

N° 6955¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2016-2017

PROPOSITION DE LOI**relative à la transsexualité et modifiant le Code civil**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

(28.3.2017)

Par dépêche du 10 mars 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État la proposition de loi sous rubrique, déposée par les députées Sylvie Andrich-Duval et Françoise Hetto-Gaasch en date du 23 février 2016 et déclarée recevable par la Chambre des députés en date du 8 mars 2016.

Outre le texte de la proposition de loi, furent transmis un exposé des motifs, un commentaire de l'article unique ainsi qu'une fiche financière.

*

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Dans l'exposé des motifs, les auteurs de la proposition de loi expliquent leur démarche par le souci d'achever „un premier pas vers le respect du droit à l'autodétermination des concernés“ par l'adaptation du sexe et du prénom dans les actes de l'état civil au moyen d'une procédure rapide, transparente et facile d'accès.

Elles déclarent poursuivre un double objectif: préciser les conditions pour le changement du sexe et accessoirement du prénom dans les actes de l'état civil et abolir les interventions physiques et psychologiques forcées, actuellement encore requises en vue d'une telle modification, et donc aller vers une dépathologisation de la problématique.

Elles indiquent que la proposition de loi va dans le sens du droit européen et international en consacrant une véritable reconnaissance juridique à la personne transsexuelle.

Dans le cadre de leur exposé des motifs, les auteurs de la proposition de loi analysent, entre autres, les engagements internationaux que le Grand-Duché de Luxembourg a pris en matière d'égalité des personnes transgenres.

Pour ce qui est du détail des développements des auteurs, il est renvoyé à l'exposé des motifs de la proposition de loi sous avis.

Le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas encore légiféré en la matière.

En l'état actuel du droit luxembourgeois, il appartient aux juges de décider quant au bien-fondé d'une demande en rectification de la mention relative au sexe sur l'acte de naissance.

Les juridictions luxembourgeoises admettent que „[l]orsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence“¹. Pour apprécier si les conditions sont données, les juridictions se penchent sur le caractère irréversible de l'abandon des marques exté-

¹ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (civil), 3 décembre 2014.

rieures du sexe d'origine et tirent la preuve de cette irréversibilité du fait que le demandeur a subi un traitement et une chirurgie de réattribution sexuelle.

Dès lors, et en l'état actuel de la jurisprudence luxembourgeoise, le changement de l'acte de naissance n'est possible que pour les personnes transsexuelles.

La communauté „*transgender*“ est, en effet, composée à la fois de personnes qui sont convaincues que leur genre est en inadéquation avec le sexe qui leur a été assigné à leur naissance et qui désirent modifier leur corps de façon radicale pour accentuer par des chirurgies de réattribution sexuelle le genre ressenti. Ces personnes sont définies comme transsexuelles.

D'un autre côté, il y a les personnes transgenres lesquelles sont convaincues qu'elles ne correspondent pas au sexe leur assigné, qui ne souhaitent pas modifier leur corps ou du moins leur genre, mais entendent seulement adopter le comportement social du genre qui est le leur selon leur sentiment.

Les personnes transgenres ne voulant pas modifier leur corps ne subiront donc pas de traitement ou de chirurgie et ainsi elles n'arriveront pas à prouver le caractère irréversible de l'abandon de leur genre, ce qui rend impossible une rectification de l'inscription de leur sexe dans les actes de l'état civil selon la jurisprudence luxembourgeoise actuelle.

La proposition de loi vise à permettre un changement de l'état civil également à ce dernier groupe de personnes.

Le Conseil d'État tient à relever que la jurisprudence luxembourgeoise s'inspire de la position de la cour de cassation française laquelle exigeait elle aussi la preuve du caractère irréversible du processus du changement de sexe.²

Or, depuis le dépôt de la proposition de loi par les auteurs, le législateur français³ a introduit deux nouveaux articles 61-5 et 61-6 dans le code civil français, lesquels sont de la teneur suivante:

„**Art. 61-5:** Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification.

Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être:

- 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué;
- 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel;
- 3° Qu'elle a obtenu, le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.

Art. 61-6: La demande est présentée devant le tribunal de grande instance.

Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande.

Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande.

Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil.“

Le législateur français a donc opté pour une preuve par possession d'état du sexe revendiqué pour admettre le changement de l'état civil sollicité et le texte de l'article 61-5 du code civil français couvre à la fois les personnes transsexuelles et les personnes transgenres.

La proposition de loi sous avis opte pour un système différent, dont la formulation n'est cependant pas sans poser certains problèmes en droit, sur lesquels le Conseil d'État reviendra à l'analyse de l'article unique.

² Arrêts du 13 février 2013, pourvois n^{os} 11-14515 et 12-11949.

³ Loi n^o 2016-1547 du 18 novembre 2016.

Ainsi, les auteurs proposent qu'un traitement médical, une intervention de réassignation génitale totale ou partielle ou des thérapies hormonales ou un quelconque traitement psychiatrique, psychologique ou médical, ne pourront plus être exigés comme préalables à la demande.

L'intervention médicale n'est pourtant pas exclue, étant donné qu'un médecin doit avoir été consulté, qui devra informer le postulant des conséquences de sa demande, aviser par écrit la demande de rectification et attester la tenue préalable de cette consultation aux fins d'information.

Le demandeur en rectification devra en outre confirmer, par écrit, qu'il est déterminé à faire procéder à une rectification des mentions de l'acte de l'état civil relatives à son sexe et qu'il consent à cette rectification après avoir eu de la part du médecin les informations mentionnées ci-avant.

Il est à relever que les auteurs ne s'expriment pas sur le changement de prénom. Le changement de prénom devra-t-il être préalable – à l'instar de ce que l'article 61-5 du code civil français prévoit –, ou le tribunal, en autorisant le changement de la mention du sexe dans l'acte de naissance, autorisera-t-il également le changement du prénom comme le veut la pratique jurisprudentielle actuelle?

La proposition de loi sous avis opte donc pour une preuve par un simple avis médical et le fardeau de la preuve est plus léger que celui imposé par l'article 61-5 du code civil français. L'intervention du juge, lequel devra constater la réalité de la détermination de vouloir changer de sexe sur base de l'avis médical et de la confirmation écrite du demandeur en rectification, est toutefois maintenue.

Le législateur français a été fortement critiqué par la communauté „transgender“, laquelle aurait souhaité que la demande de changement de l'acte de naissance puisse se faire par simple déclaration auprès de l'officier de l'état civil, comme cela se fait dans certains pays (tels le Danemark, Malte et l'Irlande).

En France, le défenseur des droits, a, dans une déclaration-cadre du 24 juin 2016, estimé que rien ne s'opposait à ce que l'officier de l'état civil procède au changement, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes n'étant pas un principe absolu.

L'état civil a été défini comme „la situation de la personne dans la famille et la société, résultant d'une procédure écrite d'identification administrative“⁴.

Il en découle que l'état civil d'une personne constitue le cadre juridique pour rapporter la preuve de certains droits et obligations qui incombent à une personne physique et de ce fait une certaine pérennité de l'état civil est garante de sécurité juridique.

Il faut donc que les changements qui interviennent soient un tant soit peu encadrés.

Dans ses arrêts du 13 février 2013, mentionnés *supra*, la cour de cassation française s'est exprimée comme suit au sujet d'un demandeur qui sollicitait le changement de sexe en ne prouvant que la possession d'état: „c'est sans porter atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais par un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et de l'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée d'autre part, que la cour d'appel a rejeté sa demande.“

Même si cette jurisprudence ne saurait plus être maintenue après l'introduction de l'article 61-5 dans le code civil français au niveau de la preuve à rapporter par le demandeur au sujet de sa décision de changer le sexe, le Conseil d'État estime cependant que la recherche d'un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et de l'indisponibilité de l'état des personnes et la protection de la vie privée s'impose toujours et ceci pour des considérations tenant à l'ordre public.

Le Conseil d'État estime que l'intervention d'un juge garantit cet équilibre.

Le Conseil d'État tient à souligner que l'intervention du juge n'est en rien discriminatoire à l'égard d'une personne transgenre dans la mesure où, à part le mariage, tout autre changement de l'état civil exige l'intervention d'un juge qui soit dissout le mariage, soit constate que les conditions légales sont données pour opérer tout changement de filiation. Qu'il soit noté que la déclaration unilatérale de résolution de partenariat qui peut se faire, selon la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, par notification à l'officier de l'état civil n'est en l'espèce pas un élément probant contraire, en ce que le partenariat est conçu comme une convention privée de laquelle découlent certains effets en droit à condition d'être transcrite au registre de l'état civil et ainsi rendue opposable aux tiers.

⁴ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique.

Le Conseil d'État tient encore à relever que dans la mesure où les auteurs n'entendent pas changer le libellé ni de l'article 183 du Nouveau Code de procédure civile ni celui de l'article 99 du Code civil, la cause sera communiquée au procureur d'État, lequel sera entendu dans les procédures de changement de la mention du sexe dans l'acte de naissance.

*

EXAMEN DE L'ARTICLE UNIQUE

Article unique

Cet article vise à ajouter un article 99-1 au Chapitre VI „des Rectifications des actes de l'état civil“ du Titre II „Des actes de l'état civil“ du Code civil.

À l'alinéa 1^{er}, de l'article 99-1 tel que proposé, le Conseil d'État suggère d'ajouter, pour plus de clarté dans le texte, qu'est visée la rectification de la mention du sexe dans l'acte de naissance.

Comme l'article 99-1, alinéa 1^{er}, tel que proposé, pose une condition négative, le Conseil d'État marque sa préférence pour le texte de l'article 61-6 du code civil français, alinéa 3, en vertu duquel: „Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande“.

Le libellé de l'alinéa 2 pose également problème. Il y est prévu que le demandeur en rectification doit avoir consulté un médecin. Ce dernier doit l'informer des conséquences de la rectification de l'acte de l'état civil.

Le texte n'indique pas quelles conséquences sont visées. S'il s'agit d'une personne transsexuelle qui est en période de réassignation physique, il est fort à supposer que les médecins ayant à effectuer et les traitements hormonaux et les très nombreuses interventions chirurgicales qu'une telle personne aura à subir, lui auront déjà donné les éclaircissements requis pour obtenir un consentement éclairé sur les conséquences médicales. Dans cette hypothèse, la consultation est pour le moins redondante, sinon superflue.

Pour les personnes transgenres qui n'entendent qu'adopter le comportement social du genre auquel elles aspirent, il n'y a pas de conséquences médicales directes et le médecin semble ne pas être la personne appropriée pour discuter avec ces personnes des conséquences de leur décision. Il semble au Conseil d'État qu'un psychologue serait ici mieux placé pour donner l'information requise par le texte sous avis.

S'il s'agit d'informer le demandeur en rectification des conséquences juridiques de la demande de changement de l'état civil, un médecin n'a certes pas les compétences professionnelles pour assurer une information complète à ce niveau-là.

En général se pose la question si l'intervention d'un médecin, telle que proposée par les auteurs, n'est pas en contradiction avec leur souhait de dépathologiser la situation des personnes transgenres.

En l'absence d'une indication précise dans le texte sur la portée réelle de la consultation et des problématiques à discuter dans le cadre de la séance d'information, le texte manque de précision, ce qui entraîne une insécurité juridique.

Il est encore prévu que le médecin consulté doit aviser la demande par écrit. Les auteurs semblent vouloir déduire de cet avis du médecin concerné la preuve de la détermination du demandeur d'opérer le changement de sexe. Dès lors et afin de permettre au juge de vérifier si les conditions légales pour un changement de sexe sont bien données, il conviendra pour le moins d'indiquer dans le texte de loi sur quels points le médecin aura à s'exprimer. Ces indications sont nécessaires pour permettre aux juges de faire leur travail, mais encore et surtout pour éviter des divergences d'interprétation d'une juridiction à l'autre. En l'absence de critères précis sur l'objet de l'avis, le juge ne sera pas en mesure d'apprécier le respect des conditions imposées par la loi.

Le texte actuellement soumis à l'avis du Conseil d'État est donc entaché d'un manque évident de précision qui engendre une insécurité juridique.

En conséquence, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte de l'article 99-1, alinéa 2, tel que proposé.

Quant à l'alinéa 3, qui traite de confirmations que le demandeur doit donner, le Conseil d'État ne saisit ni la pertinence ni la logique des points a) et b) de cette disposition.

En effet, le demandeur en rectification de la mention du sexe à l'acte de naissance a déjà exprimé sa détermination à procéder à cette rectification, sinon il n'aurait pas introduit ladite demande. Si les auteurs veulent que cette détermination soit tangible dans le cadre de la requête, le Conseil d'État suggère de prévoir que la requête introductive de la demande soit signée non seulement par l'avocat à la Cour constitué pour compte du demandeur, mais aussi par ce dernier, à l'instar de ce qui est requis en matière d'adoption, et d'en faire une condition de recevabilité de cette requête.

L'article 99-1, alinéa 3, en projet est donc superfétatoire et il y a lieu d'en faire abstraction.

L'alinéa 4 ne donne pas lieu à observation.

Le Conseil d'État se permet de suggérer dans ce contexte de prévoir dans le texte le sort à réserver au prénom et d'entériner dans un texte de loi la pratique jurisprudentielle actuelle du changement du prénom dans le cadre du jugement autorisant le changement de la mention du sexe.

De même, y aurait-il lieu d'entériner dans un texte de loi la position jurisprudentielle actuelle en ce que le changement de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers et sur les filiations établies avant cette modification. Le législateur français a pris soin d'introduire cette précision dans le code civil français à l'endroit de l'article 61-8⁵ dudit code.

Le Conseil d'État rappelle qu'il insiste régulièrement sur le fait que le législateur devrait s'inspirer des textes légaux français, lorsqu'ils existent, qui présentent l'avantage de fournir des références doctrinales et jurisprudentielles dont les juridictions luxembourgeoises pourront s'inspirer utilement.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LÉGISTIQUE

Intitulé

L'intitulé de la proposition de loi prête à croire que la loi proposée comporterait tant des dispositions autonomes que des dispositions tendant à modifier le Code civil. Comme la visée de la loi proposée est toutefois entièrement modificative, il faudrait reformuler l'intitulé de manière à ce qu'il reflète cette portée:

„Proposition de loi modifiant le Code civil aux fins de préciser les conditions de la modification de la mention du sexe à l'état civil.“

Ainsi délibéré en séance plénière, le 28 mars 2017.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Georges WIVENES

⁵ Article 61-8 du code civil français: „La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification.“

