



LA CONDAMNATION D'UNE CONTRAINTE JUDICIAIRE MÉCONNAISSANT LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE DES PERSONNES TRANSIDENTITAIRES

*THE CONVICTION OF A LEGAL MEASURE OF CONSTRAINT
IN BREACH OF THE RIGHT TO RESPECT FOR THE PRIVATE LIFE
OF TRANSGENDER PEOPLE*

Par Damien AFTASSI*

RÉSUMÉ

L'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c/ France*(1) met fin à une « tolérance » conventionnelle de la contrainte sur le corps des personnes transidentitaires. Pour ce faire, la Cour européenne des droits de l'homme condamne au visa de l'article 8, l'exigence d'irréversibilité du traitement, lequel peut modifier définitivement la physiologie du corps, et même l'attribution sexuelle des personnes. Les juges strasbourgeois refusent cependant d'extrapoler la notion d'atteinte à l'exigence de diagnostic « de transsexualité », et du recours à l'expertise judiciaire, en vigueur dans la procédure française de changement de sexe au moment des faits.

ABSTRACT

The Judgment *A.P., Garçon and Nicot v. France* [1] puts an end to a conventional "allowance" of constraints on the bodies of trans people. With this aim in mind, the European Court of Human Rights condemns by the means of Article 8, the requirement of irreversibility of the treatment, which can modify definitely the physiognomy of the body, and even the sexual attribution of people. The judges from Strasbourg, however, refuse to extrapolate the notion of undermining the diagnostic requirement of "transsexuality", and the use of forensic expertise, according to the current legal processes of gender reassignment at the time of the facts.

MOTS-CLÉS

Article 8 ConvEdh, Droit à l'intégrité corporelle, Contrainte judiciaire, Irréversibilité du traitement.

KEYWORDS

Article 8, Right to body integrity, Legal measure of constraint, Irreversibility of treatment.

* ATER, Université Paris VIII - damien.aftassi@orange.fr

(1) CEDH, *A.P., Garçon et Nicot c/ France*, 6 avril 2017, requêtes n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

Vingt cinq ans après la décision *Botella c/ France*, dans laquelle les juges strasbourgeois avaient admis pour la première fois que le sexe juridique des personnes transidentitaires, devait être entendu dans sa dimension psychosociale, en tant que camouflet du sexe biologique(2), l'affaire *A.P., Garçon et Nicot c/ France*(3) consacre un dépassement de cette dualité. La renonciation aux attributs « biologiques » ne peut plus être une condition à la reconnaissance juridique d'une quelconque identité sexuée.

Dans cette affaire, trois requérants n'ayant pu obtenir la modification de leur état civil devant les juridictions françaises(4) ont saisi la Cour de Strasbourg afin de démontrer le caractère systémique des atteintes commises contre les personnes trans avant l'entrée en vigueur de la procédure démedicalisée de changement de sexe, introduite par la loi du 18 novembre 2016(5). D'autres États membres du Conseil de l'Europe (Portugal, Irlande, Pays-Bas, Norvège, Malte, Danemark) ont aussi supprimé l'exigence d'une preuve médicale dans leur législation. Somme toute, au vu de la situation actuelle, l'enjeu de cette affaire n'était pas tant de condamner une procédure devenue désuète au moment du jugement, que de déterminer, au regard du traitement juridique dévolu aux personnes trans, ce que recouvre la notion d'atteinte dans le processus de changement de sexe. Le droit au respect de la vie privée inclut « des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle » et « bien qu'il n'ait été établi [...] que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »(6). Le droit à l'autonomie personnelle des personnes trans a donc été reconnu « négativement » par la Cour, en ce sens que l'absence de modification de l'état civil révèle « un

conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »(7).

En l'espèce, sur l'applicabilité des griefs fondés sur l'article 8, la Cour concède que « les arrêts rendus à ce jour [...] portent sur la reconnaissance légale de l'identité sexuelle de personnes transsexuelles ayant subi une opération de réassignation »(8), tout en reconnaissant cette fois, que le droit à l'autonomie personnelle et la protection de l'intégrité physique ne sauraient être exclusifs des personnes « transgenres » n'ayant subi d'opérations de réassignation(9). Le glissement d'une considération de la seule apparence sexuée par possession d'état, à la dimension « genrée » du corps, relevant du ressenti de l'intime, marque ainsi un premier pas vers le transgendérisme, comme l'a relevé le juge Ranzoni(10). La Cour a donc été invitée à statuer sur l'applicabilité des conditions prétoriennes de « conformité sexuée » posées par les arrêts du 11 décembre 1992(11) : à savoir l'irréversibilité du traitement, l'existence d'un syndrome de transsexualité, et l'atteinte ressentie par l'expertise judiciaire. A cet égard, plusieurs associations et organisations trans' conviées en tant que tierces intervenantes ont précisément dénoncé les souffrances générées par l'injonction judiciaire ayant placé les requérants face à un choix impossible entre le « droit à la reconnaissance de l'identité de genre et le droit au respect de l'intégrité physique »(12).

Ne manquant pas de faire état de l'ensemble des textes et recommandations, pour partie issus du Conseil de l'Europe, la condamnation au visa de l'article 8 de l'exigence d'un traitement irréversible n'est guère surprenante, à plus forte raison depuis son scepticisme annoncé dans l'arrêt *Y. Y c/ Turquie* rendu deux années plus tôt, et dans lequel la Cour s'interrogeait déjà sur la pertinence de l'exigibilité du critère de stérilisation non

(2) V. CEDH *Botella c/ France*, 25 mars 1992, requête n° 13343/87 : § 55 : rien n'aurait empêché, après jugement, d'introduire dans l'acte de naissance de Mlle B., sous une forme ou une autre, une mention destinée sinon à corriger, à proprement parler, une véritable erreur initiale, du moins à refléter la situation présente de l'intéressée ».

(3) CEDH, *A.P., Garçon et Nicot c/ France*, 6 avril 2017, requêtes n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

(4) Civ 1^{re} 7 juin 2012, 2 arrêts, pourvois n° 11-22.490 & n° 10-26.947, D. 2012. 1648 ; Civ. 1^{re}, 13 février 2013 pourvois n° 11-14.515 et n° 12.11-949, D. 2013. 1089.

(5) V. Articles 61-5 à 61-8 du Code civil insérés par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°0269, 19 novembre 2016.

(6) CEDH *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, requête n° 28957/95 § 90 ; 19 avril 2002, *Dame Pretty c/ Royaume-Uni*, sec. 4, requête n° 2346/02, § 61.

(7) CEDH *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 77.

(8) V. § 94 de l'arrêt commenté : « (*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A n° 106 ; *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, série A n° 184 ; *B. c. France*, précité ; *Christine Goodwin*, précité ; *I. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25680/94, 11 juillet 2002 ; *Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03, CEDH 2006-VII ; *Hämäläinen c. Finlande* [GC], n° 37359/09, CEDH 2014) ».

(9) § 94 de l'arrêt commenté.

(10) V. Opinion dissidente du juge Ranzoni de l'arrêt commenté, § 19.

(11) Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, deux arrêts, n° 92-12.373 et 91-11.900.

(12) § 112.



pas cette fois pour modifier son sexe à l'état civil, mais pour accéder à un traitement médical(13).

D'aucuns pourraient alors retenir de cette présente décision, l'illustration de la « loi du libéralisme maximum » marquée par une surévaluation de la volonté individuelle(14). D'autres peuvent en déplorer sa portée en demi-teinte, en raison de la seule condamnation de la contrainte d'un traitement médical sur le corps(15). N'est-il pas pourtant question d'une stricte application de la protection d'un droit fondamental opéré par la Cour de Strasbourg ? La Cour européenne des droits de l'homme n'a en effet condamné que l'atteinte à l'intégrité physique, en excluant du champ d'application de l'article 8, sa dimension « hyper subjective »(16). Au surplus, le choix d'apprécier l'application du droit au respect de la vie privée de la procédure française sous l'angle des « obligations positives » n'est-il pas anodin. La Cour va donc adhérer à une protection modérée en condamnant la seule contrainte judiciaire portant atteinte à l'intégrité physique (I). Se refusant à statuer sur la simple base d'une interprétation évolutive du droit au respect de la vie privée, la Cour évite l'écueil du jugement rendu par « opportunité » pour s'en tenir à une position bien ancrée sur le respect du consentement (II). En outre, le droit à l'autodétermination n'apparaît guère dénaturé par une surinterprétation de ce qui relève de « l'atteinte » aux personnes trans' (III).

I. LA LEVÉE DE LA CONTRAINTE PORTANT ATTEINTE À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE

Devant la Cour de Strasbourg, le gouvernement a soutenu la nuance entre l'irréversibilité et la stérilité, arguant que l'irréversibilité n'était que la conséquence de l'exigence d'un traitement médical pour obtenir la

modification de la mention du sexe à l'état civil(17). L'irréversibilité de l'apparence n'est qu'une fiction qui ne trouve guère fondement médicale, et n'est appréhendée que comme doublon du critère de stérilité(18). Pour autant, ne faut-il pas distinguer l'exigence d'une opération déterminée et contrainte pour le requérant, d'une exigence abstraite et générale sur le suivi d'un traitement attestant d'une apparence ? La circulaire de 2010(19) avait permis d'assouplir la finalité attendue d'un traitement médical en substituant l'exigence d'une opération de réassignation sexuée, à celle d'un état irréversible attendu par le seul traitement endocrinien. Quoique l'on distingue ces deux exigences par seuil de gravité, les deux étaient sujettes à une véritable aporie juridique. La nécessité d'un consentement libre et éclairé des requérants aux interventions médicales, est garantie, en sus des dispositions de droit interne(20), par l'article 5 de la Convention d'Oviedo, et s'oppose aussi aux recommandations de l'association d'étude internationale World Professional Association for Transgender Health ainsi que l'ont rappelé les intervenants Amnesty International, ILGA Europe et Transgender. L'existence d'un consensus, ou d'une tendance européenne, apparaît donc sur ce point, sans équivoque, et ce, en dépit d'une réticence (ou d'un retard) législatif d'un certain nombre d'États membres du Conseil de l'Europe.

Enfin, la Cour ne pouvant se résoudre à écarter la recevabilité d'un tel grief au regard de l'article 3 tel qu'invoqué par le troisième requérant, les juges strasbourgeois n'en ont pas moins sagement écarté la difficulté en limitant leur raisonnement au seul prisme de l'article 8. En écartant l'examen au fond de l'appréciation d'une violation de l'existence de traitements inhumains ou dégradants, la Cour prend-elle le soin d'éviter une périlleuse appréciation in abstracto du droit à l'intégrité physique, pour ne s'en limiter qu'à la téléologie induite par l'exigence de stérilité. Ainsi la Cour rappelle que « la stérilisation porte sur l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains, qu'elle a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la

(13) CEDH 10 mars 2015, *Y.Y.C/Turquie*, requête n° 14793/08, § 116 : « La Cour ne s'explique pas pourquoi l'incapacité de procréer d'une personne souhaitant se soumettre à une opération de changement de sexe devrait être établie avant même que ne soit engagé le processus physique de changement de sexe. »

(14) Cf., la critique générale faite par le Professeur Fulchiron sur « l'effet de levier créé par la dynamique des normes » (v. FULCHIRON. H., « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et « dynamique des normes », RTD civ. 2017, p. 271).

(15) V. VAUTHIER. J-P, VIALLA. F, D. 2017, p. 1027 ; MORON-PUECH, B., « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », in *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, URL : <http://revdh.revues.org/3049>

(16) HURPHY. H., « L'identité et le corps » in *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 8 2015, n° 18, mis en ligne le 18 novembre 2015, URL: <http://revdh.revues.org/1601>.

(17) V. CEDH 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c/ France* requêtes n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, § 104.

(18) FORTIER. C., BRUNET. L., « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité » in GALLUS. N (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Coll. Anthémis, éd. LGDJ, 2012, p. 85 : « l'hormonothérapie, pourtant qualifiée de « définitive » [...] ne l'est pas, puisqu'il s'agit d'un traitement à vie, et il suffit que les personnes arrêtent leur traitement pour que leurs caractéristiques physiques d'origine refassent surface ».

(19) Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.

(20) V. Articles 16-3 et L1111-4 alinéa 4 du Code de la santé publique.

vie émotionnelle, spirituelle et familiale »(21), pour condamner l'absence d'autonomie personnelle dans le droit à l'autodétermination de son identité du fait que le droit positif français « assujettissait la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération stérilisante ou d'un traitement qui, par sa nature et son intensité, entraînait une très forte probabilité de stérilité »(22).

La Cour a donc cette fois, après moult hésitations(23), condamné la contrainte judiciaire d'un traitement médical(24). L'on peut alors tout à fait estimer que le consentement donné a été vicié au sens de l'article 1140 du Code civil(25), dès lors qu'il a été donné pour un motif que le demandeur trans considère plus important que le fait de s'être plié à un traitement obligatoire, à savoir vivre dans son sexe ressenti.

Dans l'arrêt *Y. Y/ C/ Turquie*, les juges estimaient déjà que le consentement dissimulé par un accord de principe pour obtenir le droit d'accès à la chirurgie de réaffectation sexuelle, était contraire au « droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels »(26). Dans notre présent arrêt, plus que sur l'appréciation du droit à l'intégrité physique, dont la Cour prend soin de systématiquement s'écarter, celle-ci dénonce l'existence de ce dilemme insoluble : « soit subir malgré elles une opération ou un traitement stérilisants ou produisant très probablement un effet de cette nature, et renoncer au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique, qui relève notamment du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention ; soit renoncer à la reconnaissance de leur identité sexuelle et donc au plein exercice de ce même droit. Elle voit là une rupture du juste équilibre que les États parties sont tenus de maintenir entre l'intérêt général et les intérêts des personnes concernées ». Par un contrôle de proportionnalité des intérêts en présence, la Cour

conclut donc que la France a manqué à son obligation positive de garantir le droit des requérants au respect de leur vie privée, le principe d'indisponibilité de l'état civil en tant que garant de la cohérence des rapports de droits ne saurait justifier la privation de l'exercice d'un droit fondamental. Tel fut le raisonnement dénoncé dans l'arrêt *Soares de Melo c/Portugal*, à propos du maintien de droits parentaux : « [...] la Cour tient à souligner comme question de principe, que le recours à une opération de stérilisation ne peut jamais constituer une condition au maintien des droits parentaux »(27).

De telles conclusions devraient ainsi intéresser la population intersexuée, bien souvent victime d'opérations « forcées », en partie pour motif que la reconnaissance judiciaire d'une identité neutre fait encore défaut en droit français. Cet arrêt n'annoncerait-il donc pas un droit « plénier » à l'autodétermination sexuelle ? La Cour de Strasbourg, qui sera saisie sur cette question du sexe neutre prochainement, suite à l'incompétence déclarée de la Cour de Cassation(28), devra trancher sur un autre dilemme : la renonciation à son intégrité corporelle, ou le choix de l'exclusion induite par le bisexisme en vigueur. En l'occurrence, plus que la condamnation de la stérilisation obligatoire, cette décision démontre que la Cour s'évertue à attacher une véritable primauté au consentement, comme une permanence du droit au respect de la vie privée dans la caractérisation de l'atteinte.

II. LA PERMANENCE DU CONSENTEMENT DANS LA CARACTÉRISATION DE L'ATTEINTE

Comme il fallait s'y attendre, la Cour n'a apprécié la violation de l'atteinte à l'intégrité du corps, qu'en méconnaissance du droit à consentir librement. Selon Mme. Girer, « *le droit de consentir ou non à un acte médical est la traduction juridique du droit à l'intégrité corporelle et de la dignité de la personne humaine* »(29). Il faut donc comprendre que le consentement est la condition sine qua non pour évaluer la gravité de l'acte, de sorte qu'il y aurait atteinte ou non au corps

(21) § 128 de l'arrêt commenté.

(22) § 120 de l'arrêt commenté.

(23) V. CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y c/ Turquie*, requête n° 14793/08.

(24) § 128 de l'arrêt commenté.

(25) « *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* » ; L'atteinte à la vie privée peut être ainsi qualifiée de mal considérable justifiant un changement d'état non consenti librement. La philosophe britannique Clare Chambers a toutefois critiqué cette focalisation sur le consentement. L'appréciation du consentement ne relève que du choix, et non la manière dont les normes sociales forment les préférences (V. CHAMBERS. C., *Sex, culture and justice: the limits of choice*; Penn State University Press, 2008, p. 29).

(26) V. § 58 : « *Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC]*, n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 69, CEDH 2003-VII, et *Schlumpf*, précité, § 101). »

(27) V. CEDH *Soares de Melo c/ Portugal*, 16 février 2016, requête n° 72850/14, § 111.

(28) Civ 1^{re}, 4 mai 2017, n° 531, 16-17.189, D. 2017. 981, obs. HOUSIER. J., AJ fam. 2017, p. 354. FONTANA. J., Rev. Droit et Santé 2017, n° 78, p. 563. LE MAIGAT, Gaz. Pal. 2017, n° 19, p. 20 ; GOBERT. M., JCP G 2017. Doctr. 716. MORON-PUECH. B., D. 2017. 1404 ; VAUTHIER. J-P, VIALLA. F., D. 2017, p. 1399 ; BINET. J-R., Dr. Famille août 2017, étude 9. HAUSER. J., RTD civ. 2017, p. 607.

(29) V. GIRER. M., « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? » in Association française de la santé, LAUDE. A. (dir.), *Consentement et Santé*, Dalloz, 2014, p. 69.



humain. En l'absence de consentement, ce n'est non plus l'ingérence proportionnée causant une atteinte au corps qui est mise en cause, mais la perte de l'autonomie de la volonté du sujet, en l'occurrence par l'absence de contrôle sur l'acte commis sur son propre corps. Si la doctrine s'évertue à considérer que l'absence de consentement à un acte emportant des conséquences « négatives » sur le corps, constituerait la violation de l'intégrité du corps, peut-on tout de même distinguer l'absence de conséquences voulues par l'intéressé, et le principe du respect d'intégrité du corps humain tel que protégé par la Cour de Strasbourg.

Ainsi, le consentement aux actes sexuels à risques est rendu licite, au nom du principe d'autonomie personnelle, entendu comme le droit d'opérer des choix sur son propre corps⁽³⁰⁾, dans le « *respect de la volonté de la « victime » de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit être aussi garanti* »⁽³¹⁾. Toutefois, comme l'estime M. Rémi Pellet, la protection de la santé ne peut être un motif suffisant, au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que les lésions corporelles sont de nature « réversibles ». L'absence d'atteinte « véritable » à la santé des « victimes » justifie que la Cour s'en refuse à invoquer la protection de la santé « *comme motif d'ingérence dans la vie privée d'adultes consentants* »⁽³²⁾. Il y aurait donc un seuil d'élévation à la tolérance pas tant dans l'atteinte imputable, que dans le consentement à l'altération de l'intégrité du corps. Et cette réalité est d'autant plus vraie que tel fut le raisonnement adopté par la Cour dans l'arrêt *Boso c/ Italie*⁽³³⁾, dans lequel, la Cour a considéré que la liberté d'avorter de la femme enceinte dont la santé, largement entendue, est en jeu, prévaut sur la naissance de l'enfant ». M. Levinet voit ainsi dans le droit à l'autonomie personnelle, une « absolue primauté du consentement, rattachée à la dignité de la personne humaine, (qui) fait obstacle à l'exercice attendu du contrôle de proportionnalité afin d'établir la légitimité de (ce droit) »⁽³⁴⁾.

(30) V. CEDH *K.A. c/ France* 17 février 2005, requêtes n° 42758/98 et 45558/99.

(31) LEVINET. M., « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2 (n° 86), n° 13.

(32) PELLET. R., « La protection de la santé et le consentement aux risques sexuels » in *Consentement et Santé*, op. cit., p. 269.

(33) Arrêt *Boso c/Italie*, 5 septembre 2002, requête n° 50490/99.

(34) FABRE-MAGNAN M., LEVINET M., MARGUÉNAUD J-P. et al., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008/2 (n° 48), n° 98.

Peut-on alors y déceler une analyse a contrario dans l'arrêt commenté, à propos de l'exigence du psycho-diagnostic. La Cour affirme que « même si un aspect important de l'identité des personnes transgenres est en cause dès lors qu'il s'agit de la reconnaissance de leur identité sexuelle [...], les États parties conservent une large marge d'appréciation quant à la décision d'y poser une telle condition »⁽³⁵⁾. Tout en ayant précisé qu'il « n'apparaît pas qu'il y ait sur ce point des prises de position d'acteurs européens et internationaux de promotion et de défense des droits fondamentaux aussi tranchées que sur la condition de stérilité »⁽³⁶⁾, il faut alors comprendre que la permanence du consentement n'est guère observée, au même titre que pour la condition d'irréversibilité, dès lors que précisément, il n'y a guère consensus sur l'atteinte à l'intégrité du corps, dans sa substance.

III. LE RELATIVISME DE L'ATTEINTE CAUSÉE AUX PERSONNES TRANS'

Le contrôle des griefs sous le trait des obligations positives n'est qu'un choix d'opportunité afin de souscrire au principe de proportionnalité entre les intérêts en présence, sans que la Cour ne se donne la peine d'exercer un réel contrôle sur l'existence d'une ingérence à la jouissance du droit fondamental en cause. C'est donc sans surprise que sur la condition de réalité du syndrome transsexuel, la Cour s'en est tenue à une large appréciation de la France, puisque « la très grande majorité des quarante États parties »⁽³⁷⁾ s'appuient sur l'utilité du diagnostic différentiel comme méthode d'évaluation pour détecter le syndrome de dysphorie de genre, tel que répertorié par la Classification Internationale des Maladies. Cela ne revient pourtant-il pas à limiter l'expression de genre ? Tel était ainsi l'argument soutenu par deux requérants⁽³⁸⁾, au surplus de la persistance à la psychiatrisation du syndrome, tant dénoncée par une partie de la population trans⁽³⁹⁾. Pour autant, dans la pesée des intérêts, la Cour relève que, conformément au respect du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, « cette exigence vise à préserver les intérêts des personnes concernées en ce qu'en tout cas, elle tend à faire en sorte qu'elles ne s'engagent pas erronément dans

(35) § 140 de l'arrêt commenté.

(36) § 139.

(37) *Ibid.*

(38) § 157.

(39) § 136.

un processus de changement légal de leur identité »(40). Cette appréciation somme toute lapidaire implique tout de même de distinguer le parcours juridique du parcours médical transidentitaire. Si le protocole appliqué par les équipes médicales françaises inflige un long parcours de soins, comprenant l'expérience en vie réelle d'une durée estimée de six mois à deux ans, il n'y en a pas moins une franche distanciation de la Cour, avec les législations prévoyant une démedicalisation de la preuve médicale au changement d'état. Et pour cause, une procédure dépourvue de preuve médicale obligatoire ne créerait-elle pas une confusion prégnante entre la rectification d'état pour erreur de sexe, et la possession « acquisitive » d'un état sexué, impliquant l'existence d'un « délai » prévoyant l'immersion du requérant dans le genre opposé ? Nul doute qu'en admettant recevable l'argument de la sûreté du principe de l'indisponibilité de l'état civil à la condition d'un psychodiagnostic, la démedicalisation de la procédure n'entre guère dans le champ des obligations « positives » des États membres. L'argument a été réitéré par le premier requérant, s'agissant de l'obligation de subir un examen médical, bien souvent perçu comme une mesure d'instruction vexatoire et humiliante. Si l'opportunité même de remettre en doute des preuves médicales au moyen de l'expertise peut être perçue comme un affront, à la fois à l'égard d'un corps médical complaisant, ou d'un requérant peu sérieux, la Cour n'a souhaité entrer dans de pareilles considérations dans la pesée des intérêts en présence. Le pragmatisme a donc été de mise, à plus forte raison lorsque le requérant « opposait un refus de principe à l'expertise médicale [...], le juge interne, qui, aux termes de l'article 11 du code de procédure civile, pouvait tirer toutes les conséquences de ce refus, a maintenu un juste équilibre entre les intérêts concurrents en présence »(41), tout en ajoutant que « que, même si l'expertise médicale ordonnée impliquait un examen de l'intimité génital du premier requérant, l'ampleur de l'ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée qui en aurait résulté mérite d'être significativement relativisée »(42). L'existence d'une ingérence est somme toute évoquée au conditionnel par la Cour en réponse à l'argument soutenu par le premier requérant. Il serait cependant hâtif d'y voir une volonté de la Cour de minimiser la souffrance ressentie dans sa dimension subjective, celle-ci refusant simplement de statuer sur l'existence d'une atteinte à l'intégrité du

corps humain(43). A cet effet, l'analogie consistant à justifier l'atteinte à l'intégrité du corps transidentitaire effectué par la mesure d'expertise de la même manière que l'état de nécessité de santé publique pour les cas de vaccination nous semble infondée(44). En insistant sur le caractère relatif d'une éventuelle ingérence, la Cour n'y accorde qu'une importance proportionnelle à la gravité de l'atteinte. La jurisprudence interne nous enseigne par exemple, que les offenses bénignes ne peuvent être réprimées(45).

Dans sa thèse, Mme. Lazarus avait alors proposé une méthodologie afin de distinguer l'existence d'une atteinte « légitime » de celle illégitime à l'identité de la personne. Pour que l'atteinte soit légitime, celle-ci devrait être proportionnée à la finalité poursuivie. Une proportionnalité articulée autour de l'exigence d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens strict. Une fois la balance effectuée entre les effets positifs et les retombées négatives, l'auteur propose d'apprécier la gravité de l'atteinte portée à l'identité de l'individu in concreto en recourant à la méthodologie suivante : l'objet de l'atteinte (physique ou morale élément ou partie du corps vivant ou défunt, éventuellement concerné, son caractère vital ou non renouvelable ou non, la facette de l'identité concernée, la prérogative de l'identité en cause), son étendue, sa nature (atteinte directe ou indirecte, par action ou par omission renouvelée ou ponctuelle), sa durée (atteinte temporaire ou définitive), ses conséquences (immédiate à court ou à long terme, certaines ou potentielles, supportées ou encourues par celui qui subit l'atteinte, les conséquences supportées par les tiers...), et la personnalité de celui qui la subit(46). En vertu de ces critères, l'exigence d'un diagnostic différentiel et le recours à l'expertise constituent-ils des atteintes illégitimes ? La question mérite d'être posée, tout en sachant que l'auteur avait elle-même dénoncé l'existence de considérations purement politiques dans la considération d'un critère plutôt qu'un autre.

M. Moron-Puech dénonce pour sa part, la différence d'intensité entre le contrôle d'une obligation positive et le contrôle d'une obligation négative à la charge des États membres. En privilégiant la seconde approche,

(40) § 141.

(41) § 153.

(42) § 152.

(43) § 139 : « Elle (la Cour) relève de plus que, contrairement à la condition de stérilité, l'obligation d'un psychodiagnostic préalable ne met pas directement en cause l'intégrité physique des individus ».

(44) V. MAY-FERRIE. S., « Le principe d'inviolabilité du corps humain est-il vraiment inviolable ? », Dr. Famille août 2017, étude 10, p. 12.

(45) V. TGI Paris, 6 novembre 1973, *Gaz. Pal.*, 1974, I, 299 : à propos d'une circoncision médicalisée, aux circonstances « relativement bénignes ».

(46) V. LAZARUS. C., *Les actes juridiques extrapatrimoniaux*, PUAM, 2009, p. 195.



il aurait été question de savoir si, « en ordonnant une expertise médicale, nullement destinée à protéger l'intégrité physique, l'État n'a pas manqué à son obligation négative de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui »⁽⁴⁷⁾ Cette interprétation est tout de même critiquable, dans le sens où l'exigence d'un traitement obligatoire ne peut être assimilée à l'atteinte provenant d'une latitude probatoire donnée aux juges, d'examiner, sous réserve de l'absence d'arbitraire, l'état physique d'un requérant, sauf à interpréter in extenso la protection ou l'atteinte à l'intégrité corporelle⁽⁴⁸⁾ Diminuer la marge d'appréciation des États sur ce point peut conduire à restreindre le droit « à la preuve », lui-même garanti par l'article 6 de la Convention.

Enfin, comme l'a redouté le juge Ranzoni dans son opinion dissidente, les craintes des dérives de « l'auto-institution »⁽⁴⁹⁾ se justifieraient par l'absence du tradi-

tionnel blanc seing opéré par l'existence d'un consensus européen, donnant aux juges la latitude de restreindre la marge d'appréciation de l'État sur le grief invoqué⁽⁵⁰⁾. Cet argument ne semble guère pertinent pour deux raisons : d'une part, le choix de la Cour de se positionner sur le terrain des obligations positives limite en réalité l'étendue du contrôle de l'autonomie personnelle sur son propre corps, d'autre part, certains auteurs n'ont pas manqué de démontrer que la convergence de vues, par l'appréciation de l'existence ou non d'un consensus, n'est que supplétive dans le raisonnement juridique des arrêts de la Cour de Strasbourg⁽⁵¹⁾. Il convient donc de s'en tenir à la stricte analyse de la violation d'un droit protégé par la Convention, ainsi qu'il en est question dans cette affaire. ■

(47) V. MORON-PUECH, B., « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », n° 17 in *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 03 mai 2017, URL : <http://revdh.revues.org/3049>.

(48) La doctrine l'ayant conditionnée à l'existence d'une lésion corporelle (sur ce point, v. VERON. P., *La décision médicale. Contribution à l'étude de la décision dans les rapports de droit privé*, thèse droit privé, Montpellier, 2015, n° 463).

(49) Sur cette notion, v. HURPHY. H., « L'identité et le corps », *op. cit.*

(50) V. Opinion dissidente du juge Ranzoni de l'arrêt commenté, § 19 et 20.

(51) V. SUDRE. F., « La mystification du « consensus » européen », JCP G 2015, doct. 1369. Ainsi en était-il déjà le cas dans l'affaire *Goodwin c/Royaume-Uni* où la Cour ne s'était pas cachée d'attacher « moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés » (§ 85).