qu'il n'était pas exclu qu'elle se déjuge ultérieurement. La majorité dans l'affaire Rees se réservait donc le droit de reconsidérer sa position à la lumière de l'évolution de la société. D'après nous, il faudrait aussi appliquer ces considérations à l'interprétation de l'article 12 (art. 12).

Pour ces raisons, il n'est pas nécessaire, du point de vue de la cohérence générale et de l'homogénéité de la pratique de la Cour, d'examiner la présente espèce uniquement par référence à l'arrêt Rees.

3. À l'instar de M. Rees, Mlle Cossey appartient à ce petit groupe de personnes qui, sur le plan psychologique, ont la ferme conviction d'appartenir au sexe opposé à leur sexe physique. Elle a subi une opération de conversion sexuelle en 1974 et depuis lors elle vit normalement sa vie de femme, tant psychologiquement que physiquement. Elle cherche à obtenir la pleine reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle. Or, jusqu'à présent, les demandes des transsexuels tendant à l'acceptation de leur nouvelle condition par les parlements et les tribunaux n'ont guère abouti.

Cette attitude négative envers les transsexuels se fonde sur des concepts moraux et éthiques profondément enracinés qui, néanmoins, semblent changer peu à peu dans les sociétés européennes. On a une conscience accrue de l'importance de l'identité personnelle de chaque individu et de la nécessité de tolérer et accepter les différences entre les êtres humains. En outre, on admet de plus en plus le droit à l'intimité de la vie privée et celui de mener, dans la mesure du possible, sa propre vie sans être importuné.

Ces attitudes nouvelles, plus tolérantes, se reflètent aussi dans les législations modernes ainsi que dans les pratiques administratives et judiciaires. Plusieurs États européens admettent à présent la possibilité d'entériner les changements de sexe des transsexuels et reconnaissent à ceux-ci, sous certaines conditions, le droit de se marier (Suède 1972, Danemark 1973-75, République fédérale d'Allemagne 1980, Italie 1982 et Pays-Bas 1985). Dans d'autres, la pratique administrative ou judiciaire a engendré le même résultat (par exemple en Finlande et en Norvège). Il en est de surcroît (par exemple la Belgique, le Luxembourg, l'Espagne et la Turquie) qui autorisent la rectification de l'acte de naissance consécutivement à un changement de sexe. Cette faculté emporte aussi dans certains États le droit de se marier.

Dans ce contexte, il importe de relever qu'en 1989 l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (Recommandation 1117/1989) et le Parlement européen (Résolution du 12 septembre 1989, JO n° C 256 du 19.10.1989, p. 33) ont pris position sur la question des droits des transsexuels. Le second a invité les États membres à arrêter des dispositions reconnaissant aux transsexuels le droit de changer de sexe par le recours aux traitements endocrinologiques, à la chirurgie plastique et aux traitements esthétiques, arrêtant la procédure applicable en la matière et interdisant toute discrimination à l'égard des transsexuels. La procédure devrait garantir, notamment, une reconnaissance juridique: changement du prénom, rectification de la mention du sexe dans l'acte de naissance et les papiers d'identité. La recommandation de l'Assemblée parlementaire contient des demandes similaires. Les décisions de ces organes représentatifs indiquent clairement que pour une large part de l'opinion publique les transsexuels doivent jouir du droit d'obtenir sur le plan juridique la pleine reconnaissance de leur nouvelle identité sexuelle.

4. En ce qui concerne la violation alléguée de l'article 8 (art. 8) de la Convention, le noeud du problème réside dans le fait que le registre des naissances consigne des données - tel le sexe de l'enfant - contemporaines de la naissance et qu'il ne peut, en droit britannique, être modifié de manière à mentionner le nouveau sexe d'un transsexuel opéré. En conséquence, Mlle Cossey se voit obligée de révéler des détails personnels intimes chaque fois qu'un certificat de naissance est exigé, par exemple par certains employeurs et institutions. Ces situations sont pour elle source d'embarras et de détresse. Il lui faut choisir entre dissimuler sa nouvelle identité sexuelle, avec les conséquences possibles que cela implique, et révéler son nouveau sexe et risquer ainsi l'humiliation, voire des réactions hostiles. Dans semblables situations il y a, selon nous, violation du droit de l'intéressée au respect de sa vie privée. De plus, le système britannique actuel relatif aux certificats de naissance constitue une ingérence permanente et directe dans sa vie privée.

A nos yeux, le maintien de ce système ne saurait remplir les exigences de l'article 8 par. 2 (art. 8-2) de la Convention. Il s'agit d'une simple question de procédure administrative qui, ainsi que le montrent clairement les exemples pris dans d'autres sociétés démocratiques, peut recevoir diverses solutions propres à préserver les droits des transsexuels.

5. En rédigeant l'article 12 (art. 12), les auteurs de la Convention visaient probablement le mariage traditionnel entre personnes de sexe biologique opposé, ainsi que la Cour l'a relevé au paragraphe 49 de son arrêt *Rees*. Toutefois, le transsexualisme n'était pas à l'époque un problème juridique, en sorte que l'on ne saurait considérer que l'intention était de dénier aux transsexuels le droit de se marier. Au surplus, ainsi que nous avons tenté de le montrer ci-dessus, il s'est produit dans l'opinion publique des changements sensibles quant à la pleine reconnaissance juridique du transsexualisme. Eu égard à l'interprétation dynamique de la Convention adoptée par la Cour, cette évolution sociale et morale doit aussi entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'interpréter l'article 12 (art. 12).

Les opérations de conversion sexuelle ne changent pas le sexe biologique d'une personne. Mlle Cossey ne peut enfanter. Mais à tous autres égards, sur les plans tant psychologique que physique, elle est femme et vit comme telle depuis des années.

Le fait qu'un transsexuel soit inapte à procréer ne peut pourtant être décisif. Quantité d'hommes et de femmes incapables d'avoir des enfants n'en ont pas moins le droit indiscuté de se marier. La capacité de procréer n'est pas et ne peut être une condition préalable au mariage.

Le seul argument qui subsiste contre l'octroi à Mlle Cossey du droit d'épouser un homme est que, d'un point de vue biologique, on la considère comme n'étant pas une femme. Mais par l'effet du traitement médical et chirurgical subi, elle n'est pas non plus un homme. Elle se situe quelque part entre les deux sexes. Face à cette situation, il faut opérer un choix, et la seule solution humainement acceptable consiste à respecter le fait objectif qu'à la suite du traitement précité, lequel reposait sur la ferme conviction que l'intéressée a d'être une femme, celle-ci appartient psychologiquement et physiquement au sexe féminin et est socialement acceptée comme telle.

Il convient aussi de garder présent à l'esprit que si on ne l'autorise pas à épouser un homme ainsi qu'elle le souhaite, Mlle Cossey n'a aucune possibilité de se marier. Elle ne pourrait, tant psychologiquement que physiquement, épouser une femme. En outre, il y aurait certainement des doutes quant à la validité d'un tel mariage.

6. Pour ces motifs, nous estimons qu'il y a eu en l'espèce violation des articles 8 et 12 (art. 8, art. 12).