

NE_GERICHTE CACIV.2017.81 vom 13. Dezember 2017

NE Tribunal cantonal, 2017-12-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CACIV.2017.81

FR: NE_GERICHTE CACIV.2017.81 du 13 décembre 2017

IT: NE_GERICHTE CACIV.2017.81 del 13 dicembre 2017

Erwägungen

E. 4

La question centrale dans la présente affaire est celle de savoir si les démarches entreprises par X. _____ sont suffisamment avancées pour que soient acceptés l'enregistrement à l'état civil de son changement de sexe et le changement de nom sollicité. Un examen de la jurisprudence s'impose. a) La première juge cite avec raison l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 3 mars 1993 (publié au recueil officiel sous la référence ATF 119 II 264 , et traduit au JT 1996 I 336). La juridiction fédérale avait alors retenu que l'inscription du changement de sexe au registre de l'état civil supposait que la personne concernée ait fait constater le nouveau sexe par le juge, par la voie d'une action d'état civil, soit par la voie judiciaire. Cet arrêt précisait, pour privilégier la procédure judiciaire formelle : « [...] les inscriptions dans les registres ont une force probante accrue, conformément à l'article 9 CC (présomption d'exactitude des faits que les registres constatent [art. 28 CC]). C'est pourquoi un changement d'état civil à la suite d'un changement de sexe ne saurait dépendre du sentiment personnel du transsexuel concerné, car si tel était le cas, ce seraient justement les conditions essentielles du mariage traditionnel auxquelles l'art. 12 CEDH par exemple se réfère aussi, qui pourraient être éludées. La sécurité du droit exige des rapports clairs et sans équivoque, ce qui ne saurait être garanti que lors d'un changement de sexe irréversible » (cons. 6.c). Cet arrêt de 1993 ne se penchait pas sur la question de savoir ce qu'il fallait entendre par « irréversible » dans ce contexte. A la connaissance de la Cour de céans, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de préciser cette notion depuis lors. Dans un arrêt récent, il a en revanche jugé conforme au droit le refus de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève de retranscrire dans les registres de l'Etat civil suisse le changement de sexe découlant d'un décret consulaire espagnol, faute pour la décision à retranscrire de revêtir une forme juridictionnelle reconnue, puisque la Suisse n'accepte pas que les représentants diplomatiques ou consulaires étrangers exercent, en Suisse, des fonctions d'état civil ou des actes juridictionnels réservés aux tribunaux civils ordinaires, comme c'est le cas pour le changement de sexe. Le Tribunal fédéral précisait toutefois que le refus de retranscription « ne préjuge[ait] par ailleurs pas du droit de la requérante, qui est née et domiciliée en Suisse, pays dont elle est en outre ressortissante, d'obtenir la modification de son identité sexuelle par le biais d'une action judiciaire ouverte devant les tribunaux genevois, procédure dont l'autorité cantonale a exposé qu'elle était simple et rapide [...] et ne dépendait même plus d'une intervention chirurgicale » (arrêt du TF du 17.05.2017, 5A_390/2016 , cons.5 in fine). On déduit de cette dernière précision apportée sans réserves par le Tribunal fédéral que l'inscription d'un changement de sexe à l'état civil ne suppose pas que la personne concernée ait subi une intervention chirurgicale (voir encore ci-dessous pour la récente jurisprudence de la Cour EDH) ; cela étant, le critère du caractère irréversible n'est pas abandonné et s'il n'a pas donné lieu à une jurisprudence fédérale, il a été examiné par des juridictions d'autres cantons, dont la Cour de céans peut s'inspirer.

Ainsi, dans un jugement du 25 juillet 2016, le juge (unique) du Tribunal de district de Zurich (Bezirksgericht Zürich, 25.07.2016, EP160012-L/U) a tenté de mieux cerner les critères dont on peut déduire le caractère irréversible du changement de sexe, après avoir résumé les décisions cantonales disponibles. En substance, ce juge a retenu que selon la jurisprudence (cantonale) zurichoise, il fallait que les caractéristiques visibles et perceptibles pour l'extérieur correspondent au sexe sous lequel l'intéressé voulait se faire inscrire (« wahrnehmbare Erscheinungsweise dem Wunschgeschlecht entsprechen ») et que l'individu en cause ne puisse plus procréer comme son sexe d'origine (« die Fortpflanzungsfähigkeit im ursprünglichen Geschlecht ausgeschlossen ist »). Cela signifie concrètement qu'une femme qui souhaite se faire inscrire comme homme ne doit plus pouvoir porter d'enfant. Ce résultat ne peut pas seulement être atteint par des opérations chirurgicales, mais aussi par des traitements hormonaux (cons. 3.1). Restait ouverte, la question de savoir si l'absence de possibilité de procréer devait être irréversible ou s'il suffisait que l'infertilité soit atteinte et que le traitement hormonal qui y a conduit soit poursuivi « selon toute vraisemblance » (« aller Wahrscheinlichkeit »). D'autres cantons (par exemple le canton de Berne – décision du Tribunal régional Bern-Mittelland du 12.09.2012, CIV 12 1217JAC – et celui de Bâle-Ville – décision publiée à la FamPra.ch 2015 p. 671 ss) n'exigent en revanche pas l'infertilité dans le sexe abandonné pour admettre le changement de sexe. Est alors considéré comme primordial que le sexe désiré soit vécu comme tel, de manière convaincante, et que l'intéressé soit reconnu comme appartenant à ce sexe. Par ailleurs, l'idée d'être « arrivé » dans le sexe nouvellement souhaité suppose que la volonté d'en faire partie soit ferme (« verfestigt ») et que la phase d'identification sexuelle soit terminée – au plan psychologique et social -, ce qui implique qu'il soit alors « plutôt invraisemblable » (« eher unwahrscheinlich ») qu'une demande en sens inverse soit ultérieurement déposée. Concrètement, l'appartenance sociale au sexe désiré va se manifester, au quotidien, par des signes extérieurs tels que l'habillement, la manière de se conduire et l'apparence, sans toutefois que cela signifie que la personne concernée doive correspondre aux stéréotypes de ce sexe. L'examen prima facie du sexe auquel on la rattacherait suffit et il n'est pas indispensable que tous les signes du sexe d'origine aient complètement disparu (cons. 3.2. à 4.3). On peut retenir de cette jurisprudence qu'une évolution vers un assouplissement des exigences en matière de reconnaissance, à l'état civil, d'un changement de sexe se dessine clairement. Cela étant, la question doit toujours être examinée de savoir si les changements intervenus permettent de retenir que la personne se rattache désormais à l'autre sexe et si ce rattachement peut être considéré comme irréversible. En matière de fertilité résiduelle, la position s'est également assouplie, en ce sens que la prévalence des obstacles biologiques sur les aspects sociaux et psychologiques n'est plus défendue (Bezirksgericht Zürich précité, cons. 5.1). Finalement, il n'a jamais été question de n'accepter la modification du sexe que moyennant toutes les opérations chirurgicales permettant, par ablation puis reconstruction, de correspondre entièrement au sexe recherché. De telles exigences heurteraient à l'évidence les garanties fondamentales de la personne concernée. A cet égard du reste, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment condamné la France, dans un arrêt du 6 avril 2017, au motif que la législation de cet Etat obligeait les candidats au changement de sexe à « établi[r] le caractère irréversible de la transformation de leur apparence, c'est-à-dire démontr[er] avoir subi une opération stérilisante ou un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité » et que de ce fait, la garantie du respect de la vie privée, protégée par l'article 8 CEDH, était violée (arrêt CEDH du 06.04.2017, sur les requêtes 79885/12, 52471/13 et 52596/13). La Cour

EDH a en particulier retenu (ch.127, 130 à 132 de l'arrêt) : « 127. [...] de tels traitements et opérations médicaux touchent à l'intégrité physique de la personne, laquelle est protégée par l'article 3 de la Convention (que les deuxième et troisième requérants n'invoquent toutefois pas) ainsi que par l'article 8 de la Convention. [...] 130. Or un traitement médical n'est pas véritablement consenti lorsque le fait pour l'intéressé de ne pas s'y plier a pour conséquence de le priver du plein exercice de son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel qui, comme rappelé précédemment, est un aspect fondamental de son droit au respect de sa vie privée [...]. 131. Conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants – ou qui produit très probablement un effet de cette nature – qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantit non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention. 132. La Cour admet pleinement que la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, l'exigence de sécurité juridique, relèvent de l'intérêt général. Elle constate cependant qu'au nom de l'intérêt général ainsi compris, le droit positif français, tel qu'établi à l'époque des faits des présentes affaires, mettait les personnes transgenres ne souhaitant pas suivre un traitement de réassignation sexuel intégral devant un 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. ». c) En l'espèce, la première juge a rejeté la requête au motif que le stade irréversible du changement de sexe n'était pas encore atteint. L'appel remet en cause ce résultat. Le Cour d'appel est frappée par le caractère succinct du dossier constitué en première instance et, dans le souci de garantir le double degré de juridiction, il appartiendra à la première juge de le compléter, l'examen exhaustif de la situation n'étant pas possible en l'état. A ce stade en effet, on ne peut dire, comme l'a fait la première juge, que le changement de sexe n'est pas irréversible, pas plus qu'il n'est possible d'admettre le contraire. S'il ressort bien des différents avis médicaux produits que, depuis sa petite enfance, X. _____ a montré une préférence pour les activités et jouets connotés « garçons » et a insisté pour s'habiller comme tel dès l'âge de 5 ans, ce que son entourage a accepté, et que les troubles de l'identité sexuelle ont été présents dès le début du suivi pédopsychiatrique puis psychiatrique entrepris, on ignore pour ainsi dire tout de ce traitement et on ne trouve pas de rapport établi par un spécialiste FMH reconnu qui attesterait d'un diagnostic de transsexualisme (répertorié sous F64.0 de la CIM-10) ou d'une dysphonie de genres. Or un tel diagnostic permet d'affirmer un ancrage profond de la volonté de changer de sexe et d'exclure avec une plus grande certitude que la personne intéressée ne sera pas tentée, soit d'interrompre son traitement, soit de se soumettre à un traitement inverse et, partant, d'assurer sous cet angle le caractère irréversible du changement de sexe. La première juge est dès lors invitée à clarifier le diagnostic posé par le Dr C. _____, au besoin en faisant appel à un expert tiers si elle le juge nécessaire. Il conviendra également de préciser l'anamnèse médicale, non pas seulement depuis que le traitement a été initié, mais également auparavant, de manière à

mieux cerner l'expérience de vie, dans le sexe d'origine et avec les pathologies dont le diagnostic aura été confirmé, de manière à s'assurer que c'est bien une pathologie répertoriée comme liée au transsexualisme qui justifie la démarche – sans exclure la présence d'autres pathologies concomitantes. A cette fin, il sera sans doute opportun d'autoriser le Dr. C._____ ou le praticien que la première juge désignera à solliciter les informations nécessaires auprès d'autres praticiens ayant suivi X._____. Cette clarification s'impose d'autant plus que la Cour est interpellée par le refus communiqué le 9 février 2017 par la caisse d'assurance-maladie F._____ au Dr C._____ en lien avec l'intervention mammaire envisagée, refus qui se comprendrait difficilement en présence d'une pathologie psychiatrique dûment diagnostiquée, étant souligné que ce refus semble se fonder, là encore, sur des lacunes dans les informations fournies. En outre, l'ancrage ferme de la volonté de vivre désormais et de manière définitive comme un homme peut – en plus de ce diagnostic - être conforté par l'audition de personnes de l'entourage de X._____, telles sa mère ou l'amie avec laquelle elle vit. S'agissant des transformations physiques, s'il est bien entendu que les limitations imposées par l'arrêt de la Cour EDH susmentionné doivent être respectées (ce qui exclut, au contraire de ce que retenait la première juge, d'attendre et d'exiger la deuxième opération envisagée), il convient de s'assurer que les démarches entreprises ont conduit à une situation suffisamment aboutie. Certes, le dossier le laisse penser mais sans toutefois être suffisamment précis, ici non plus. Ainsi, si du point de vue de l'apparence extérieure, X._____ parle avec une tonalité « assez grave » selon le Dr C._____, qui précise que « si on ne sait pas qu'elle est transgenre, on la prend systématiquement pour un homme », le dossier ne renseigne pas de manière indubitable sur la mastectomie que X._____ dit avoir subie au printemps 2017, l'attestation sollicitée n'étant pas parvenue à la Cour à ce jour (elle pourra être prise en compte par la première juge dans le cadre du renvoi). Par ailleurs, il ressort des réponses – laconiques – apportées au questionnaire par le Dr C._____ le 8 août 2017 que : (1) Le traitement à la Cérazette introduit le 26 juin 2013, soit il y a près de 4 ans et demi, a fait disparaître les règles de X._____ depuis plusieurs années, amenant un soulagement chez une personne qui ne supportait plus cette marque – intime et régulière – de féminité. Certes, X._____ avait déjà pris un traitement à la Cérazette en 2012, pour l'interrompre après quelques mois, mais il apparaît que depuis 2013, la compliance à ce traitement est « assidue » et « régulière ». (2) Depuis le mois de juin 2016, des hormones masculinisantes (Andriol) sont prises, entraînant une augmentation de la musculature, de la pilosité et de la libido, ainsi qu'un changement de la voix, devenue plus rauque. A la question : « 8. En cas d'interruption, les effets de ce traitement sont-ils acquis ou non ? », le Dr C._____ a répondu « Oui ». Si ces indications sont insuffisantes pour retenir, comme l'a fait la première juge, que la procédure de réassignation se trouve encore à un stade réversible, elles ne permettent pas non plus de dire avec certitude que les changements sont déjà suffisamment avancés pour que la personne concernée « soit arrivée », pour reprendre la terminologie de la jurisprudence alémanique, dans le sexe souhaité, de manière irréversible, que ce soit en cas d'arrêt de la médication actuelle ou en pouvant exclure avec une probabilité suffisante tout souhait de retour en arrière par un traitement inverse. On ne sait en particulier pas quelles seraient les conséquences précises d'une interruption du traitement, en particulier si les hormones féminines reprendraient alors le dessus, pour gommer – progressivement sans doute – les effets du traitement. En d'autres termes, le Dr. C._____ ou le praticien que la première juge désignera devra être invité à détailler le statu quo qui s'installerait si le traitement était interrompu.

E. 5

Vu le sort de la procédure, les frais d'appel restent à la charge de l'Etat. Des dépens seront alloués pour la procédure d'appel, la conclusion subsidiaire de l'appel étant allouée.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.