



Association Tunisienne
de Défense des Libertés
Individuelles

www.adlitn.org

CHANGER DE SEXE EN TUNISIE :

Ou quand le Droit
confisque les identités

Etude réalisée par

Habib NOUISSER

Docteur en Droit

Préface Pr. Wahid FERCHICHI

avec le soutien

 HEINRICH BÖLL STIFTUNG
AFRIQUE DU NORD TUNIS

Tunis 2018



Association Tunisienne
de Défense des Libertés
Individuelles

www.adlitn.org

CHANGER DE SEXE EN TUNISIE :

Ou quand le Droit
confisque les identités

Etude réalisée par

Habib NOUISSER

Docteur en Droit

Préface Pr. **Wahid FERCHICHI**

Avec le soutien de :

 **HEINRICH BÖLL STIFTUNG**
AFRIQUE DU NORD TUNIS

Tunis 2018

Biographie de l'auteur

Habib Nouisser est docteur en droit privé. Il a exercé ses fonctions d'enseignant-chercheur auprès des universités françaises en tant qu'attaché temporaire d'enseignement et de recherche avant de réussir le concours de qualification aux fonctions de maître de conférences.

Il est activiste adhérent à l'Association de défense des libertés individuelles (ADLI).

Il a mené ses travaux de recherches sur des thématiques relevant des libertés individuelles en matière de conjugalités, en l'occurrence le droit à la liberté de vivre en union extra-matrimoniale, hétérosexuelle comme homosexuelle.

Certaines de ses publications :

- « « *Mariage pour tous* » ? Pas pour tout le monde. Retour sur l'exclusion de 11 nationalités par la circulaire du 29 mai 2013 », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 2014/2, p. 745-768.
- « *Quelques précisions sur l'intérêt de l'enfant en tant que critère de l'attribution de l'autorité parentale* », Droit de la famille n° 2, Février 2017, comm. 42.
- « *Le sexe et l'état civil* », in W. Ferchichi (dir.), Les droits sexuels, droits humains à part entière. Ed. Heinrich Boll Stiftung-ADLI, 2017, pp.110-122.

/ Caractéristiques techniques /

Format : 210 x 230 mm

Papier : OFFSET 100 gr / 300 gr couché mat

Volume : 116 pages

Edition : 1^{ère} Edition Mai 2018 / Impression Offset - Heidelberg

Conception graphique : Anis Menzli / ALPHAWIN STUDIO - 2018

Nombre de tirage : 200 exemplaires

ISBN : 978-9973-9821-5-5

© ADLI. Tous les droits d'auteurs sont réservés à l'Association Tunisienne de défense des libertés individuelles

Préface :

Changer de sexe en Tunisie, Quelle place pour la dignité dans notre système juridique ?

« Ma mère me comprend, elle ne m'appelle ni par mon prénom de l'état civil, ni par mon prénom d'homme, elle ne m'appelle pas... ».

Témoignage d'une personne transgenre...

Ce témoignage recueilli par notre amie Emma Hsairi du centre d'écoute de l'ATFD résume une situation complexe et très douloureuse de très nombreuses personnes transgenres. Ma lecture des témoignages poignants et mes entretiens avec ces personnes, ont bousculé ma conception de cette thématique... l'incompréhension, la discrimination et la stigmatisation dont elles souffrent, y compris au sein de la communauté LGBTQI++, m'ont poussé à réfléchir et à me poser la question : pourquoi autant de discrimination à l'égard de personnes qui souffrent doublement : d'une part l'incohérence de leur sexe tel qu'elles le perçoivent et leur sexe juridique tel que figé dans leurs papiers et documents officiels. La violence familiale, sociale, structurelle, légale... dont elles sont victimes d'autre part.

Le Droit, cette norme faite et dé faite par les humains, n'est-il pas censé être humain ? N'est-il pas censé respecter l'humain dans chaque être humain ? Comment ces normes se transforment-elles en un calvaire pour des personnes qui n'aspirent qu'à être elles-mêmes... Et pourtant, des principes tels que la dignité, l'égalité, la non discrimination ... sont consacrés et bien ancrés dans la tradition juridique tunisienne.

La dignité est la valeur fondamentale du système des droits humains. La dignité vaut que toute personne soit respectée et acceptée pour ce qu'elle est ou pour ce qu'elle aimerait bien être.

Cette valeur fondamentale a pourtant été consacrée dans notre Droit moderne depuis au moins 172 ans, lorsque le Bey Ahmed 1er a aboli l'esclavage un certain 23 janvier 1846... Valeur reconduite et renforcée dans le Pacte Fondamental promulgué par le Bey Mohamed le 10 septembre 1857, dont l'article 1er a proclamé la protection de la dignité de tous les habitants de la Régence, sans discrimination fondée sur la langue, la religion et la race...

Propos confirmés dans la première Constitution moderne de la Tunisie, datée du 26 avril 1861.

De même, la Constitution de la 1^{ère} République du 1^{er} juin 1959, qui dans son article 5 reconnaissait la dignité de la personne comme étant un objectif de valeur constitutionnelle et plus récemment la Constitution de la 2^{ème} République (du 27 janvier 2014) a fait de la dignité l'un des fondamentaux de l'Etat de Droit (article 23).

Toutefois, durant cette longue période de l'histoire moderne du Droit en Tunisie, la dignité a été reconnue mais peu consacrée, puisqu'elle n'a pas été suivie par son corollaire : le droit au libre choix...

En effet, tout en faisant de la dignité une valeur fondamentale, le système juridique tunisien ne l'a pas entourée de principes, de normes et de règles pouvant la rendre réelle et effective. Notre système juridique continue à exercer une large tutelle sur le libre choix des personnes, notamment en ce qui concerne leur état civil...

A ce niveau, le Droit tunisien (dans sa composante jurisprudentielle) reste marqué par une approche classique, très peu soucieuse des choix des uns et des autres... Cette tendance se justifie dans le cadre d'un droit qui continue à figer les identités (masculin et féminin seulement) et à n'autoriser le changement de sexe que dans des cas exceptionnels, pour des raisons médicales, et principalement pour les personnes mineures...

Cette logique émane d'un droit qui continue à se fonder sur une acception très conservatrice et moralisatrice des rapports humains, un droit qui pénalise tout comportement jugé immoral, contraire aux bonnes mœurs et portant atteinte à la pudeur, un droit qui sanctionne l'homosexualité de trois ans de prison...

Dans cet environnement très mitigé, l'Association tunisienne de défense des libertés individuelles (ADLI), grâce à cette étude réalisée par le docteur en droit Habib NOUISSER, engage le débat sur la question du changement de sexe et propose des pistes de réflexion pour améliorer le cadre légal tunisien en s'inspirant du droit comparé...

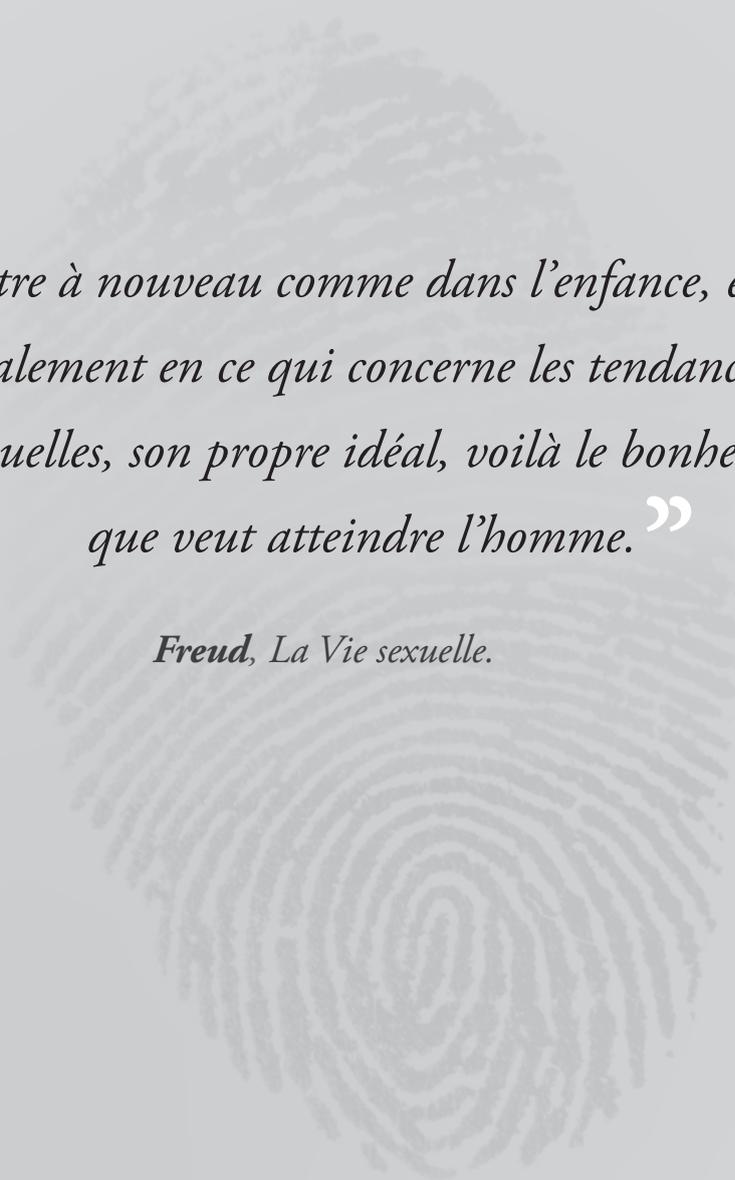
Espérant ainsi pouvoir un jour alléger la souffrance de ceux et celles auxquels le droit impose une schizophrénie insupportable du fait de l'inadéquation de leur identité sexuelle ou de genre avec leur identité juridique...

Pour qu'un jour Sandra, Nancy, Dolly, Jalel, Sami, Ahmed... soient des citoyennes et des citoyens à part entière...

Wahid Ferchichi ¹

Tunis, 17 mai 2018

¹ Wahid Ferchichi est professeur agrégé en Droit public, Université de Carthage, co-fondateur de l'ADLI.



“ Être à nouveau comme dans l'enfance, et également en ce qui concerne les tendances sexuelles, son propre idéal, voilà le bonheur que veut atteindre l'homme. ”

Freud, La Vie sexuelle.

| *Liste des principales abreviations* |

ADLI : Association tunisienne de défense des libertés individuelles

Ass. Plénière : Assemblée plénière

Bull. civ. : Bulletin civil

CA : Cour d'appel

cass. (fr), ch. civ. : Cour de cassation française, chambre civile

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CIM : Classification internationale des maladies

CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme

Cour cass. (tun.), ch. civ., : Cour de cassation tunisienne, chambre civile

D : Revue Dalloz

DSM : Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux

Gaz. Pal. : Gazette du palais

JCP : Revue la Semaine juridique

JORF : Journal officiel de la République française

JORT : Journal officiel de la République tunisienne

obs. : Observations

op. cit : Opus citatum

PUF : Presses universitaires de France

Rev. tun. drt., : Revue tunisienne de droit

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RJL : Revue de jurisprudence et des lois (Tunisie)

RJPF : Revue Juridique Personnes et Famille

RTD civ., : Revue trimestrielle de droit civil (Dalloz)

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

TPI. : Tribunal de première instance

Vol : Volume

| SOMMAIRE |

| | |
|---|-----------|
| NOTE DE SYNTHÈSE | 9 |
| INTRODUCTION | 18 |
| Chapitre 1 / | |
| Etat des lieux du droit tunisien | 36 |
| I - Au niveau législatif : <i>un silence préjudiciable</i> | 37 |
| A - La question de la modification du sexe juridique | 37 |
| B - L'hypothèse du changement du sexe anatomique | 41 |
| II - Au niveau jurisprudentiel : <i>une rigidité contestable</i> | 45 |
| A - La mutation sexuelle spontanée | 45 |
| B - Le changement de sexe médicalisé | 46 |
| Chapitre 2 / | |
| Les perspectives d'une évolution | 52 |
| I - Les solutions élaborées dans les droits comparés | 53 |
| A - L'exemple espagnol | 53 |
| B - L'exemple irlandais | 54 |
| C - L'exemple argentin | 54 |
| D - L'exemple maltais | 55 |
| E - L'exemple français | 56 |
| F - L'exemple iranien | 59 |
| II - Ebauche de solutions pour le droit tunisien | 61 |
| A - Le cas du mineur | 61 |
| B - Le cas du majeur | 67 |
| CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS | 82 |
| BIBLIOGRAPHIE | 84 |

Note de synthèse

En vue de répondre à la problématique du changement de sexe en Tunisie qui s'apparente à une véritable confiscation des identités par le système juridique tunisien, la présente étude a été menée en deux phases consécutives. La première est observatoire. Elle a pour but de dresser un état des lieux du droit tunisien sur la question tant au niveau législatif qu'au niveau jurisprudentiel. La seconde phase est quant à elle exploratoire. Elle tente de proposer des solutions qui seraient de nature à venir à bout de la déficience du système juridique tunisien sur la question du changement de sexe.

La phase observatoire

Afin de dresser le bilan du droit tunisien sur la question du changement de sexe, deux volets ont été explorés dans la première partie de l'étude. Le premier recouvre un champ exclusivement théorique, à savoir, celui des textes législatifs. Le second se focalise quant à lui sur la partie purement pratique. Il sonde la position des tribunaux tunisiens lorsqu'ils sont amenés à statuer sur des affaires relatives à la question du changement de sexe.

La loi murée dans le silence

S'agissant des textes législatifs, c'est principalement la loi n°1957-3 de 1957 réglementant l'état civil qui a été examinée dans l'étude. Aucun autre texte n'ayant été identifié comme ayant un lien direct avec la question traitée. D'entrée de jeu, le droit tunisien, laisse apparaître une véritable carence législative. Non seulement la loi de 1957 est la seule qui se prononce sur la question de l'identité de la personne, mais en plus, elle n'envisage la question du sexe des individus que d'un point de vue extrêmement restreint. La loi se limite à une simple logique de classification des nouveau-nés dans l'une des catégories traditionnellement reconnues, à savoir de sexe masculin ou féminin. Elle ignore totalement la possibilité d'une éventuelle ambiguïté du sexe à la naissance. Tout comme elle est d'ailleurs complètement silencieuse sur l'hypothèse de la survenance d'un changement du sexe anatomique postérieurement à



celui constaté à la naissance, ce qui nécessite une **actualisation**¹ de la mention du sexe dans les actes de l'état civil. La finalité d'une telle actualisation étant de faire correspondre la vérité biologique à la fiction juridique servant d'identité à la personne. Le législateur, laisse donc à la marge de ses considérations aussi bien le cas des personnes ayant subi une mutation sexuelle involontaire, que celui des personnes ayant volontairement choisi de changer de sexe par la voie chirurgicale.

Certes, la loi de 1957 relative à l'état civil prévoit la possibilité d'entamer **une action en rectification judiciaire de l'état civil**² mais elle ne concerne pas la modification de la mention du sexe à l'état civil. En réalité, une telle action ne peut avoir pour effet que celui de corriger **une erreur matérielle**³ survenue au moment de l'établissement de l'état civil de la personne à la naissance. En d'autres termes, elle ne concerne pas le cas d'un changement volontaire ou involontaire du sexe anatomique de l'individu, survenu postérieurement à la naissance. Dans ce cas de figure, il n'est pas question d'une erreur matérielle portant sur l'acte de naissance initial, puisqu'à l'origine, celui-ci a été valablement et correctement établi, il s'agit plutôt d'une **action en modification de l'état civil**⁴. Celle-ci a pour objet de remplacer un acte de naissance originellement valide, mais qui, après la survenance du changement de sexe anatomique, se révèle être différent de la nouvelle vérité biologique des intéressés. Or, à notre connaissance, ni **la loi de 1957 relative à l'état civil**⁵, ni aucun autre texte législatif de l'ordre juridique tunisien ne prévoit une action en modification de l'état civil comme c'est le cas dans certaines législations comparées.

Par ce silence, le législateur tunisien condamne donc tous les individus ayant subi un changement de sexe -que ce soit volontairement ou involontairement- à vivre dans une situation juridique non conforme à la vérité anatomique. La situation s'apparente donc à un véritable « hold-up » juridique. Elle confine la personne dans un statut légal qui restreint ses droits les plus fondamentaux. À titre indicatif et non limitatif, son droit élémentaire à l'identité,

¹ تحيين

² دعوى إصلاح رسم الحالة المدنية

³ الخطأ المادي

⁴ دعوى تغيير رسم الحالة المدنية

⁵ قانون 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية

son droit de contracter mariage et fonder une famille, son droit à la liberté individuelle, en l'occurrence son droit au respect de la dignité de sa personne et son droit de disposer de son corps se trouvent tous confisqués. Pour la plus part, il s'agit pourtant de droits de valeur constitutionnelle. Tant le pouvoir exécutif que le pouvoir législatif ou encore judiciaire ont pour obligation de les garantir.

Dans la pratique, il n'en est pourtant rien. La preuve en est que le silence des textes a reçu une interprétation des plus contestables par la jurisprudence tunisienne. Un examen des décisions de justice reflète une véritable hostilité des juges à l'égard de la question du changement de sexe.

Le juge fait parler la loi !

De manière générale, le dépouillement des rares décisions de justices portant sur la question du changement de sexe permet de les classer en deux catégories. Il y a d'une part celle qui porte sur la mutation sexuelle spontanée intervenue de « manière naturelle » chez la personne transgenre. Il y a d'autre part celle qui contient les affaires relatant un changement de sexe intervenu ou parachevé par la voie chirurgicale ou médicale.

Le cas de la mutation sexuelle spontanée intervenue de « manière naturelle » : S'agissant de la première catégorie, il apparait clairement que les tribunaux accueillent favorablement les requêtes visant à modifier le sexe juridique suite à la mutation du sexe biologique. Les juges affichent néanmoins la plus haute vigilance à ce propos. En ce sens, ils cherchent à vérifier que le changement du sexe s'est achevé de manière totalement naturelle et autonome de manière qui échappe à la volonté de l'individu. L'intervention chirurgicale ou l'accompagnement médical sont à ce titre appréciés avec la méfiance la plus extrême. Si l'intéressé y a eu recours, il faut que cela soit justifié par une nécessité vitale, dans un but curatif et non dans une perspective de modification du sexe initial.

Le cas du changement de sexe intervenu ou parachevé par la voie chirurgicale ou médicale : En revanche, s'agissant de la seconde catégorie, c'est-à-dire, celle renfermant les décisions relatives à un changement de sexe effectué volontairement ou parachevé par la voie chirurgicale,



les juges tunisiens affichent une infaillible intransigeance et refusent systématiquement toute demande de modification de l'acte d'état civil. Ce qui est remarquable à ce propos, c'est le raisonnement des juges. Il se démarque par son manque de cohérence et la faiblesse des arguments juridiques employés. Dans une sorte de totale confusion entre les sources du droit matériel tunisien, les tribunaux invoquent pêle-mêle le Coran, la Sunna, les valeurs traditionnelles et l'appartenance culturelle au monde arabo-musulman. Invoquant une sorte de divergence civilisationnelle, les juges tunisiens opposent cette identité culturelle au monde occidental, trop libéral à leurs yeux en matière d'autonomie de la volonté des individus. Au renfort de leur argumentation, les tribunaux font appel à des notions vagues aux contours évasifs et difficilement définissables. En ce sens, se bousculent et s'entremêlent sans vraiment convaincre, des allusions à la morale publique et aux bonnes mœurs.

Deux conclusions majeures doivent être tirées de tout cet imbroglio. La première c'est que les juges tunisiens vivent un véritable malaise juridique face à la question du changement de sexe.

Ce malaise s'explique par la carence législative en la matière d'une part, et l'incompétence du juge à endosser convenablement un rôle créateur du droit d'autre part. La seconde conclusion, qui vient au prolongement de la première, c'est qu'il est urgent de trouver des solutions adéquates à cette situation qui est juridiquement inadmissible.

La phase exploratoire

À ce propos, un regard à la fois comparatif et prospectif des législations étrangères est particulièrement riche en enseignement. À tout le moins, il démontre qu'il est possible de parvenir à un compromis entre le respect des libertés individuelles et la protection de l'ordre public, entre la sécurité juridique et l'autonomie de la volonté, entre l'indisponibilité de l'état des personnes et le droit de disposer librement de son corps, entre l'obligation du respect du corps humain et le droit de choisir son identité du genre, ou encore celui de vivre simplement dans la dignité. Si les exemples espagnol, argentin, maltais, irlandais ou encore français constituent à ce propos des sources précieuses, il faut demeurer admettre qu'ils s'exposent à la critique du conflit civilisationnel. L'exemple iranien a donc été appelé au renfort. À tout

le moins, il dénote que la barrière de la religion n'est pas un obstacle infranchissable pour peu que la volonté politique est mise à contribution dans l'effort d'interprétation des textes sacrés.

À la lumière de l'ensemble de ces éléments, une ébauche de solutions adaptées aux spécificités du contexte tunisien a été proposée. Elle traite la question du changement de sexe de deux angles différents.

L'amélioration du cadre juridique des mineurs

Il y a d'abord, une proposition exclusivement destinée au cas du mineur. Il y a ensuite, une suggestion de solution propre au cas du majeur. Les deux ne faisant pas réellement face aux mêmes types de difficultés. Principalement, dans le cas du nouveau-né, le problème touche essentiellement les enfants nés intersexe ou souffrant d'une ambiguïté sexuelle qui serait de nature à empêcher l'identification de son véritable sexe d'appartenance dans les délais légaux qui suivent la naissance. Ces délais étant relativement courts, à savoir dix jours à compter de la naissance, il est dès lors à craindre la survenance d'une erreur matérielle de classification engendrée par l'empressement. Une telle erreur, est d'autant plus à craindre qu'elle peut se manifester à un âge relativement avancée du mineur suite à une mutation spontanée du sexe anatomique. Dans un cas comme dans l'autre, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui se retrouve sacrifié. Celui-là même que l'article 47 de la Constitution ainsi que le Code de la protection de l'enfant entendent consacrer et défendre vigoureusement.

Partant, deux pistes inspirées du droit comparé ont été envisagées. La première, de provenance germanique, consiste à ne pas indiquer le sexe d'appartenance du nouveau-né dans le registre des naissances en cas de doute. L'intéressé pouvant être classé comme appartenant au sexe neutre jusqu'à qu'il puisse choisir par la suite par lui-même. Or, une telle solution semble incompatible avec le contexte tunisien. Inévitablement, elle se heurterait à un système socio-juridique multiséculaire entièrement construit sur la logique de la binarité des sexes. Par soucis de rationalité, il est quasiment impossible d'envisager qu'un tel système puisse admettre une quelconque exception à cette dichotomie du genre humain. La piste doit



donc être abandonnée. La seconde piste, inspirée de l'exemple français est en revanche plus prometteuse. Elle consiste à suspendre l'inscription de la mention du sexe du nouveau-né en cas d'incertitude du médecin ou lorsqu'une mutation sexuelle est à craindre à l'avenir. La solution demeure néanmoins à parfaire ne serait-ce qu'au regard du principe de la sécurité juridique. Une estimation chiffrée du rallongement de délai de la détermination du sexe doit en effet être établie.

L'élaboration d'un cadre juridique pour les personnes majeures

En ce qui concerne le majeur, la solution envisagée nécessite une intervention législative plus active. En l'occurrence, elle consiste à consacrer une véritable reconnaissance du droit à l'auto-détermination au profit des individus quant au choix de leur identité du genre. Une place plus étendue doit être concédée à l'autonomie de la volonté dans l'ordre juridique tunisien de manière à ce qu'il s'ouvre à l'éventualité d'un changement de sexe anatomique sous certaines conditions que la loi définirait. Un tel changement devra dès lors ouvrir la voie à une actualisation de la mention du sexe juridique. Pour ce faire, il est fondamental de la logique de pathologisation élaborée par les juges tunisiens. Au lieu de cela, il faut tenir compte de l'évolution des connaissances scientifiques sur les problématiques liées à l'indétermination sexuelle. À ce propos des avancées spectaculaires du monde de la médecine et de la psychiatrie ont été enregistrées ces dernières années. Il serait judicieux de les intégrer dans la formation des juges. Sur le plan du montage juridique, le législateur tunisien peut s'inspirer de son homologue français pour élaborer une solution propre au contexte tunisien. En ce sens, il peut exiger la réunion de toute une série de conditions afin d'accorder la possibilité du changement de sexe.

S'agissant des conditions relatives à l'état de la personne, il peut imposer la double condition de la capacité et du célibat du demandeur. Sur le plan médical, il peut réclamer la preuve d'une discordance entre sexe biologique initial et sexe acquis par l'intéressé. En ce sens, il pourrait d'abord suspendre le changement du sexe à la condition de la fourniture d'un diagnostic médical relatant l'existence d'une dissonance persistante entre le sexe morphologique sous

lequel le demandeur a été initialement inscrit et l'identité de genre qu'il ressent. Autrement dit, il faut que l'intéressé soit réellement atteint d'une dysphorie du genre. Cumulativement, il pourrait ensuite suspendre le changement du sexe juridique à la condition de la soumission du demandeur à un processus de transformation irréversible de son apparence physique.

Sans aller jusqu'à requérir la stérilisation, ni d'ailleurs l'ablation des organes génitaux afin de procéder à une réassignation du sexe anatomique par la voie chirurgicale, cette condition exigerait simplement du requérant qu'il entame sérieusement le processus du changement de sexe à travers l'hormonothérapie. Enfin, l'ensemble de la procédure pourrait être placé sous le contrôle du juge. À *posteriori*, en exigeant une autorisation judiciaire de changement de sexe et à *posteriori* en faisant concorder la nouvelle vérité biologique à la fiction juridique qui lui correspond. Par ailleurs, afin que tout ce montage ne se heurte pas à l'impératif de la préservation de la sécurité juridique, il devrait être limité par le principe de l'irréversibilité du changement du sexe juridique. Toute demande ultérieure à la modification du sexe assigné en vue de recouvrir le sexe d'origine devant être proscrite.

Une telle solution est par ailleurs soutenable eu égard aux avantages qu'elle comporte. D'abord, au regard du droit constitutionnel, elle permettrait d'ajuster le droit interne à la nouvelle Constitution. En ce sens, elle permettrait de garantir les libertés individuelles et contribuerait à abolir les discriminations à l'endroit des personnes transgenre. Ensuite, au regard du droit international privé, elle aura l'avantage de prévenir la production en masse de statuts boiteux. Incidemment, elle harmoniserait le système juridique tunisien avec les législations étrangères qui consacrent une politique nettement marquée par le respect des libertés individuelles et résolument tournées vers le progrès scientifique. Enfin, abordée du point de vue du droit de la famille, pareille solution aura l'avantage de contribuer à préserver le caractère hétérosexuel du mariage. Elle participerait de ce fait à rendre l'ensemble du système juridique tunisien plus cohérent.

Reste à souligner que pareille proposition, bien qu'alléchante, elle ne peut être réalisée dans l'immédiat. Il lui faudra sans aucun doute un délai de maturation et d'élaboration qui risquent



d'être relativement long. Or, la situation des personnes transgenre qui vivent en Tunisie relevant du véritable drame humanitaire, il est plus qu'urgent de leur offrir une solution d'appoint qui serait en mesure de leur garantir un accès à leurs droits les plus élémentaires. C'est pourquoi, il a été proposé de recourir à une solution dont la mise en œuvre ne nécessite ni un bouleversement en profondeur du système législatif actuel, ni une remise en cause de l'ordonnancement actuel des règles relatives à l'état civil. Elle consiste simplement en l'effacement partiel de la mention du sexe des documents d'identification immédiate des individus. Cette mention demeurant par ailleurs belle et bien préservée dans les documents d'identification sur les actes d'état civil auxquels l'accès est en réalité restreint aux actes administratifs de plus grande envergure.



Dans un contexte révolutionnaire où de spectaculaires mutations ont été amorcées et où la Constitution de 2014 se veut porteuse d'un nouveau souffle, la deuxième République ne peut se muer dans le silence afin d'éviter de débattre de sujets longtemps considérés délicats. En ce sens, le chantier déjà bien entamé des libertés individuelles⁶ ne peut laisser à la marge de ses considérations les questions se rapportant au sexe au seul motif qu'elles relèveraient de l'ordre du tabou. Si certaines branches de cette thématique ont cristallisé toutes les attentions à l'instar du mariage de la musulmane avec le non musulman, des relations sexuelles hors cadre matrimonial ou encore de l'homosexualité, d'autres ont été méthodiquement exclues des débats. C'est pourquoi la présente étude se veut être –avant toute autre considération– une modeste contribution à l'ouverture du dialogue. Sans prétendre à l'exclusivité⁷, elle se présente comme étant un appel de plus à la réflexion sur l'un des thèmes relevant de la liberté individuelle, à savoir celui du changement de sexe en Tunisie. Les solutions qui y sont développées sont dès lors à apprécier en tant que premières ébauches à d'éventuels développements ultérieurs.

Avant cela, il convient de préciser que la présente étude trouve son fondement principalement dans deux considérations. La première, peut être ramenée au fait que la thématique s'insère parfaitement dans la dynamique législative qui anime actuellement le paysage juridique tunisien. Celui-ci connaît de nos jours une extraordinaire mutation suite à la Révolution de 2014. Sur fond de tractations, parfois extrêmement virulentes entre divers courants socio-politiques, nous sommes en train d'assister à l'éclosion d'une nouvelle organisation de la vie sociale. C'est une véritable redéfinition des règles régissant le vivre-ensemble qui est en train de s'opérer. C'est dans cette perspective qu'a été adoptée la loi relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 11 août 2017 ou encore la loi relative à la prévention et la lutte contre la traite des personnes du 3 août 2016. C'est aussi dans cette logique qu'est aujourd'hui discutée la loi contre la discrimination raciale. Dans le même ordre d'idées, il

⁶ Alors même que la Constitution tunisienne de 2014 était encore en chantier, l'ADLI œuvrait déjà très activement pour la cause des libertés individuelles et plaidait pour leur intégration dans le texte final. Voir ADLI, « Hourriat », état des libertés individuelles en Tunisie. Rapport zero, Janvier/juillet 2013.

⁷ M. A. Jelassi, « Choisir son corps », *In Le corps dans toutes ses libertés*, W. Ferchichi (dir.), ADLI avec le soutien de Heinrich Böll Stiftung, Tunis 2017, p.62 et s.



convient d'inclure dans cet élan de réformes les questions relatives aux libertés individuelles dont la question du changement de sexe. Ce qui nous amène à la seconde raison de la présente étude.

Alors que la question de la décriminalisation de l'homosexualité en Tunisie fait débat, celle se rapportant à la problématique des personnes transidentitaires est totalement passée sous silence. Si la communauté des individus homosexuels fait de nos jours l'objet d'une brutale discrimination au sein de la société tunisienne, celle des personnes « *trans* » l'est davantage. Pour cause, elle est non seulement discriminée dans la société, elle est d'autant plus marginalisée dans la communauté même des personnes LGBTQI++. En un mot, les personnes transidentitaires en Tunisie sont en train de vivre un véritable drame humanitaire dans l'indifférence la plus totale. Pour s'en rendre compte, il suffit d'écouter les témoignages des personnes concernées. Les récits de leur vécu sont à la fois glaçants et extrêmement émouvants. Ils relatent des sévices et des maltraitances de la plus haute cruauté. L'ampleur de la violence et de la souffrance auxquelles sont confrontées ces personnes suscite l'indignation et la consternation.

À titre d'exemple, à l'occasion d'une journée d'étude organisée par l'ADLI à ce sujet le 04 avril 2018, l'une des personnes transgenre a accepté de témoigner sous anonymat en racontant ce qui suit :

« Je suis l'une des premières personnes transgenres en Tunisie. Mon histoire remonte aux années 98/99. J'ai été incarcérée à plusieurs reprises, au moins une douzaine de fois. J'ai un casier judiciaire bien chargé. Je suis fichée en tant que criminel multi récidiviste. Pourtant, mon seul tort c'est d'être née dans le corps d'un homme alors que je suis profondément convaincue d'être une femme. Mon seul tort c'est de me travestir, de porter des vêtements de femme, de mettre du rouge à lèvres ou du mascara [...] Les maltraitances et les sévices ont commencé depuis que j'avais douze ans. J'ai même été placée dans un centre de rééducation pour mineurs délinquants. Puis j'ai connu les prisons. Lors de mes incarcérations j'ai subi les traitements les plus odieux, les plus

abjectes, les plus dégradants et les plus inhumains. Outre les passages à tabacs qui sont monnaie courante pour moi, les gros bras pouvaient acheter et vendre les personnes comme moi pour en faire ce qu'ils voulaient car nous n'étions pas enfermés dans des cellules à part. Une amie s'est faite pendre parce qu'elle avait refusé les avances d'un codétenu [...] Personne n'en entendu parler et son droit est perdu à jamais. Ces histoires sont soigneusement passées sous silence par l'administration carcérale [...] Moi, mon vécu et mon passé m'ont complètement anéanti [...] j'étais jeune, belle et pétillante de vie. Aujourd'hui je ne suis plus rien, sans avenir, je n'ai plus envie de rien. Je suis fatiguée [...] Comment serait-il possible de me restituer mes droits ? Ma dignité humaine ? Ma jeunesse ? ».

Rejet familial, violence morale et physique dans la société, marginalisation totale par le système judiciaire, confiscation des droits les plus élémentaires tels que celui d'accès à la justice et parfois même aux soins, une quasi-impossibilité d'accéder à la vie professionnelle, c'est donc un véritable drame humain que sont en train de vivre au quotidien les personnes transidentitaires en Tunisie. Il est dès lors de l'ordre de l'urgence la plus extrême de leur offrir des solutions adéquates. Celles-ci peuvent se présenter sous différentes formes et couvrir plusieurs champs. Celle à laquelle nous avons choisi de porter notre attention dans la présente étude se limite principalement au domaine juridique.

À cet effet, pour commencer, il conviendrait d'abord de définir ce qu'est le « sexe » pour pouvoir dans un second temps aborder pleinement la question d'un éventuel changement qu'il pourrait subir. Néanmoins, étonnamment, cette expression usuelle et si fréquemment employée se révèle être une notion vague aux contours difficilement saisissables pour les juristes.

Le sexe

D'un point de vue étymologique, le terme sexe pourrait être abordé de par ses origines latines. Il aurait pour provenance une déclinaison du mot *sexus* qui est une variante du mot *secus*. Celui-ci renvoi au verbe *secare* qui veut dire couper. Le sexe ferait alors référence, de ce point de vue, à la coupure ; la séparation ; la division. Au-delà de la traduction littérale



du terme, le mot se rapporterait en fait à l'idée de la différenciation ou encore celle de la classification. Dans un sens plus élargi, le « sexe » apparaît donc comme un élément de distinction entre deux appartenances, à savoir masculine ou féminine. Cela correspond par ailleurs à la définition du mot telle que retenue par le dictionnaire Larousse, à savoir le « *Caractère physique permanent de l'individu humain, animal ou végétal, permettant de distinguer, dans chaque espèce, des individus mâles et des individus femelles ; ensemble de ces individus mâles ou femelles* ».

Ceci étant dit, la définition du sexe ne se cantonne pas à la dimension étymologique. Elle s'étend aux sciences autres que celle du langage. Ainsi, génétiquement le sexe peut être déterminé par la 23^{ème} paire des chromosomes humains. Si celle-ci se compose de XX, alors il s'agit d'une séquence chromosomique d'une femme. En revanche si la 23^{ème} paire de la séquence se décline sous la forme XY, il est dans ce cas question d'un homme. Cette différenciation de l'appartenance sexuelle selon une approche chromosomique n'est pas exclusive. En ce sens, nous pouvons distinguer le sexe selon une logique gonadique. Dans ce cas, la différenciation reposerait sur la classification des cellules embryonnaires dans la catégorie des ovaires ou des testicules. Anatomiquement, il est en effet possible de distinguer les individus selon qu'ils soient dotés d'un pénis ou d'un vagin pour les rattacher à l'un ou l'autre des deux sexes. Au niveau hormonal, le sexe peut aussi être déterminé selon la nature des sécrétions produites par les individus. S'il est question d'œstrogènes, leur origine est alors les ovaires de la femme tandis que s'il est question d'androgènes, leur provenance est dans ce cas les testicules de l'homme. Par ailleurs, une approche phénotypique ou encore somatique peut conduire à la détermination du sexe de l'individu en prenant pour critère la somme des manifestations morphologiques observables chez lui après la puberté comme la pilosité, la pomme d'Adam, la largeur du bassin, la poitrine, la taille, la corpulence, la musculature, l'aspect de la peau...

De nos jours, d'autres modalités de distinction s'imposent de plus en plus en tant que critère pour déterminer le sexe d'appartenance des individus. Il s'agit du sexe psychique, comportemental ou encore appelé psychosocial. En très grande partie, celui-ci est déterminé

par l'adéquation de l'ensemble des sexes précédents. Il est surtout déterminé par le sentiment d'adhésion ou de rejet partiel ou total de l'individu à une catégorie d'appartenance. Il peut aussi être distingué par référence au comportement de l'individu dans son milieu social et selon les standards masculins ou féminins.

Contrairement aux exemples précités, il existe un champ où, bien qu'indispensable, la définition du sexe fait cruellement défaut. Il s'agit du domaine juridique. En ce sens, le droit tunisien ne propose aucune définition de ce qu'il faut entendre par « sexe ». À l'instar de son homologue français, le législateur tunisien se contente simplement d'y faire allusion en tant que catégorie juridique, institutionnalisée et mentionnée à l'état civil. À cet égard, la loi n°1957-3 de 1957 réglementant l'état civil prévoit dans son article 26 que : « *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les nom et prénom qui lui seront donnés [...]* ». Aucune autre précision n'est apportée s'agissant de ce qu'il faut entendre par le terme « sexe ». Même la dichotomie classiquement retenue entre les deux catégories de sexe n'est pas rappelée. Pour autant, il ne s'agit visiblement pas d'un malencontreux oubli mais plutôt d'un silence qui pèse de tout son poids sur une évidence indéniable, une vérité absolue dans la logique du législateur : le sexe ne peut être que féminin ou masculin, pas autrement.

Or, comme nous venons de le voir, le sexe en tant que notion est susceptible de renvoyer à toute une panoplie de sens : sexe biologique, chromosomique, génétique, gonadique, hormonal, génital, hypothalamique, somatique, psychique ou encore comportemental pour ne citer que ces exemples. Très souvent, chez les individus l'ensemble de ces sexes sont concordants. Ils se correspondent, coïncident et se superposent. C'est pourquoi nous avons habituellement tendance à en oublier la diversité et à penser n'en avoir qu'un seul, soit masculin, soit féminin. C'est aussi sans doute ce qui explique le silence du législateur tunisien à ce propos. Un silence que, par ailleurs, nous ne pouvons lui reprocher tant la notion est véritablement insaisissable. Ce n'est sans doute pas le fruit du hasard qu'elle ne fait à ce jour l'objet d'aucune définition juridique univoque en droits comparés. À ce sujet le Professeur Py observe qu'en doctrine comme en jurisprudence, les définitions juridiques attribuées à la notion de « sexe » ne se fondent dans l'immense majorité des cas



que sur deux critères, à savoir la morphologie et la génétique⁸. Un autre auteur souligne le manque de pertinence d'une telle distinction. Pour cause, elle ne reposerait que sur le sexe chromosomique alors que le caryotype est insuffisant à la classification des individus en deux catégories -« homme » et « femme »- puisqu'entre les deux, il existe des cas d'inversion sexuelle⁹.

Ce mal être qui englobe la notion du sexe, sa définition et ses diverses déclinaisons n'est toutefois pas une fatalité insurmontable. Il est aujourd'hui tempéré par l'émergence, le développement et somme toute l'affinement du concept du « genre ». Tant et si bien que les auteurs tentent désormais de définir le sexe en l'y intégrant. Ainsi, le Professeur Reigné estime que le sexe juridique, entendu dans le sens de l'état des personnes, serait avant tout un sexe social et que, par voie de conséquence, il relèverait du genre¹⁰.

Le Genre, l'identité de genre et la dysphorie du genre

La compréhension du concept de « genre » nécessite inéluctablement un rappel de la toute première définition qui en a été faite dans une perspective médicale par John Money. Selon ce dernier, « le terme « genre » est utilisé pour désigner toutes les choses qu'une personne dit ou fait pour se prévaloir respectivement du statut de garçon ou d'homme, de fille ou de femme. Il comprend, sans toutefois s'y restreindre, la sexualité dans le sens de l'érotisme »¹¹.

Le psychologue-sexologue pousse le raisonnement et va jusqu'à définir l'identité du genre en ces termes : « L'identité de genre est l'expérience privée du rôle de genre, et le rôle de genre est la manifestation publique de l'identité de genre. Tous deux sont comme les deux côtés d'une même pièce de monnaie, et constituent l'unité du noyau de l'identité de genre »¹².

En somme, Money aborde le genre selon une conception extrêmement élargie allant au-delà des différenciations simplement génitales reposant sur les deux catégories sexuelles

⁸ B. PY, *Le sexe et le droit*, PUF, 1999, p. 6.

⁹ Ph. Reigné, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », *JCP* 2011, p.480.

¹⁰ Ph. Reigné, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G* 2011, 1140 ; Du même avis, cf. aussi M. Gobert, « Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister », *JCP G* 1990, I, 3475, no 19.

¹¹ J. Money, « Hermaphroditism, gender and precocity in hyperadrenocorticism: psychologic findings », *Bull Johns Hopkins Hosp.*, vol. 96, no 6, 1955, p. 253-264. (En langue anglaise. Traduit par nos soins).

¹² Cité par C. Chiland, *Changer de sexe*, ODILE JACOB, 1997, pp. 16-17.

classiques de mâle et femelle. Il intègre en effet dans ses considérations d'autres variables telles que la reconnaissance personnelle des individus ou encore les critères comportementaux et somatiques. La théorie de Money reposait sur une idée majeure : le genre serait plus le résultat d'un apprentissage que quelque chose d'inné chez l'être humain. En ce sens, les enfants seraient susceptibles de s'accommoder d'un sexe d'assignation contraire au sexe biologique s'ils sont élevés avec conviction dans ce sexe par leurs parents. Pour démontrer la véracité de sa théorie, Money pris pour exemple le cas de David Reimer. Cependant, à l'issue d'un dramatique dénouement, celui-ci mis sérieusement en doute les travaux du psychologue-sexologue.

Pour rappel, en 1966 suite à une circoncision ratée, Bruce Reimer a dû subir une pénectomie¹³ et se retrouva ainsi dépourvu de pénis. Persuadé qu'en modifiant l'identité sexuelle de l'enfant à la naissance, celui-ci subirait une reconstruction du genre, Money recommanda aux parents de transformer Bruce en fille. À l'âge de 22 mois, l'enfant subit une ablation des testicules, fut rebaptisé Brenda, se soumit à un traitement hormonal et reçut une éducation genrée en tant que fille. Malgré tout cela, l'ensemble du processus s'avéra être un échec dramatique. Pour cause, épris d'un mal-être identitaire extrême à son adolescence, l'intéressé pris le prénom de David et entrepris un véritable parcours du combattant visant à la réversion du sexe afin de recouvrir son identité anatomique masculine de naissance mais sans grand succès. En 2004, n'ayant pas réussi son entreprise, il finit par se donner la mort.

Ce tragique dénouement raisonna comme une onde de choc dans les milieux scientifiques. Il amorça toutefois l'émergence d'une acception nouvelle du genre. Désormais, celui-ci inclut des critères subjectifs dans la différenciation entre masculins et féminins, tout individu regroupant à la fois des qualités tant masculines que féminines. Le genre s'inscrit dès lors dans une sorte d'adéquation entre l'auto-perception et la construction sociale. Il impose une anatomie sociale imaginaire d'identification sexuelle par et pour le groupe. En échange, il offre une appartenance à un groupe en réclamant une apparence, un paraître en lieu d'être¹⁴. C'est d'ailleurs ce qui ressort d'un rapport d'expertise réalisé pour le compte de la

¹³ Pénectomie est l'ablation chirurgicale du pénis pour raisons médicales.

¹⁴ V. Bourseul, « Anatomie et destin du "genre" chez Freud et quelques contemporains », *L'Évolution Psychiatrique*, Vol. 80, 2015, p.239-250.



Commission Européenne. Il souligne que « *le genre renvoi à la perception et à l'expérience subjectives qu'ont les personnes de la masculinité et de la féminité ainsi qu'à la construction sociale qui assigne certains comportements aux rôles masculins et féminins* »¹⁵.

Sous ce nouvel éclairage, le genre a pu connaître de nouvelles pistes d'explorations. Si bien d'ailleurs que même l'identité du genre a fini par recevoir une définition juridique en droit international. C'est en ce sens que se sont prononcés les Principes de Yogyakarta, présentés devant le Conseil des droits de l'homme des Nations unies le 26 mars 2007 et qui sont à l'origine de la Déclaration relative à l'orientation sexuelle et l'identité de genre du 18 décembre 2008. Il en ressort que « *l'identité de genre est comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* »¹⁶.

Pour sa part, Le droit comparé, notamment argentin, a pris soin de définir l'identité du genre comme étant « *l'expérience intime et personnelle de son genre, vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps. Celle-ci peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens pharmacologiques, chirurgicaux ou autres. Elle implique aussi d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* »¹⁷.

Enfin, R. Stoller, l'un des fondateurs de la théorie du genre, définit l'identité de genre comme étant « *la perception, consciente ou inconsciente, que l'on appartient à un sexe et non à l'autre* » et poursuit en indiquant que le « *genre est le comportement manifeste que l'on*

¹⁵ Rapport S. Angius & C. Tobler, *Trans and Intersex People. Discrimination on ground of sex, genderidentity and gender expression*, Luxembourg, éd. de la Commission Européenne 2012, p. 12-13.

¹⁶ Les Principes De Jogjakarta, *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, mars 2007.

http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_fr.pdf

¹⁷ Bulletin officiel de la République d'Argentine n° 32.404, du 24 mai 2012, p. 2. Traduction non officielle réalisée par Intersex&Transgender Luxembourg a.s.b.l. (anciennement Transgender Luxembourg).

révèle en société »¹⁸. L'identité de genre reposerait ainsi sur le seul sentiment d'identité concrétisé par l'apparence sociale que la personne s'est choisie.

À la lumière de ce qui précède, il faut dire que très souvent, l'identité de genre des personnes correspond à leur définition juridique – de sexe masculin ou féminin-. En revanche, chez certains individus, il peut arriver qu'il y ait un décalage entre leur identité de genre et leur assignation juridique. Ceci peut projeter les intéressés dans un processus total ou partiel de métamorphose d'ordre physique, sociale ou juridique afin de synchroniser leur statut avec leur identité de genre. Généralement, cela s'extériorise et s'exprime par la modification de l'apparence physique à travers toute une panoplie de procédés tels que le travestissement, le traitement hormonal ou encore l'intervention chirurgicale. Il s'agit dès lors de personnes appelées « transidentitaire », « transgenre » ou simplement « trans ». Il faut toutefois relever qu'un courant minoritaire d'auteurs dénonce l'emploi de l'expression « transgenre » car elle ferait allusion à une catégorie fourretout¹⁹.

Ces éléments de réponses, même s'ils participent à la bonne compréhension du concept de genre, ne suffisent pas à en saisir pleinement le sens à tout le moins pour deux raisons :

D'abord, il existe une première difficulté d'ordre sémantique. Le genre étant en effet une traduction approximative du mot anglo-saxon « *gender* »²⁰. Alors qu'en anglais, le terme ne revêt qu'un seul sens, tel n'est pas le cas de sa polysémie en français. Aux désignations anglaises « *male / female* » la langue française offre des correspondances pouvant être « *male / femelle* » ou encore « *masculin / féminin* ». Face à l'approche transversale du « *gender* » américain, en France la Commission nationale de terminologie et de néologie avait conclu, en 2005, à l'inutilité de l'intégration de la notion dans la langue française. Cela est justifié par le fait que les références au sexe binaire sont toujours d'actualité ; le genre ne constituant pour certains que l'expression du « *statut social en fonction du sexe construit par toutes les sociétés, qu'elles reconnaissent deux sexes ou davantage* »²¹. Le même problème

¹⁸ R. Stoller, *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Gallimard, 1978, p. 29.

¹⁹ S. Stryker, « Introduction », In *The Transgender Studies Reader*, Ss. Stryker & S. Whittle (dir.), New York, Routledge, 2006, p. 1–17 ; K. Winters, *Gender Madness in American Psychiatry, essays from the struggle for dignity*, 2008, p. 198.

²⁰ E. Fassin, « L'empire du genre. L'histoire politique ambiguë d'un outil conceptuel », *L'Homme*, 2008, p. 187-188.

²¹ I. Löwy, H. Rouch, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du Genre*, n°34, p. 5.

se présente quant à l'abord de la notion dans langue arabe²². Le terme anglais « *gender* » ayant été traduit par « *jounoussa* »²³ ou encore « *jenseneyya* »²⁴ avant qu'un consensus terminologique ne s'établisse sous l'appellation « *al-naw'i al-ijtime'i* »²⁵.

Ensuite, à cette difficulté linguistique s'ajoute une seconde. Le concept du genre renferme en réalité un arc-en-ciel de déclinaisons allant du transgendérisme à celui de l'intersexuation.

Sans prétendre aborder toutes ces variations dans toute leur complexité, chacune nécessitant en réalité de longs développements autonomes, nous pouvons tenter de lever quelques confusions à ce propos.

Transgendérisme et transgenre

Bien que couramment utilisé, à notre connaissance, le terme transgendérisme n'a toujours pas reçu de définition qui a emporté l'adhésion de toutes les communautés scientifiques.

Sans faire l'unanimité, dans le milieu de la recherche médicale, « *le transgenderisme serait au-delà du genre psychosocial ne passant pas simplement d'un sexe à un autre mais dépassant la bi-catégorisation du sexe mâle/femelle ainsi que du genre masculin/féminin.*

*Pour certains, il s'agit d'un terme plus précis qui devrait simplement remplacer celui de transsexualisme qui ne se rapporterait pas au sexe mais au genre. Pour d'autres, c'est une supra-catégorie qui devrait englober le transsexualisme et tous les troubles de l'identité sexuelle »*²⁶. Le Professeur Chiland, explique qu'à la différence des patients transsexuels, les personnes transgenres ne se disent ni hommes, ni femmes, les deux à la fois ou successivement l'un puis l'autre²⁷.

Sans donner une définition à proprement parler, le Commissaire aux droits de l'Homme Hammarberg, considère que « *la communauté transgenre est d'une grande diversité.*

²² I. Houssou, *Al jendar. Al ab'ad al ijtime'aw'althaqafyya*. Dar chourouq, 2009. (En langue arabe).

²³ جنوسة

²⁴ جنسانية

²⁵ النوع الاجتماعي

²⁶ J.-B. Marchand, « Du transsexualisme à la dysphorie de genre : regroupement ou amalgame », *L'Évolution Psychiatrique*, Vol. 80, 2015, Pages 331-348.

²⁷ C. Chiland, « Moi et l'autre de l'autre sexe », *Neuropsychiatr Enfance Adolesc*, 56, 2008, pp. 229-232.

En font partie des transsexuels déjà ou pas encore opérés, mais aussi des personnes qui choisissent de ne pas subir d'opération ou qui n'ont pas accès à la chirurgie. Il peut s'agir de personnes transgenres femme-vers-homme ou homme-vers-femme, qui ont – ou non – subi une intervention chirurgicale ou un traitement hormonal, et aussi de travestis et d'autres personnes qui n'entrent pas strictement dans les catégories homme ou femme»²⁸.

Pour lever toute confusion entre la transidentité et le transsexualisme, certains soulignent qu'à l'opposé du simple transidentitaire, le transsexuel est celui qui entame effectivement une démarche de transition en vue de changer de sexe de manière irréversible²⁹.



Transsexualisme

À vrai dire, le terme de transsexualisme, apparu officiellement pour la première fois dans la pratique médicale en 1950 avec H. Benjamin³⁰, a connu plusieurs définitions au fur et à mesure de l'évolution de la recherche médicale. Sous l'influence des travaux de J. Money, les deux facettes de l'identité sexuelle que sont le transsexualisme et l'intersexuation deviennent paradigmes de l'identité de genre. En 1968, le psychiatre, psychanalyste américain Stoller³¹ a proposé une définition réduite du transsexualisme en tant que conviction inébranlable d'un sujet biologiquement normal d'appartenir à l'autre sexe. Dans son dictionnaire de psychopathologie, Postel précise que ce syndrome ne semble pas pouvoir être associé à une pathologie mentale manifeste telle la schizophrénie³². Celle-ci fut pourtant un critère d'exclusion retenu jusqu'au 5^{ème} Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux³³.

Cet ouvrage de référence dans la sphère de la psycho-médecine a fini par abandonner la signification pathologique du transsexualisme au profit de la définition suivante : « *dysphorie sévère liée à l'identité sexuelle associée à un désir persistant d'avoir les caractéristiques*

²⁸ T.Hammarberg, *Droits de l'homme et identité de genre*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009. Disponible en ligne : <https://rm.coe.int/16806da5d0>

²⁹ R. Küss « Sur le transsexualisme », Bull. Acad. NatleMéd., 1982, p.819.

³⁰ H. Benjamin, « Transvestism and transsexualism », Int J Sexol, n°7, 1953, pp. 12-14.

³¹ R.J. Stoller, *Recherches sur l'identité sexuelle*, Science House, New York, 1978.

³² J. Postel, *Dictionnaire de psychiatrie et de psychopathologie clinique*, Larousse-Bordas, Paris, 1998, p.439.

³³ American Psychiatric Association, *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, 4ème éd., Masson, Paris, 1996.



physiques et les rôles sociaux appartenant au sexe biologique opposé »³⁴. Enfin pour sa part, l'Organisation Mondiale de la Santé définit le transsexualisme comme étant : « *le désir de vivre et d'être accepté en tant que personne appartenant au sexe opposé. Ce désir s'accompagne habituellement d'un sentiment de malaise ou d'inadaptation envers son propre sexe anatomique et du souhait de subir une intervention chirurgicale ou un traitement hormonal afin de rendre son corps aussi conforme que possible au sexe désiré* »³⁵. Cette définition n'est d'ailleurs pas sans rappeler celle proposée par le Professeur Alby. Selon ce dernier, le transsexualisme est caractérisé par le « *sentiment éprouvé par un individu normalement constitué d'appartenir au sexe opposé, avec désir intense et obsédant de changer d'état sexuel, anatomie comprise, pour vivre sous une apparence conforme à l'idée qu'il s'est faite de lui-même* »³⁶.

Ainsi, loin de constituer une quelconque connotation péjorative, aujourd'hui l'expression « transsexualisme / transexuel » renvoie à l'idée d'un malaise, d'une inadaptation, d'une dysphorie. La souffrance qui en découle ayant principalement pour provenance, la transphobie par laquelle est sanctionné l'intéressé et non un trouble psychiatrique ou maladif comme auraient pu le soutenir certains chercheurs par le passé.

En résumé, de ces multiples définitions, il est possible de dégager deux grands critères propres au transsexualisme. D'abord il faut retenir la forte croyance et l'importante conviction que les transsexuels expriment quant au sexe revendiqué. Ensuite, le rejet par les intéressés de leur sexe anatomique et de leur corps sexué de manière générale. Enfin, il convient d'opérer une distinction entre le transsexualisme et les notions qui lui sont proches.

À ce propos, il faut noter qu'aussi bien l'individu transsexuel que la personne transgenre s'identifie au sexe opposé à celui de la naissance. Toutefois, tandis qu'un transsexuel aura le plus souvent recours à une chirurgie génitale modificatrice pour vivre sa vie, l'individu transgenre ne veut pas forcément s'engager dans un processus de réassignation médicale de son sexe étant donné que souvent, il accorde peu ou pas d'importance à l'identification de genre auquel il est assigné.

³⁴ American Psychiatric Association, Manuel Diagnostique Et Statistique Des Troubles Mentaux, DSM-IV, p.952.

³⁵ Organisation mondiale de la santé, Troubles de l'identité sexuelle, Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes 10e version (CIM 10), Chapitre V, Organisation mondiale de la santé, Genève (1993), p. 123.

³⁶J.-M. ALBY, Contribution à l'étude du transsexualisme, thèse méd., Paris, 1956.

Reste alors à distinguer le transsexualisme des autres notions voisines telles que l'intersexuation et l'hermaphrodisme. Pour ce faire, il convient d'expliquer celles-ci.

Intersexuation / Hermaphrodisme

Dans sa note d'information sur l'intersexuation, l'organisation des Nations Unies, définit les personnes intersexes comme étant celles qui sont « *nées avec des caractères sexuels (génitaux, gonadiques ou chromosomiques) qui ne correspondent pas aux définitions binaires types des corps masculins ou féminins [...] Être intersexe concerne les caractères du sexe biologique et ne désigne ni l'orientation sexuelle ni l'identité de genre. Les personnes intersexes peuvent être hétérosexuelles, gays, lesbiennes, bisexuelles ou asexuées, et s'identifier comme femme, homme, les deux à la fois ou ni l'un ni l'autre* »³⁷. À se référer au dictionnaire Larousse, l'hermaphrodisme désigne pour sa part « *la présence normale et fonctionnelle des deux sexes dans le même individu et qui produit les deux catégories de gamètes, mâles et femelles* », ou encore, « *l'anomalie caractérisée par la présence, chez un même individu, de tissu ovarien et de tissu testiculaire* ».

En somme, il est possible de conclure que, contrairement au sexe social qui est construit sur une logique binaire, le sexe biologique se présente sous la forme d'un continuum, avec, aux deux extrêmes, les « *sexes biologiques* » clairement définis et, au milieu, une large gamme de situations intermédiaires, à savoir les individus « *intersexe* ». Ceux-ci remettent forcément en cause les certitudes sur la stabilité des catégories « *homme* » et « *femme* »³⁸.

Les variations et la multiplicité des déclinaisons notionnelles, conceptuelles et terminologiques témoignent donc de l'importance des évolutions scientifiques consignées tout au long des dernières décennies au sujet du sexe et du genre. Elles reflètent aussi toute sa complexité, puisque l'apparition future de nouvelles notions ou de nouvelles sous-catégories n'est pas totalement à exclure. Comme l'observe la Professeur Jinan Limam, il

³⁷ Nations Unies, « libres et égaux : Note d'information intersexe », 26 octobre 2016. Disponible en ligne : https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE_Intersex_Final_FRENCH.pdf

³⁸ C. Kraus, « La bicatégorisation par sexe à l' 'épreuve de la science' : le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les Humains », In *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*. D. Gardey, I. Löwy (dir.), Archives Contemporaines, Paris, 2000.

s'agit d'un véritable chantier sémantique³⁹.

Pour autant, ce fabuleux foisonnement des possibilités actuelles et futures se heurte violement aux principes fondamentaux qui gouvernent la matière de droit des personnes, notamment en droit tunisien. Le premier de ces principes est celui de l'indisponibilité de l'immutabilité de l'état des personnes. L'indisponibilité signifie que « *l'état civil et la capacité des personnes ne peuvent faire l'objet d'une convention* »⁴⁰. Autrement dit, un individu ne peut disposer -selon son seul bon vouloir- de manière pleine et entière de sa personnalité juridique. En ce sens, il ne peut décider librement des mentions portées sur son acte d'identification juridique, notamment celles faisant référence à son sexe. L'immutabilité de l'état civil renvoie quant à elle à l'idée selon laquelle l'état civil est en principe immuable. C'est une donnée fortement imprégnée par le caractère invariable. Le second principe est celui de l'indisponibilité du corps humain ce qui rend illicite toute convention sur le corps humain ou ses éléments. Par voie de conséquence, tout accord portant sur une modification du sexe génital, par exemple l'ablation, la réassignation ou la reconstruction est normalement interdite.

La question du sexe à l'état civil se voit ainsi étroitement liée à cette idée que l'identité sexuelle étant déterminée dans les premiers temps suivant la naissance, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes et celui du corps humain conduisent à une vigoureuse réticence à l'endroit de toute modification future. Le cadre juridique régissant l'état civil se révèle être dès lors hermétique à toute notion d'auto-perception de son identité pour la personne. Il faut l'avouer, ce cloisonnement juridique ne surprend pas. Il est parfaitement compréhensible ne serait-ce qu'au regard de l'impératif de la sécurité juridique. Celle-ci repose en effet, en premier lieu, sur les éléments servant à l'identification de la personne au sein du groupe et de la société. En un mot, ces principes d'indisponibilités visent à garantir l'intérêt du groupe, sa stabilité et sa cohérence. Toutefois, une consécration extrêmement rigide de ces principes peut se révéler contre-productive. Car, elle laisserait à la marge de ses considérations les

³⁹J. Limam, Les associations LGBTQI++ en Tunisie. Emergence d'un nouveau militantisme humain, ADLI – avec le soutien de Heinrich Böll Stiftung, octobre 2017, p. 12. Disponible en ligne : http://www.adlitn.org/sites/default/files/1._etude_associations_lgbtqi_fr.pdf

⁴⁰ R. Cabrillac, Dictionnaire du vocabulaire juridique, 7^{ème} éd., Lexisnexis, 2016.

éventuels cas particuliers. En l'occurrence, sous prétexte de garantir l'intérêt du groupe, elle évincerait de son raisonnement l'intérêt des individus pris dans leur singularité, ceux-là même qui composent le groupe.

Pour autant, contrairement à ce que ces principes laissent penser au premier abord, ils ne sont pas totalement intangibles. Ils admettent tous des exceptions. S'agissant du principe de l'indisponibilité et de l'immutabilité de l'état des personnes, il est tout à fait concevable d'y déroger lors de certaines occasions. Il en est ainsi lorsqu'un mariage est célébré ce qui nécessite forcément une actualisation de l'état civil. Le nom, la situation matrimoniale et parfois même la nationalité des intéressés s'en trouvent par conséquent modifiés. S'agissant du principe de l'indisponibilité du corps humain, il s'agit d'une règle qui, à travers le temps, a été bouleversée par le fabuleux progrès de la médecine. Ainsi, progressivement, le ont été reconnu licite le don du sang, le don des gamètes et le don d'organes de manière plus générale. Dans le même ordre d'idées, les expérimentations sur le corps humain ont été autorisées sous certaines conditions légales, tout comme c'est le cas de l'utilisation des éléments et produits du corps humain. En somme, il est parfaitement envisageable de modeler ces principes afin qu'ils ne constituent pas une barrière au changement de sexe. Cette modulation est d'autant plus possible que ces principes n'ont pas une valeur supra-législative. N'étant pas inscrits dans le texte de la Constitution, ils peuvent être ajustés par le législateur afin qu'ils admettent parmi leur marge de tolérance la question du changement de sexe que ce soit à titre volontaire ou involontaire.

Ceci étant dit, il ressort de tout ce qui précède que de manière générale, la question du changement de sexe soulève plusieurs interrogations. Les plus importantes étant les suivantes :

Face au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, où faut-il situer celui du respect de la vie privé ? Est-il de moindre importance au point qu'il est légitime de le sacrifier ? Concrètement, le décalage entre la mention du sexe à l'état civil et l'apparence des personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle -que ce soit par choix



ou par nécessité impérieuse- ne les obligerait-elle pas à révéler au grand public une information fondamentalement intime chaque fois qu'elles sont appelées à décliner leurs identités ? Ne les confinerait-elle pas à un quotidien d'exclusion et de discrimination ? En un mot, ne serait-il pas plus opportun de concilier intérêt privé et intérêt public ? Ne serait-il pas plus judicieux de chercher un juste milieu entre le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et celui du respect de la vie privé ? Le système juridique tunisien n'a-t-il pas atteint une maturité suffisante pour enfin sortir de son silence sur la question du changement de sexe en Tunisie ?

| *Hypothèses de départ* |

Dans un contexte révolutionnaire où les repères sociaux sont en pleine gestation et où l'ensemble du système juridique tunisien vit au rythme d'un phénomène extraordinaire, celui de son introspection, la notion du sexe en tant que composante de la liberté individuelle attise la passion des uns et la consternation des autres. Elle oppose les revendications d'une neutralité dans l'appréhension de l'identité sexuelle d'une part aux inquiétudes de dérives par rapport aux références classiques d'autre part. D'un point de vue juridique, la notion de genre reste à ce jour d'interprétation et d'acceptation extrêmement délicate en droit tunisien, car au final elle lui échappe totalement. En un mot comme en mille, elle lui est inconnue. Elle relève pourtant d'un véritable enjeu de société. Car, comme l'a si bien résumé la Professeur Limam dans son rapport sur la communauté LGBTQI++, « *les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre fondées sur une base légale ou basées sur des pratiques sociétales ou institutionnalisées constituent le problème le plus courant auquel sont confrontées quotidiennement les personnes LGBTQI++ et contre lesquelles luttent les associations LGBTQI++ en Tunisie* »⁴¹. Il est dès lors capital que ces discriminations prennent fin.

À notre sens, qu'il s'agisse de l'hypothèse des personnes dites intersexuées ou de celle des personnes transsexuelles, la problématique soulevée par la mention du sexe à l'état civil renvoie

⁴¹ J. Limam, Les associations LGBTQI++ en Tunisie. Emergence d'un nouveau militantisme humain, op. cit., p. 40.

soit à l'adéquation ou -au contraire- à l'inadéquation entre, d'une part le sexe médicalement ou socialement reconnu, et d'autre part, le sexe juridiquement établi. D'un point de vue juridique et au regard de la multiplicité des hypothèses envisageables, un grand axe doit guider notre réflexion tout au long de la présente expertise, à savoir l'étude de la pertinence des conditions d'établissement, puis lorsque le besoin se présente, de rectification de l'acte de naissance s'agissant de la mention du sexe. Aux fins de mettre en perspective cette hypothèse sous un éclairage élargi autant que possible, nous observerons pour la présente étude deux phases consécutives : la première est observatoire. Elle vise à dresser un état des lieux du droit tunisien face à la question du changement de sexe (I). La seconde est en revanche exploratoire. Elle envisage les perspectives d'une évolution à venir (II).



CHAPITRE I

*Etat des lieux
du droit tunisien*

Afin de dresser un état des lieux aussi complet que possible sur la question du changement de sexe en droit tunisien, il convient de l'explorer sous deux grands angles. Celui de la législation et celui de la pratique, c'est-à-dire la jurisprudence. Or, un examen minutieux de ceux-ci nous amène à un double constat. D'abord, au niveau législatif, c'est un silence préjudiciable aux personnes transidentitaires qui plane sur la question (I). Ensuite, au niveau jurisprudentiel, c'est une rigidité contestable qui transparait à la lecture des décisions de justice rendues à ce sujet (II).

I. Au niveau législatif : *un silence préjudiciable*

Le droit en tant que système de régulation de l'état des personnes peut intervenir de deux manières au sujet du changement de sexe des individus. Il peut porter sur le volet de la fiction juridique soit en interdisant soit en encadrant la modification du sexe juridique (A). Tout comme il peut porter sur le changement du sexe anatomique de la personne (B). Autrement dit, il intervient pour proscrire ou bien pour réguler la question de la modification du sexe anatomique par la voie médicale.

A. La question de la modification du sexe juridique

La loi n°1957-3 de 1957 réglementant l'état civil prévoit dans son article 26 que : « *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les nom et prénom qui lui seront donnés [...]* ». Toutefois, si de manière générale, cette règle prétorienne telle que consacrée par le législateur tunisien réussit souvent à conjuguer harmonieusement la corrélation entre le sexe et l'état civil des personnes, elle ne soulève pas moins quelques difficultés qui méritent réflexions. Pour cause, à rebours des droits comparés qui ont connu de notables évolutions en la matière, le système juridique tunisien n'admet qu'une conception extrêmement rigide du mode de détermination de l'état civil des personnes, soit toujours par référence au sexe anatomique des individus. Plus explicitement, la législation n'admet expressément aucune possibilité de changement de la mention du sexe dans les actes de



l'état civil. Le sexe attribué à la tunisienne ou au tunisien à sa naissance est considéré par le législateur comme étant –par essence- immuable. Comme aime à le dire le Professeur Malaurie dans un contexte tout autre mais parfaitement transposable à notre exemple, « *c'est fait, c'est fait* »⁴².

Un examen minutieux de la loi de 1957 relative à l'état civil pourrait porter à croire que le législateur a prévu dans le chapitre VII une exception à cette règle. Son intitulé « *De la rectification des actes de l'Etat Civil* » laisse penser qu'une modification des mentions de l'état civil est envisageable par le biais de l'action en rectification judiciaire de l'état civil prévue par l'article 63 de la même loi. Il n'en est malheureusement rien !

En vérité, il faut bien comprendre que l'action en rectification judiciaire de l'état civil ne concerne aucunement la modification de la mention du sexe à l'état civil. Pour cause, un recours judiciaire en rectification ne peut avoir d'autres effets que celui de corriger une erreur survenue au moment de l'établissement de l'état civil. Or, dans l'hypothèse où une personne transsexuelle, intersexe ou encore hermaphrodite entreprendrait une telle action, elle viserait en tout premier lieu à modifier un acte de l'état civil à l'origine correctement dressé. Par conséquent, il s'agit d'une action d'état consécutive à un changement –volontaire ou involontaire- et non d'une action en rectification de l'état civil initial. Mais, ni la loi réglementant l'état civil ni aucune autre disposition législative de l'ordre juridique tunisien ne prévoit une action d'état relative au changement du sexe sur les actes d'état civil.

Si par élimination, l'action d'état consécutive à un changement de sexe ne rentre pas dans le cadre des articles 63 et suivants de la loi de 1957, alors sur quoi porterait une éventuelle action en rectification de l'état civil ? En d'autres termes, quelle est l'utilité de cette action ? À vrai dire, celle-ci se limite exclusivement aux hypothèses de l'erreur matérielle.

En effet, l'erreur matérielle sur la mention du sexe à la naissance de l'individu peut résulter d'une inadvertance. Elle aurait alors comme effet de semer la dissonance entre la vérité biologique et la fiction juridique. Il serait alors question d'une erreur matérielle d'interprétation survenue au moment de la naissance de l'intéressé. Elle pourrait avoir pour origine : soit un certificat

⁴² Ph. Malaurie, *La famille*, Cujas, éd 1996, p.212.

médical inexact ce qui -par truchement- induirait l'officier d'état civil en erreur et le porterait à inscrire sur l'acte de naissance une mention inexacte et erronée. Le cas échéant, c'est la vérité biologique qui est faussée. Soit, elle aurait pour origine une mauvaise transcription de l'officier d'état civil des indications qui lui sont transmises par le déclarant de la naissance. Dans ce cas de figure, c'est la fiction juridique qui se retrouve à l'origine de la dissonance. Hormis cette distinction d'ordre purement académique, en réalité dans un cas comme dans l'autre, l'erreur est manifestement dommageable à l'intéressé et se doit donc d'être rectifiée. C'est précisément à ces cas de figures que s'adressent les articles 63 et suivants de la loi de 1957.

Certes il faut admettre qu'une erreur matérielle d'interprétation semble très peu probable.

Pour cause, pareil cas de figure ne s'est jamais présenté devant les tribunaux tunisiens.

Pourtant, l'hypothèse n'est pas totalement à exclure. Pour s'en convaincre, il suffit d'interroger le droit comparé. En ce sens, dans une affaire tranchée par la Cour de cassation française en 1983 et après que les experts judiciaires eurent formellement exprimé leur conviction qu'une erreur matérielle sur le sexe apparent de l'enfant avait eu lieu au moment de la déclaration de naissance, la Haute Cour a fait droit à la demande en rectification de la mention du sexe et du prénom du demandeur⁴³. Par conséquent, une telle erreur est certes une hypothèse rare toutefois elle n'est pas impossible.

L'action en rectification de l'état civil pour parer à une éventuelle erreur matérielle n'est donc pas une initiative superfétatoire de la part du législateur tunisien. Sa position est donc à saluer de ce point de vu. Il est malheureusement regrettable qu'il se soit contenté de cela sans évoquer l'hypothèse d'une action d'état consécutive à un changement de sexe. À ce propos, il a fait le choix du mutisme laissant ainsi planer un silence législatif sur la question.

Or, ce vide législatif est préjudiciable aux personnes transidentitaires qui ont subi un changement de sexe que ce soit à titre volontaire suite à une opération chirurgicale ou un traitement hormonal, que ce soit à titre involontairement pour les personnes atteintes d'hermaphrodisme. Dans un cas comme dans l'autre, ces personnes se retrouvent contraintes de vivre dans un sexe juridique distinct de leur sexe anatomique ou psychologique ou les deux

⁴³ Courcass. (fr), ch. civ. 1ère, 26 janv. 1983, Bull. civ. I, n° 38, D. 1983, p.436, note Massip.



à la fois. Ce décalage entre la fiction juridique et la réalité sociale peut avoir des répercussions néfastes sur le quotidien des intéressées.

Il y a d'abord toute une série de difficultés sur le plan civil auxquelles sont confrontées les personnes trans dans la vie de tous les jours et à chaque fois qu'elles doivent fournir un justificatif d'identité. Dans ces cas de figure, cela les amène à étaler au grand jour la non-conformité de l'identité juridique avec leur apparence physique ce qui peut constituer un obstacle à l'accomplissement des démarches administratives les plus simples mais aussi les plus élémentaires. Elles deviennent de ce fait un véritable parcours du combattant privant ainsi les intéressées de certains droits vitaux. Il en est ainsi des démarches administratives relatives à l'édification des pièces d'identités telles que le carte nationale ou encore le passeport. Il en est aussi de même s'agissant de l'inscription auprès des caisses de la sécurité sociale ou encore de l'obtention d'un carnet de soins pour ne citer que ces exemples.

Il y a ensuite toute une série de répercussions sur le plan pénal auxquelles sont projetées les personnes trans. En effet, alors que la loi tunisienne n'interdit pas explicitement le changement de sexe, ce qui *à priori* signifie que tout individu peut en disposer librement, dans la pratique, il en est autrement. La personne trans s'expose en effet à toute une série de dispositions liberticides et répressives si elle venait à s'aventurer sur le terrain du changement de sexe. En totale transgression de la règle fondamentale en droit pénal, à savoir celle de la légalité des délits et des peines, les individus trans se font souvent condamnés sous divers motifs, à l'instar de l'outrage public à la pudeur, de l'atteinte aux bonnes mœurs ou à la morale publique ou encore d'incitation à la débauche lorsqu'ils ne se font pas réprimer en application de l'article 230 relatifs à l'interdiction de l'homosexualité.

Au-delà de son silence sur la question du changement de la mention du sexe sur l'acte d'état civil, le droit tunisien est en réalité totalement muet sur la possibilité même de procéder à un changement du sexe anatomique par l'individu.



B. L'hypothèse du changement du sexe anatomique

Comme toutes les législations modernes, le droit tunisien consacre de nos jours un droit au développement personnel, déduit des principes de respect de la vie privée et de liberté. En ce sens, l'article 21 de la Constitution prévoit dans son deuxième alinéa que « *L'État garantit aux citoyens et aux citoyennes les libertés et les droits individuels et collectifs. Il leur assure les conditions d'une vie digne* ». Certes, nous sommes loin du droit constitutionnel brésilien qui consacre un droit au bonheur à ces citoyens. Toutefois, cette disposition revêt une signification très étendue et forte en symbolique. Elle oblige l'État tunisien à observer une attitude respectueuse de l'individu dans sa singularité⁴⁴. Assurer les conditions d'une vie digne, c'est d'abord en haut lieu respecter les libertés individuelles et la vie privée des citoyens⁴⁵. De l'avis du Professeur Ferchichi, l'insertion de cette protection dans la Constitution est sans conteste ce qu'elle comporte de plus essentiel⁴⁶. Pour cause, cette disposition astreint l'État à se conformer à un certain repli de l'ordre public de direction en faveur d'un champ un peu plus étendu du principe de l'autonomie personnelle des individus. Ce principe présume que le sujet est capable de faire les bons choix qui l'engagent et de définir ce qui est nécessaire pour son plaisir et bon pour son épanouissement. Peut ainsi être reconnue, au titre de l'autonomie personnelle, la « *faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend* »⁴⁷, y compris en matière de sexualité et de choix de l'identité sexuelle. En résumé, pas de droit constitutionnel au bonheur mais une certaine tolérance à l'égard des préférences singulières qui aident à

⁴⁴ Sur la dialectique entre le droit à la dignité et les obligations de l'État en droit tunisien voir M. Tekaya, « Le corps et la dignité », In *Le corps dans toutes ses libertés*, W. Ferchichi (dir.), ADLI avec le soutien de Heinrich Böll Stiftung, Tunis 2017, pp.24-61. Disponible en ligne : https://tn.boell.org/sites/default/files/interieur_final_fr_13_02.pdf

⁴⁵ Sur la notion de la dignité dans le droit voir C. Neirink, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », In *Ethique, Droit et Dignité de la personne, Mélanges en l'honneur de Christian Bolze*, P. Pedrot (dir.) Economica, Paris, 1999, p. 47 et s.

⁴⁶ W. Ferchichi, « La constitutionnalisation des libertés individuelles. Lecture juridique de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », In *Les libertés individuelles. Approches croisées*, W. Ferchichi (dir.), ADLI avec le soutien d'Open Society Foundations, Tunis, 2014, p.62. (En langue arabe). Disponible en ligne : <http://www.adlitn.org/sites/default/files/livre%20%27libert%C3%A9s%20individuelles%20approches%20crois%C3%A9es%27.pdf>

⁴⁷ J.-P. Marguénaud, « L'adjonction de son patronyme par le mari au nom commun de la famille emprunté à sa femme et la Convention européenne des droits de l'homme », D. 1995, p.5.



l'épanouissement de la personne⁴⁸. Une lecture constructive nous mènerait à une certaine reconnaissance d'un droit à disposer de soi.

En droit comparé, cette liberté de disposer du corps est considérée comme étant une partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle⁴⁹. Ce que le droit français confirme, à travers les multiples exemples de dispositions permettant le libre usage de son corps⁵⁰, parmi lesquelles la liberté sexuelle⁵¹. Plus encore, il est possible de prêter sa personne et son corps, c'est-à-dire de le mettre à la disposition d'autrui pour une finalité donnée. Cela peut sembler étrange au droit tunisien. Pourtant, il concède au libéralisme individuel des terrains insoupçonnés : expérimentation biomédicale, prélèvement et greffe d'organes, legs *post mortem* du cadavre⁵². Ce libéralisme du droit tunisien va même jusqu'à tolérer les travailleuses du sexe qui consentent à vendre leur corps dans les conditions établies par la loi⁵³.

Le constat posé, il faut aussitôt le relativiser. L'euphorie est de courte durée. Les hypothèses dans lesquelles le droit tunisien s'interpose entre l'individu et son droit à disposer de soi étant diverses et multiples. En effet, de très nombreuses situations font de l'indisponibilité du corps la règle et la libre disposition l'exception. Le droit multiplie de la sorte les prescriptions tendant à protéger la personne contre les conséquences de son volontarisme individuel. Il n'est qu'à reprendre les exemples précités en inversant leur lecture : la loi du 25 mars 1991, loin de poser un principe de libre disposition du corps, interdit en vérité la vente des produits et parties du corps et encadrent strictement les dons gratuits. Louer son corps et son sexe est légalement toléré mais exercer ce métier demeure tributaire des autorisations administratives. En réalité,

⁴⁸ Pour de plus amples développements à ce sujet, voir W. Ferchichi, « La constitutionnalisation des libertés individuelles. Lecture juridique de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », op. cit., pp.49-75.

⁴⁹ CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n° 2346/02 ; *JCP G.*, 2002, I, p.157, n° 1 et 13, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2003, n° 53, p. 71, note O. De Schutter ; *RTD civ.*, 2002, p. 858, chron. J.- P. Marguénaud.

⁵⁰ S. Prieur, La disposition par l'individu de son corps, Les études hospitalières, coll. Thèses, Bordeaux, 1999.

⁵¹ D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas, La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », D. 2005. Chron. 1508.

⁵² Loi n° 91-22 du 25 mars 1991, relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains, JORT n°22, 29 mars 1991, p.466.

⁵³ Il faut bien souligner qu'en Tunisie la prostitution est légale lorsqu'elle est exercée conformément à la loi. Cf. Arrêté du gouverneur secrétaire général du gouvernement tunisien portant organisation de la prostitution du 30 avril 1942, JORT du 5 mai 1942, pp.2-7. Ce n'est que dans le cas où elle est exercée dans la clandestinité et sans autorisation administrative de l'autorité compétente que la prostitution est réprimée par le Code pénal tunisien.

le cas tunisien n'est pas une exception à ce sujet. Il reprend à son compte la logique des droits comparés, notamment l'exemple français.

Aux conclusions d'une étude qui s'est longuement penchée sur la question de savoir s'il existe un droit de disposer de son corps, un auteur relève qu'il s'agit davantage d'une assertion doctrinale. Il en déduit que, s'il y a bien un tel droit, celui-ci est profondément limité et rencontre tellement d'exceptions qu'il est possible de soutenir le contraire⁵⁴. En droit français, tout comme en droit tunisien, il n'existe pas de droit général de disposer de son corps mais seulement des parcelles résiduelles de libertés individuelles. Celles-ci sont vigoureusement assiégées par le principe d'indisponibilité du corps et de l'état des personnes. C'est précisément dans ce cadre que la liberté de choix du sexe se retrouve exclue des considérations du législateur tunisien. Aucun texte législatif n'y fait allusion. Le sexe anatomique de la personne relevant du principe de l'indisponibilité du corps. L'atteinte à l'intégrité corporelle n'étant envisageable qu'en cas de nécessité médicale pour la personne, un éventuel acte de réassignation du sexe n'est donc possible que s'il est incontournable. Il ne doit être réalisé que s'il n'y a aucune autre alternative pour sauvegarder la santé de la personne concernée. Tout le montage échappe par conséquent au volontarisme individuel et relève en fin de compte d'un non-choix plutôt que d'une quelconque autonomie de la volonté. Comme le souligne la doctrine tunisienne, « *Le médecin, tout-puissant et bienfaisant, a pour mission première, si ce n'est l'unique, de guérir (ou, au moins, de tout mettre en œuvre pour guérir) la maladie et donc, de soulager et réduire les souffrances de ses malades* »⁵⁵.

Partant, nous nous sommes interrogés s'il est possible d'inclure dans ce cercle de souffrances le mal-être psychique résultant d'une dysphorie du genre ? Autrement dit, la détresse de la personne transidentitaire face à un sentiment d'inadéquation entre son assignation sexuelle et son identité de genre serait-elle à même de justifier un traitement médical ? Ce traitement suffirait-il à légitimer l'entorse au principe de l'indisponibilité du corps humain en vue de soulager une souffrance psychique du sujet ? À bien lire l'analyse du Professeur Aouij-Mrad, une réponse négative s'impose. La souffrance qui justifierait une telle exception au principe

⁵⁴ S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004.

⁵⁵ A. Aouij-Mrad, « Chapitre 1. Le droit face à la douleur », *Journal International de Bioéthique* 2002-1 (Vol. 13), p. 16-31.

s'entend « *uniquement de la douleur physique, c'est à dire, une sensation pénible en un point ou dans une région du corps* »⁵⁶. Le mal-être psychique est donc totalement ignoré.

Aucune possibilité de changement du sexe anatomique n'est donc envisageable en droit tunisien, y compris dans le cas où le sujet souffrirait d'une dysphorie du genre. Le principe de l'indisponibilité du corps l'emporte sur celui de la libre disposition de soi.

Pour conclure, depuis l'indépendance et jusqu'à ce jour, le législateur tunisien observe la même attitude face à la question du changement de sexe aussi bien dans sa dimension anatomique que dans sa dimension juridique. Sa position se démarque par sa totale indifférence à ce propos. Ni le temps, ni les évolutions sociales et juridiques, ni les avancées scientifiques n'ont réussi à le faire sortir de son silence législatif. Pourtant, le besoin de combler cette carence législative n'est pas à démontrer.

En des termes quantitatifs, ce type d'affaire tendra inexorablement à se présenter de plus en plus souvent devant les tribunaux tunisiens. Les facteurs de multiplication étant divers et variés dont les plus marquants sont la libéralisation progressive des mœurs, le processus évolutionniste enclenché au lendemain de la révolution tunisienne, l'adoption d'une nouvelle Constitution plus respectueuse des droits fondamentaux et individuels, les tractations socio-juridiques internes et l'effondrement des frontières culturelles sous le poids du multiculturalisme international pour ne citer que ces raisons.

⁵⁶A. Aouij-Mrad, « Chapitre 1. Le droit face à la douleur », *Journal International de Bioéthique* 2002-1 (Vol. 13), p. 16-31

II. *Au niveau jurisprudentiel :* *une rigidité contestable*

Par la force des choses, afin de combler le silence législatif le juge s'est retrouvé obligé d'outrepasser son rôle de simple interprète du droit pour endosser celui de véritable créateur de la loi. En un mot, le pouvoir judiciaire s'est substitué au pouvoir législatif au sujet du changement de sexe. Il est vrai que ce jeu de substitution est pratique courante, le juge étant souvent amené à combler les lacunes du texte. Ce rôle doit néanmoins demeurer exceptionnel et très limité. Comme l'a relevé autrefois l'illustre pénaliste Beccaria, « *le pouvoir d'interpréter les lois ne peut pas être confié aux juges pour la bonne raison qu'ils ne sont pas des législateurs* »⁵⁷.

À tout le moins, deux raisons doivent être rappelées au soutien de cette restriction. La première c'est pour qu'il n'y ait pas interférence avec un principe fondateur de tout État de droit, celui de la séparation des pouvoirs. La seconde c'est que les solutions élaborées par les juges pour combler une carence législative s'apparentent souvent à un rafistolage juridique. Elles ne doivent de ce fait être perçues qu'en tant que réponses provisoires à un besoin immédiat. Elles sont donc souvent imparfaites et loin d'être satisfaisantes. L'un des meilleurs exemples qui illustrent cela est sans aucun doute celui du changement de sexe.

De manière générale, le dépouillement des décisions de justices portant sur la question du changement de sexe permet de les classer en deux catégories. Il y a d'une part celles qui portent sur la mutation sexuelle spontanée intervenue de manière naturelle chez la personne transgenre (1). Il y a d'autre part celles qui contiennent les affaires relatant un changement de sexe intervenu ou achevé par la voie chirurgicale ou médicale (2).

A. La mutation sexuelle spontanée

La première hypothèse est celle de la mutation sexuelle spontanée. C'est-à-dire, le cas d'un changement du sexe anatomique de manière totalement naturelle et autonome échappant à la volonté de l'individu et ne nécessitant pas une intervention ou un accompagnement médicale. En l'occurrence, à notre connaissance, c'est le tout premier cas de figure qui s'est présenté

⁵⁷ C. Beccaria, *Des délits et des peines* [1764], Paris, Flammarion, 1991, § IV, p. 66-67.



devant les tribunaux tunisiens. L'affaire est en effet celle tranchée par le tribunal de première instance de Ben Arous le 28 mars 1990. En l'espèce, il était question d'un individu qui a été enregistré dès sa naissance comme étant de sexe masculin, appelé « Amir », mais qui, à l'âge de la puberté, s'est rendu compte qu'il avait tous les attributs d'un individu de sexe féminin. Sur confirmation du médecin légiste de cette mutation anatomique, sa mention du sexe a été rectifiée pour devenir « féminin » et son prénom fut modifié pour devenir « Amira »⁵⁸.

Cette position jurisprudentielle s'est par ailleurs confirmée plusieurs années plus tard à l'occasion de l'affaire « Fatma »⁵⁹. En l'espèce, il était question d'un individu né avec l'apparence et les caractéristiques anatomiques d'un enfant de sexe féminin et dénommé sur cette base Fatma.

À sa puberté, cette dernière ne manquera pas de constater l'apparition de différences visibles qui l'opposent graduellement à ses sœurs et à ses camarades filles. Souffrant de l'ambiguïté de la situation, l'intéressée finira par demander à subir des analyses génétiques en vue de déterminer son sexe réel. Autrement dit, d'actualiser sa vérité biologique. À la lumière de cela, elle intenta une action en justice. Saisi de l'affaire, le tribunal de Tunis ordonna une expertise médicale. Tout compte fait, celle-ci déclara le cas de Fatma en tant que variante « *d'hermaphrodisme masculin* ».

Au final, le juge s'inclina devant le rapport médical et rendit un jugement autorisant Fatma à changer aussi bien de prénom que de sexe sur son état-civil.

B. Le changement de sexe médicalisé

Afin de permettre le changement de sexe par la voie médicalisée, les juges tunisiens semblent exiger toute une série de conditions sans lesquelles, aucune modification ne serait envisageable. Un examen minutieux des décisions de justices rendues à ce propos permet de déchiffrer le raisonnement suivi par la jurisprudence (1). Il amène aussi à émettre des observations critiques sur ce raisonnement (2).

⁵⁸ TPI. de Ben Arous, 28 mars 1990, RJL 1991, n°2, p.127.

⁵⁹ TPI de Tunis, 24 juin 2013, n°88908, cité par l'Association Tunisienne de Droit de la Santé dans son bulletin d'information n°68, décembre 2013.

1. Le raisonnement de la jurisprudence

Mis à part les hypothèses d'une mutation spontanée du sexe anatomique des intéressés, les juges tunisiens affichent une rigide intransigeance sur la question du changement de sexe, notamment lorsqu'il est provoqué par l'intéressé, c'est-à-dire lorsqu'il émane de sa volonté. En ce sens, dans une affaire tranchée par la Cour d'appel de Tunis où il était question d'hermaphrodisme, celle-ci a statué à rebours des jugements précités. En l'espèce, il était question d'un individu souffrant d'une anomalie biologique qui lui causait un dysfonctionnement de ses organes génitaux. L'intéressé, dénommé « Sami », a finalement eu recours à plusieurs interventions chirurgicales en Espagne pour venir à bout ces troubles. Suite à quoi il s'est retrouvé doté d'un sexe anatomique différent de celui indiqué sur son acte d'état civil. Il a donc entamé une procédure judiciaire en vue de sa rectification afin de le faire correspondre à la réalité biologique. Sa demande a été déboutée par la Cour⁶⁰. Celle-ci a adopté le raisonnement suivant :

D'abord, les juges ont déterminé la question à laquelle il fallait répondre, en l'occurrence, savoir s'il est possible ou non à un individu de changer son sexe, de celui d'un homme à celui d'une femme, en recourant à une intervention chirurgicale ? Ensuite, la Cour a souligné le silence du législateur à ce sujet. Elle a enchaîné en observant que dans ce cas, elle devait se référer au droit musulman étant donné qu'il constitue une source principale du droit du statut personnel. Elle a rappelé par la suite qu'au besoin, elle devait se référer au droit comparé afin de parvenir à une solution équitable.

Ensuite, les juges ont pris pour point de départ de leur argumentation le Coran et la *sunna* en motivant cette démarche par un lapidaire détour par l'article 1 de la Constitution. Ils en ont conclu que le changement du sexe est en principe interdit. Ils ont poursuivi en soulignant que les nécessités pouvaient parfois justifier la levée des interdits. En foi de quoi, ils ont dressé une liste de ces nécessités. Autrement dit, ils établissent les critères de la mise en œuvre de l'exception. Ils sont au nombre de trois et doivent être appréciés de manière cumulative.

D'abord, il faut que la nécessité de changer de sexe soit imminente et actuelle. Ensuite, il faut qu'elle soit impérieuse, c'est-à-dire que si elle n'est pas traitée, elle risque sérieusement

⁶⁰ CA de Tunis, arrêt n° 10298, 22 déc. 1993, RJL 1994, n° 1, p. 109 et s. ; Rev. tun. drt., 1995, p. 145 et s., note R. Jelassi; H. Redissi & S. Ben Abid, « L'affaire Samia ou le drame d'être autre », Journal international de bioéthique, 1995, vol. 6, n°3, Rubrique : « Éthique et aspects organisationnels de la transplantation d'organes », pp.153-159.



d'entraîner la mort. Enfin, il faut qu'elle soit ultime. Autrement dit, qu'il n'y ait aucune solution de substitution pouvant mettre un terme à cette nécessité impérieuse et imminente de changement de sexe.

Enfin, la Cour a cherché à relever si dans les faits de l'espèce les trois critères étaient bien remplis. Après examen, elle a estimé que la nécessité de procéder à un changement de sexe n'était pas vérifiée, le troisième critère faisant défaut. La Cour a motivé cela en arguant que le requérant « *pouvait se faire soigner par un médecin psychiatre pour rétablir l'équilibre de sa personnalité. Mais, étant donné qu'il a procédé différemment et s'est empressé de recourir à une intervention chirurgicale afin de modifier artificiellement son sexe, alors il a trahis l'héritage culturel et moral de la civilisation, ce qui se traduit juridiquement par l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

La Haute Cour semble par ailleurs soutenir ce raisonnement. Dans une affaire datant de 2005 aux faits à peu près similaires, elle a refusé la rectification de la mention du sexe d'un requérant en reprenant à son compte pratiquement les mêmes arguments⁶¹. La démarche de la jurisprudence tunisienne est pourtant critiquable à plusieurs égards.

2. Un raisonnement critiquable

En premier lieu, la position de la jurisprudence tunisienne est critiquable du point de vue de la médecine parce qu'elle n'opère aucune distinction entre l'intervention chirurgicale curative ou correctrice du sexe et celle qui a pour finalité un choix délibéré de changement de sexe.

Exiger comme critères une nécessité impérieuse et imminente revient à ignorer de manière aveuglée, tous les soins médicaux préventifs auxquels pourraient recourir les intéressés afin de prévenir la survenance d'un danger médical ou l'apparition d'une complication mettant en péril la santé de l'intéressé. C'est toute l'évolution de la médecine curative qui est ainsi balayée d'un simple revers de main au détriment de la sécurité sanitaire des justiciables.

Cela est par ailleurs vérifiable au regard des arguments avancés par la Cour dans l'arrêt Sami-Samia puisqu'en ignorant toute la complexité de la question, elle préconise, tel un médecin,

⁶¹ Cour cass. (tun.), ch. civ., arrêt n°2828 du 15 déc. 2005 cité par R. Jelassi, *Le corps humain en Droit civil*, C.P.U., Tunis, 2013, pp. 361-363.

des soins psychiatriques en lieu et place de l'intervention chirurgicale, ce qui est à tout le moins scientifiquement aberrant même pour un novice en médecine. Les deux maux n'étant bien évidemment pas de la même nature, ils ne nécessitent donc pas les mêmes traitements.

En second lieu, la position de la jurisprudence tunisienne est critiquable du point de vue juridique car, sans véritable fondement, elle élève le droit musulman au rang des sources principales du droit en Tunisie. Il est vrai que la codification du droit tunisien s'est parachevée dans une sorte de conciliation entre l'Islam et la modernité⁶². Ceci ne veut pour autant pas dire qu'il est permis de confondre l'Islam en tant que religion et le droit musulman, en tant que source du droit positif⁶³. Certes, aussi bien l'ancienne Constitution que la nouvelle font allusion à l'Islam en tant que religion de l'État, cela ne l'érige pas pour autant en une source officielle du droit positif tunisien.

En troisième lieu, la solution retenue par les juges tunisiens est discutable si l'on devait la replacer sur un terrain religieux. Pour cause, la Cour invoque le droit musulman pour motiver son rejet du changement de sexe. Or, sans s'en rendre compte, son raisonnement la projette sur un terrain glissant. Car, en réalité, de l'avis d'une doctrine confirmée, il n'y a pas un droit musulman mais plusieurs droits musulmans⁶⁴. Dans la mesure où la *charia*, en tant que l'ensemble des règles englobant plusieurs sources du droit musulman, elle n'est -dans une large mesure- qu'un édifice humain articulé sur une lecture « *conjoncturelle et circonstanciée* »⁶⁵ de la norme religieuse, il est donc possible de la rénover sans que cela ne constitue une hérésie, un affront au sacré, à la religion. La preuve en est que l'Iran, une République islamique qui érige le droit musulman en tant que législation du pays, innove en la matière et va jusqu'à tolérer et légaliser par une fatwa les opérations de changement de sexe⁶⁶. Il n'est donc pas possible d'affirmer, ni d'infirmier, avec une infaillible certitude que le

⁶² S. Ben Halima, « Religion et statut personnel en Tunisie », Rev. tun. drt. 2000, p.119.

⁶³ K. Meziou, « Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille », *In Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, J. Y. Carlier et M. Verwilghen (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1992, p.250.

⁶⁴ Ch. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, éd. imprimerie Noury, Le Caire, 1936, p.61.

⁶⁵ S. Bostanji, « Turbulences dans l'application judiciaire du code tunisien du statut personnel : le conflit de référentiel dans l'œuvre prétorienne », RIDC, Vol.61, n°1, 2009, p.37.

⁶⁶ S. Bluck, « Transsexual in Iran: A Fatwa for Freedom? », *In LGBT Transnational Identity and the Media*, Ch. Pullen (dir), Palgrave Macmillaned., 2012, p.59 et s.

droit musulman interdit ou au contraire admet le changement de sexe. Tout relève donc de l'effort d'interprétation des hommes.

En quatrième lieu, le raisonnement de la Cour est à revoir ne serait-ce qu'au regard du droit comparé. Afin d'évincer les solutions qui prônent le respect des libertés individuelles y compris en matière de changement de sexe auxquelles ont abouti les systèmes juridiques occidentaux, les juges tunisiens invoquent les divergences culturelles et civilisationnelles. Ils vont même jusqu'à nier la pertinence du revirement de la jurisprudence française opérée à travers l'arrêt du 11 décembre 1991. Ils estiment que l'admission du changement de sexe par les juges français leur « *a été imposée par le devoir de se conformer à la convention européenne des droits de l'Homme* »⁶⁷. En réalité, cette motivation peine à cacher l'appréhension des juges tunisiens à l'égard d'un retour à une sorte d'impérialisme occidental sous une forme culturelle masquée par l'universalité des droits fondamentaux⁶⁸. L'attitude des juges s'inscrit dans une sorte de réaction préventive à une menace à l'authenticité culturelle et aux valeurs morales véhiculées par la religion et les traditions⁶⁹. Or, ce raisonnement est pour le moins contestable. Car, comme l'a très clairement exposé le Professeur Charfi, « *aucune civilisation ne peut prétendre à une paternité exclusive à l'égard des droits de l'Homme [...]* »⁷⁰, ceux-ci étant la somme des apports successifs de toutes les civilisations humaines⁷¹. Ils ne sont dès lors pas étrangers à notre culture arabo-musulmane.

En cinquième et dernier lieu, dans une sorte de tentative désespérée de cloisonner son raisonnement, la Cour replace la question du changement de sexe sur le terrain des bonnes mœurs et de l'ordre public. Une telle attitude trahit en réalité un manque de confiance de la

⁶⁷ C'est nous qui traduisons.

⁶⁸ Pour des exemples non exhaustifs de travaux faisant référence à la perception absolutiste ou impérialiste de la notion des droits fondamentaux cf. R. El-Husseini Begdache, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, 2002, p.238 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, « *Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques différentes à travers l'exemple des droits fondamentaux* », RIDC. 2000, p.797 et s. ; L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001, p.98 ; Y. Lequette, « *Le droit international privé et les droits fondamentaux* », In *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), 14ème éd., Dalloz, 2008, p.99 et s. ; M.-C. Najm, *Principes directeurs de droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005, p.518.

⁶⁹ M. M. Salah, « *La mondialisation vue par l'Islam* », In *La mondialisation entre illusion et utopie*, Archives de philosophie du droit, t. 47, Paris, Dalloz, 2003, p. 27 et s., spéc. p. 31.

⁷⁰ M. Charfi, « *L'influence de la religion dans les pays musulmans* », R.C.A.D.I., 1987, pp. 333-334.

⁷¹ Ibidem.

Cour quant à la pertinence de ses motivations. Au surplus, de tels mécanismes juridiques sont aujourd'hui pour le moins contestables et très peu probants en matière d'argumentation juridique pour au moins deux raisons :

D'abord, non seulement les bonnes mœurs sont par nature indéfinissables mais au surplus elles ont des limites fluctuantes dans l'espace et dans le temps. La classification du moral et de l'immoral, de l'interdit et du toléré, du normal et du marginal relève en effet de la subjectivité des individus. Des éléments tels que le milieu social, les convictions personnelles et l'entourage familial pour ne citer que ces exemples sont autant d'éléments qui forgent l'opinion. D'autres considérations non négligeables y interfèrent aussi. Il en est ainsi de la situation géographique où évolue l'individu⁷². À cela s'ajoute la variable temporelle qui, en la matière, éclate au grand jour sous la forme d'un anachronique conflit générationnel. Les mœurs d'hier ne sont-elles pas en toute vraisemblance contestées aujourd'hui⁷³ ? Les jeunes générations qui les contestent ne seront-elles pas les sculpteurs des mœurs de demain ? Partant de ces éléments, le juge est dans l'incapacité matérielle de déterminer l'opinion de la majorité pour distinguer les bonnes des mauvaises mœurs.

Ensuite, dans son analyse, le juge ne saurait départager objectivement -et sans s'exposer au reproche d'imposer arbitrairement sa conception du bien et du mal à l'ensemble de la société- ce qui doit être inclus ou exclus de la notion de bonnes mœurs s'il ne prend pas des éléments matériels et objectifs comme points d'ancrage. Or, justement, comme le soulève la doctrine, « *il ne dispose pas toujours, il dispose rarement, même, à moins que l'objet ou le comportement qu'il doit qualifier ait donné matière à un scandale public, d'éléments concrets, d'indices fiables, qui lui permettraient d'évaluer le jugement de l'opinion moyenne sur cet objet ou ce comportement* »⁷⁴.

La question du changement de sexe est une des meilleures illustrations à cela. Il aurait été plus judicieux de la traiter de manière sérieuse et objective au lieu de l'évincer par le recours à des notions floues et évasives telles que les bonnes mœurs.

⁷² D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique ! », In *Le Droit privé français du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp.487-493.

⁷³ J. Foyer, « Les bonnes mœurs », In *Le Code Civil 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.501 et s.

⁷⁴ D. Lochak, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs », In *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, p.46.



CHAPITRE II

*Les perspectives
d'une évolution*

Si pour la législation tunisienne, la question du changement de sexe est inédite, tel n'est pas le cas des droits comparés. Plusieurs législations étrangères ont effectivement connu des évolutions aussi nombreuses que diverses en la matière. En vue d'établir une ébauche de solutions pour le droit tunisien (II), il convient de s'inspirer de celles élaborées dans les droits comparés (I).

I. Les solutions élaborées dans les droits comparés

Nombreuses sont les législations qui ont franchi le pas de la légalisation du changement de sexe ces dernières décennies. Les solutions auxquelles elles sont parvenues sont aussi intéressantes les unes que les autres. Elles mériteraient à ce titre des développements très approfondis dans le cadre d'une étude comparative autonome et feraient sans aucun doute un champ de recherche particulièrement intéressant pour une thèse pluridisciplinaire. S'agissant de la présente étude, le choix des législations étudiées a été guidé par le souci de prendre autant que possible des exemples variés afin d'accroître la probabilité de parvenir à une solution transposable au droit tunisien. En ce sens, ont été retenues l'exemple espagnol, irlandais, argentin, maltais, français et iranien.

A. L'exemple espagnol

La loi espagnole qui organise la question du changement de sexe est celle du 15 mars 2007 sur la rectification de l'enregistrement de la mention relative au sexe des personnes⁷⁵. La procédure relève de la compétence de l'officier de l'état civil qui opère en sa qualité de juge de première instance. L'action en rectification est ouverte à toute personne ayant atteint l'âge de la majorité. Au surplus, celle-ci doit remplir toute une série de conditions cumulatives relatives à sa personne. En l'occurrence, elle doit d'abord démontrer l'existence et la persistance d'une dissonance entre son sexe morphologique sous lequel elle a été initialement inscrite et l'identité de genre qu'elle ressent, autrement dit, qu'elle souffre d'une dysphorie du genre. Elle doit ensuite établir l'absence de troubles de la personnalité qui seraient susceptibles de mettre en doute la véracité de la dissonance alléguée. Aussi, elle doit se soumettre à un

⁷⁵ Loi n° 3 du 15 mars 2007 sur la rectification de l'enregistrement de la mention relative au sexe de la personne (Espagne). Voir aussi loi du 8 juin 1957 sur le registre civil, spécialement l'article 97 et le décret du 14 novembre 1958 approuvant le règlement de la loi sur l'état civil (Espagne).



traitement médical durant au moins deux ans pour faire correspondre ses caractéristiques physiques à celles du sexe revendiqué. Il n'est pas nécessaire que ce procédé aboutisse à une opération chirurgicale de réassignation sexuelle.

B. L'exemple irlandais

À travers le Gender recognition Act de 2015, la loi irlandaise a aménagé un régime spécial pour la reconnaissance du changement de sexe. La loi irlandaise a ainsi instauré la tenue d'un registre spécial dédié à la consignation des modifications de la mention du sexe. De la sorte, le registre de l'état civil ne s'en trouve pas modifié. Les deux registres subsistent de manière parallèle.

La procédure de changement du sexe qui relève de la compétence du ministère de la protection sociale a été à la fois déjudiciarisée et démedicalisée. L'administration est simplement tenue de vérifier que les conditions formelles sont bien remplies par le demandeur. En l'occurrence, elle doit s'assurer de la nationalité irlandaise du demandeur et de son âge. Les demandes n'étant ouvertes qu'aux individus âgés de 18 ans révolus. Sous certaines conditions, les mineurs âgés de 16 à 18 ans peuvent également faire une demande de modification de la mention de leur sexe.

Le *Gender recognition Act* de 2015 a complètement démedicalisé la procédure pour les majeurs. En revanche, pour les mineurs, outre l'autorisation du titulaire de l'autorité parentale, la loi exige un avis médical favorable et une expertise psychiatrique établissant le syndrome de la dysphorie du genre chez l'intéressé.

C. L'exemple argentin

La loi sur l'identité de genre de l'état fédéral argentin de 2012⁷⁶ a instauré deux principes en faveur des personnes transgenre. Le premier est celui de la démedicalisation de la procédure, ce qui implique que la loi ne requiert du demandeur aucune preuve de la dissociation entre son identité biologique et son identité de genre. Le législateur argentin est allé encore plus loin puisqu'il a interdit explicitement que l'on demande à l'intéressé la preuve d'une intervention

⁷⁶ Loi n°26-743 établissant le droit à l'identité de genre de la personne du 23 mai 2012 (Argentine).

chirurgicale de réassignation sexuelle qu'elle soit totale ou partielle, tout comme il prohibe que l'on exige la preuve d'une thérapie hormonale ou tout autre traitement psychologique ou médical.

Le deuxième principe instauré par la loi sur l'identité du genre est celui de la déjudiciarisation de la procédure de changement de sexe. En somme, cela signifie que le changement de la mention du sexe s'opère sur une simple déclaration de l'intéressé auprès des autorités administratives compétentes. Si la demande est remplie les formalités fixées par la loi alors aucun refus ne peut lui être opposé. Le principe directeur étant celui de l'auto-détermination du sexe. Celle-ci repose sur l'auto-perception des individus. Ce principe de changement de sexe est toutefois un droit à la fois épuisable et irréversible. Epuisable car limité à une seule modification extra-judiciaire de toute la vie de l'intéressé. Irréversible car en cas de modification opérée aucun retour au sexe opposé n'est envisageable. Toute demande de rectification ultérieure étant tributaire d'une autorisation judiciaire préalable.

D. L'exemple maltais

Voulant introniser la possibilité du changement de sexe dans son ordre juridique, le législateur maltais a voté en 2015 une loi baptisée «*Act for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person*». Ce qui peut être traduit par «*la loi pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre des personnes et la régulation des effets d'un tel changement, comme la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles de la personne*».

Comme son nom l'indique, cette disposition légale admet la possibilité de modifier la mention du sexe à l'issu d'une procédure de rectification de l'acte de naissance. Sans avoir besoin de recourir à une quelconque procédure judiciaire, le demandeur doit simplement exprimer sa volonté de changer de sexe par écrit auprès de l'officier d'état civil. S'il est en capacité de prouver sa nationalité et sa majorité légale, sa demande doit alors être favorablement accueillie.



La nécessité d'une réassignation chirurgicale en tant que condition d'acceptation de la demande est textuellement écartée par la loi maltaise. Le principe de l'autodétermination des individus y règne donc en maître. Non que cela exprime l'ouverture du législateur maltais à une conception absolutiste du volontarisme individuel mais plutôt sa préoccupation de préserver le bien-être et l'intégrité physique de l'individu face aux contraintes médicales de la réassignation sexuelle par la voie chirurgicale.

E. L'exemple français

Après plus de vingt ans d'évolution jurisprudentielle sur la question du changement de sexe dans l'ordre juridique français, le législateur est enfin sorti de son silence. Son intervention fut d'une part fortement encouragée par les insistants appels des instances de défense des droits de l'Homme tant au niveau national⁷⁷ qu'à l'échelle internationale⁷⁸. Elle fut d'autre part provoquée par la Cour européenne qui a fortement poussé vers un assouplissement des conditions de changement de sexe établies par la jurisprudence française⁷⁹.

Un bref rappel historique de l'évolution jurisprudentielle en la matière s'impose. Pendant longtemps, la Cour de cassation française a refusé les demandes de changement de sexe sur les actes d'état civil. En ce sens, jusqu'aux années 90, elle rejetait systématiquement ce type de recours. Son intransigeance fut généralement motivée par le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁸⁰.

Dans son arrêt du 21 mai 1990, la Haute Cour a entendu briser toute dissidence des juges du fond en précisant que « *le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe* »⁸¹. En plus elle avait cru bon de

⁷⁷ CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, juin 2013.

⁷⁸ Rapport du Commissaire aux droits de l'homme « Droits de l'homme et identité de genre », Conseil de l'Europe, 2009.

⁷⁹ CEDH, 10 mars 2015, n° 14793/08, Y. Y. c/ Turquie, D. 2015, p.1875, note P. Reigné ; ibid. 2016, p.752, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; ibid, p.915, obs. Reigné ; AJ fam. 2015, p.542, obs. P. Reigné ; RDSS 2015, p.643, note S. Paricard ; RTD civ. 2015, p.331, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid., p.349, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2015, p.113, obs. F. Marchadier ; RJPF mai 2015, p.13, obs. E. Putman.

⁸⁰ Cour cass. (fr), ch. civ. 1ère, 16 déc. 1975, 1^{ère} espèce, D. 1976, p.397 ; Cour cass. (fr), ch. civ. 1ère, 30 nov. 1983, J.C.P. 1984, 20222 ; Cour cass. (fr), ch. civ. 1ère, le 3 et 31 mars 1987, Bull. civ. I, n° 79 et 116 ; D. 1987, p.445, note P. Jourdain ; Gaz. Pal. 1987.2.577, note E. S. de la Marnierre ; JCP1988-II, 21000, note E. Agostini.

⁸¹ Cour cass. (fr), ch. civ. 1ère, 21 mai 1990, JCP. 1990. II. 21588.

s'aventurer sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme. À cet égard, elle a estimé que le refus de changer le sexe juridique d'un requérant ne pouvait constituer pour le transsexuel une atteinte à sa vie privée⁸². Suite à un vif rappel à l'ordre par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 25 mars 1992⁸³, la Cour de cassation française a révisé sa position en la matière.

En ce sens, à partir de 1992, sur le fondement des articles 60⁸⁴ et 99⁸⁵ du Code civil, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a admis que les transsexuels pouvaient changer de prénom et de genre sur leur acte d'état civil. Pour ce faire, les requérants se sont vus imposer une condition : celle de présenter le syndrome du transsexualisme, ce qui impliquait que la personne devait ne plus posséder tous les caractères du sexe d'origine et « *prendre une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe* », auquel « *correspond en outre son comportement social* »⁸⁶. Selon la Cour, lorsque cette condition est remplie, le droit à la vie privée justifierait que l'état civil de la personne indique « *le sexe dont elle a l'apparence* ».

La Cour avait donc balayé l'argument lié à l'indisponibilité des personnes en disant simplement que ce principe « *n'y fait pas obstacle* »⁸⁷.

Malgré cet assouplissement jurisprudentiel de façade, en réalité la situation juridique des transsexuels ne s'est pas véritablement améliorée. Dans le fond, la condition exigée par la Cour cache plusieurs autres exigences. En réalité, pour que le transsexuel puisse prétendre à la modification de son état civil, il devait prouver qu'il remplissait l'ensemble des points suivant : D'abord, il devait démontrer qu'il souffre du syndrome de transsexualisme.

La réalité du syndrome devait, de surcroît, être établie par une expertise judiciaire. Ensuite, il devait avoir subi un traitement médico-chirurgical dans un but thérapeutique. Puis, il devait ne plus posséder toutes les caractéristiques de son sexe d'origine. Autrement dit, la Cour exigeait une réassignation sexuelle totale, c'est-à-dire une ablation des organes génitaux

⁸² Ibidem.

⁸³ CEDH, 25 mars 1992, D. 1993, p.101.

⁸⁴ Relatif au changement de prénom.

⁸⁵ Relatif à la modification de l'acte d'état civil

⁸⁶ Cour cass. (fr), Ass. plénière, 11 déc. 1992, 91-11.900.

⁸⁷ Ibidem.



suivie d'une reconstruction des organes sexuels. Ensuite, il devait avoir pris une apparence physique le rapprochant de l'autre sexe. Enfin, il devait avoir adopté un comportement social en adéquation avec son nouveau sexe.

À partir de 2012, la Haute Cour a davantage assoupli sa position. Trois grands critères étaient dès lors exigés pour accueillir favorablement une demande de rectification de l'acte d'état civil suite à un changement de sexe⁸⁸. D'abord il fallait rapporter la preuve de la réalité du syndrome de transsexualisme. Ensuite, il fallait rapporter la preuve du caractère irréversible de la transformation de l'apparence physique. Enfin, il fallait justifier d'une apparence physique rapprochant le demandeur de l'autre sexe auquel correspond son comportement social. Malgré cette évolution notable, la Cour de cassation semblait donc toujours attachée à l'exigence de la stérilité du transsexuel à travers la notion de l'irréversibilité de la transformation. Pourtant, les opérations chirurgicales de réassignation sexuelle comme la phalloplastie ou la vaginoplastie avaient déjà montré leurs limites.

Par ailleurs, l'hormonothérapie offrait aux transsexuels une véritable alternative en vue de modifier leur apparence physique⁸⁹. La cour accusait donc une latence manifeste par rapport à l'évolution de la médecine en ce domaine.

Sans doute conscient de cet écart entre la jurisprudence et les avancées scientifiques d'une part, et fortement influencé par un contexte national et international favorables d'autre part, le législateur français a finalement légiféré en la matière. En ce sens, la loi du 18 novembre 2016 a introduit dans le Code civil, une nouvelle section consacrée à « *la modification de la mention du sexe à l'état civil* ». Le nouveau texte, tout en maintenant le changement de sexe sous le contrôle du juge, a aboli les conditions imposées jusqu'à lors par la jurisprudence et assouplit considérablement les conditions du changement de sexe. Cette réforme consacre l'identité de genre, jusque-là radicalement refusée par la Cour de cassation⁹⁰. Désormais,

⁸⁸ Cour cass. (fr), ch. civ. 1ère, 7 juin 2012, 2 arrêts, n°11-22.490 et 10-26.947, D. 2012, p.1648, note F. Vialla ; JCP 2012, p.753, note Ph. Reigné. RDSS 2012, p.880, obs. S. Paricard.

⁸⁹ Ph. Reigné, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », JCP 2011, p.480 ; F. Vialla, « Transidentité, en attendant la Cour de cassation », JCP 2012, p.697.

⁹⁰ Cour cass. (fr), ch. civ. 1ère, 13 févr. 2013, 2 arrêts, n° 11-14.515 et 12-11.949, Bull. civ. I, n° 13 et 14.

le changement de sexe se fonde sur la possession d'état sexuel⁹¹, sur l'apparence sociale choisie par la personne et uniquement sur cet élément, toute condition d'ordre médical ayant été abandonnée.

Le législateur a donc expressément aboli tout aspect médical à la procédure de changement de sexe. Non seulement les éléments de faits permettant de justifier la modification de la mention du sexe ne font désormais référence à aucun élément médical, mais surtout une disposition spéciale prévoit que « *le fait de ne pas subir des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* »⁹².

F. L'exemple iranien

En 1986, suite à des années de militantisme, Maryam Khatoon Molkara, une avocate iranienne transgenre a réussi à convaincre le guide suprême, l'ayatollah Khomeini, à autoriser les opérations de changement de sexe en Iran. Par décret religieux il donna une suite favorable à cette demande. Dans sa fatwa, l'ayatollah déclara que les thérapies hormonales et les opérations chirurgicales de réassignation du sexe sont acceptables d'un point de vue religieux. Le guide suprême justifiera sa position par la priorité de l'âme sur les considérations de la chair.

Cette fatwa a eu une forte résonance dans la perception de la sexualité et du genre dans l'Islam d'obédience chiite. Tout compte fait, elle a ouvert la porte de la légalité juridique aux personnes transgenres voulant modifier leur sexe d'appartenance. Celles-ci devaient néanmoins se soumettre à toute une série de procédures judiciaires et médicales. Finalement, en 2013, le parlement iranien a favorablement voté une loi relative au changement de sexe. Il ressort de l'article 4 de la loi relative à l'organisation de la famille que les décisions de réaffectation du sexe relèvent de la compétence du tribunal de la famille. Dans son avis consultatif numéro 4/8 / 92-1444 / 92/7 du 26 octobre 2014 le département juridique de la magistrature a détaillé et expliqué l'ensemble des formalités légales ainsi que les diverses étapes à observer par ceux qui souhaitent changer de sexe.

⁹¹ C. Khun, « Droit et transsexualisme, la consécration d'une métamorphose », In Bioéthique et genre, LGDJ-Lextenso, 2013, p. 201.

⁹² Code civil français, art. 61-6, nouv. al. 3.



Il en ressort qu'avant de pouvoir se faire opérer, le demandeur doit obtenir une autorisation judiciaire. Lors de l'instruction du dossier, le tribunal saisi doit diligenter une enquête sociale.

En plus de cela, il est tenu de consulter l'organisation de la médecine légale iranienne. À la lumière de l'avis de celle-ci et des éléments recueillis lors de l'enquête sociale l'autorité judiciaire prendra la décision appropriée.

Une remarque mérite d'être soulignée à ce niveau. Le département juridique de la magistrature précise dans son avis que le rôle du tribunal se limite à confirmer la nécessité de recourir à la chirurgie en tenant compte des recommandations de l'organisation de la médecine légale iranienne. Sa décision ne peut en aucun cas forcer le requérant à subir le processus de réassignation du sexe par la voie chirurgicale. Celui-ci demeure entièrement libre dans son choix. Néanmoins, le changement de sexe juridique demeure tributaire de la réalisation de la chirurgie de confirmation du genre. En conséquence, les personnes transgenres qui refusent de poursuivre le processus de transformation médicale dans son ensemble, se voient priver de reconnaissance de l'identité légale dont elles se revendiquent. Le montage s'apparente donc en réalité à un non-choix. En revanche, le refus du tribunal d'autoriser l'opération de réassignation du sexe est susceptible d'appel.

S'agissant de la suite de la procédure, si le tribunal émet un avis favorable à la requête, il délivre au demandeur une autorisation afin qu'il puisse entamer le traitement adéquat et subir l'intervention chirurgicale nécessaire. À l'issue de ces procédés, l'intéressé doit à nouveau soumettre son dossier médical au tribunal. Il doit obligatoirement contenir la preuve de la réalisation de l'opération de réassignation du sexe. Le cas échéant le juge autorise le requérant à solliciter l'agence nationale d'état civil afin de modifier son nom, inscrire sur son acte de naissance son nouveau genre et rééditer ses nouveaux documents d'identité.

II. *Ebauche de solutions pour le droit tunisien*

À la lumière de l'état des lieux du droit tunisien et des solutions auxquelles sont parvenues les législations comparées au sujet du changement de sexe, il est possible d'envisager une solution adaptée au contexte tunisien articulée sur deux axes. Le premier régissant le cas du mineur et retenant comme proposition la suspension temporaire de la mention du sexe à l'état civil (A). Le second s'intéresse quant à lui au cas du majeur (B).

A. Le cas du mineur

Pour proposer une solution adéquate à la question du changement de sexe du mineur (2) il convient au préalable de bien identifier le cœur du problème dont il est question (1).

1. L'identification du problème

La loi de 1957 réglementant l'état civil en droit tunisien prévoit dans son article 22 qu'en principe, « *les déclarations des naissances seront faites, dans les dix jours de l'accouchement [...]* ».

D'après l'article 24 de la même loi, c'est en premier lieu au père qu'il revient de déclarer le nouveau-né. À défaut, cela revient aux docteurs en médecine, sages-femmes, ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement. L'article 26 précise que « *l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les noms et prénom qui lui seront donnés* ». Ainsi, dans une situation normale, tout nouveau-né devrait se voir juridiquement doté d'une identité, y compris sexuelle, dans le délai des dix jours qui suivent sa naissance. Or, ces dispositions semblent inadaptées aux situations complexes où le sexe de l'enfant s'avère difficile à déterminer dès les premiers jours.

Dans l'hypothèse d'un enfant né intersexuel, quand bien même le sexe n'a pas été déterminé avec certitude, le père en premier lieu, sinon tous ceux qui ont une obligation légale de déclarer la naissance, doivent le faire dans un délai de dix jours afin de ne pas tomber sous le coup de la sanction pénale⁹³.

⁹³ Article 25 de la loi de 1957 réglementant l'état civil : « Toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration prescrite par l'article 22 de la présente loi, sera punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de trois mille francs ou de l'une des deux peines seulement ».



Sur le plan du droit civil, si la déclaration n'a pas eu lieu dans le délai prévu à cet effet, l'article 23 de la loi relative à l'état civil permet de saisir le « *Président du Tribunal de Première Instance* » d'une action d'état aux fins de doter l'enfant d'un état civil. Celui-ci peut néanmoins « *renvoyer l'affaire devant le Tribunal* ». Ce n'est qu'une fois ce jugement d'état obtenu, que pourra intervenir la déclaration de naissance auprès de l'officier d'état civil. La lourdeur de cette procédure judiciaire est sans aucun doute éprouvante pour les parents. Au surplus, il peut s'écouler de nombreuses semaines avant que ceux-ci ne disposent des résultats et des analyses leur permettant de choisir le sexe de leur enfant. Ils peuvent être plus ou moins longs selon la complexité du cas examiné.

En un mot, c'est dans l'empressement total que toute la procédure se doit d'être réalisée. C'est en toute hâte que l'identité juridique du sujet doit être établie. Son prénom et son sexe lui sont attribués dans la précipitation. Dès lors, il ne serait pas étonnant que des erreurs d'appréciation soient commises. Ceci est d'autant plus vrai que dans les cas les plus complexes, la doctrine souligne que « *les investigations cliniques, biologiques et histologiques sont longues et plusieurs semaines à plusieurs mois sont nécessaires avant que l'on ne puisse se prononcer sur une orientation définitive* »⁹⁴. Certes, le délai de 10 jours prévu par le législateur tunisien est suffisant la plus part du temps, pour que les médecins puissent réaliser un examen du caryotype primaire de l'intéressé afin de déterminer son sexe chromosomique⁹⁵.

Il faut néanmoins admettre que cela oblige à agir dans l'urgence. Or, une telle urgence n'est malheureusement pas toujours compatible avec la lenteur administrative du corps médical surtout celui du secteur public. Il est dès lors à craindre des dépassements récurrents des délais. À considérer que ceux-là aient été respectés, l'ensemble de la procédure demeurerait malgré cela une entreprise exécutée dans l'empressement. Le risque d'erreur ne s'en trouve dès lors pas diminué pour autant.

⁹⁴ A.-M. Rajon, « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », In L'État civil dans tous ses états, C. Neirinck (dir.), LGDJ 2008, p.75 ; Voir aussi B. Chevallier, J.-B. Armengaud, E. Mahe, Pédiatrie, collection Le livre de l'interne, 2007. Les auteurs évoquent un délai de six semaines.

⁹⁵ S. Cabrol et G. Audry, « Attitude pratique devant un nouveau-né présentant une ambiguïté sexuelle à la naissance », La Revue du praticien, 2000, n°45, p. 26.

À cela s'ajoute une autre difficulté. Dans le cas des personnes nées intersexe, il n'est pas rare que les caractéristiques permettant l'identification sexuelle tardent à apparaître. Cela peut résulter de la présence chez un même individu des attributs masculin et féminin sans qu'il ne soit possible de privilégier l'un des deux avant un certain âge. Cela peut aussi provenir d'une mutation biologique spontanée qui s'opère lentement dans la durée. Dans un cas comme dans l'autre, tel que le soulignent les Professeurs Belhadj et Bourgou, « *le jeune à cet âge peut avoir également des interrogations sur la manière avec laquelle il se considère et se représente soi-même, sur sa façon d'être et sur ses comportements dans le domaine social ; c'est-à-dire sur le fait d'être un « masculin » ou un « féminin »*⁹⁶, ce qui par voie de conséquence peut « *aboutir à des choix « temporaires » entrant dans le cadre d'expérimentations transitoires et n'engageant pas encore le choix définitif* ».

Or, au rebours des éléments précédents, le droit tunisien ne prévoit pas la possibilité d'une rectification de la mention du sexe et n'envisage ni l'hypothèse de l'erreur matérielle, ni l'hypothèse d'un dépassement de délai, cela risque de causer un préjudice considérable à l'intéressé qui se retrouve, dès les premiers jours de son existence piégé dans un sexe juridique incompatible avec sa vérité biologique. Ainsi l'intérêt du nouveau-né se voit sacrifié, ce qui est paradoxal au regard du Code de la protection de l'enfant. Celui-ci a en effet placé l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que « *considération majeure dans toutes les mesures prises [...] par les tribunaux, les autorités administratives, ou les institutions publiques* »⁹⁷.

En fin de compte, il faut conclure que si le problème devait être identifié, son point d'orgue s'explique par un conflit entre d'une part, l'intérêt de l'enfant, et d'autre part la pression socio-juridique exercée sur les parents. **La question à laquelle il faut apporter réponse est celle de savoir s'il faut permettre aux médecins de dicter le sexe de l'intersexuel dès sa naissance sans recueillir son avis ? Le cas échant, il s'agirait d'un sexe d'appartenance imposé à l'intéressé.**

Ou bien, serait-il plus opportun de laisser à l'intersexuel le soin mais aussi la responsabilité de prendre cette décision lorsqu'il aura atteint une certaine maturité ?

⁹⁶ A. Belhadj et S. Bourgou, « La sexualité des mineur-e-s », In Droits sexuels, droits humains à part entière, W. Ferchichi et H. Chekir (dir.), Association ADLI avec la soutien de Heinrich Böll Stiftung, Tunis 2017, p.28. Disponible en ligne : http://www.adlitn.org/sites/default/files/etude_droits_sexuels_2017_web.pdf

⁹⁷ Code de la protection de l'enfant, article 4.



2. Proposition de solution

Afin de répondre aux interrogations émises et surtout, dans la perspective de prévenir les risques d'erreurs pouvant découler d'une assignation du sexe dans l'empressement, somme toute, extrêmement rudes à réparer par la voie judiciaire, socialement dures à assumer et psychologiquement éprouvants pour l'intéressé⁹⁸, certaines législations ont élaboré des solutions consistant à rallonger les délais accordés aux parents pour décider du sexe à inscrire sur l'acte de naissance du nouveau-né lorsqu'une erreur est à craindre. Il s'agit donc d'un effacement provisoire de la mention du sexe du document de l'état civil. En termes de durée, celui-ci est variablement fixé par les droits comparés.

En Allemagne, depuis 2013, la loi relative à l'état civil (*Personenstandsgesetz*) prévoit la possibilité de ne pas indiquer de genre sexuel dans le registre des naissances⁹⁹. L'inscription de la mention du sexe sur l'acte d'état civil de l'intéressé peut donc être suspendue et différée jusqu'à ce que la personne puisse décider par elle-même du sexe auquel elle souhaite être affectée. En attendant cela, la mention du sexe demeurait vide. Le 10 octobre 2017, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, le *Bundesverfassungsgericht*, a accueilli favorablement la demande d'une personne intersexuée qui prétendait que le refus d'inscrire une mention non binaire à son état civil était inconstitutionnel¹⁰⁰. Elle a estimé que « *parce que leur identité intersexuelle est non équivoque et durable, [les personnes intersexes] ont droit à une reconnaissance égale de leur genre en tant qu'expression de leur droit personnel global* »¹⁰¹.

Elle poursuit, « *leur assignation de force au genre masculin ou féminin empiète sur leur droit personnel en les contraignant à se placer dans un système binaire qui ne correspond pas à leur sentiment identitaire propre* »¹⁰². Allant à rebours de ce qu'avait décidé la Cour fédérale de justice allemande en 2016 qui avait refusé à une requérante d'être inscrite sous la dénomination « *inter* » ou « *divers* »¹⁰³, la Cour constitutionnelle a décidé que le législateur

⁹⁸ A.-M. Rajon, « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », op. cit., p. 73 et p. 77 et s.

⁹⁹ G. Bouvaist, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande demande la reconnaissance d'un «troisième sexe» », D.2017, p.1404.

¹⁰⁰ B. Moron-Puech, « Autre sexe outre-Rhin ? «Plaisante justice qu'une rivière borde...» », D. 2018, p.73.

¹⁰¹ Cité par G. Bouvaist, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande demande la reconnaissance d'un «troisième sexe» », op. cit.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Bundesgerichtshof, 22 Juni 2016 :

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&Sei>

devait légiférer en la matière. Elle a considéré qu'avec « *cette catégorie, le législateur ne créera pas nécessairement "un troisième genre" [...] mais simplement une désignation générique destinée à toutes les personnes qui ne peuvent être assignés au genre masculin ou féminin, sans pour autant souhaiter être qualifiés de "sans genre"* »¹⁰⁴. Le législateur dispose donc d'un délai allant jusqu'au 31 décembre 2018 pour faire évoluer le droit de l'état civil en ce sens.

Une telle solution serait intéressante si elle devait être transposée au droit tunisien. D'un point de vue exclusivement théorique, rien ne s'oppose à cela. En ce sens, dans le Code de la protection de l'enfant, le législateur lui garantit un droit à l'identité. Il en précise les éléments constitutifs. Limitativement, il s'agit du prénom, du nom, de la date de naissance et de la nationalité¹⁰⁵. Aucune allusion n'est faite par le législateur au sexe de l'enfant. Ne pas préciser sa catégorie d'appartenance –de sexe masculin ou féminin– dès la naissance, n'aurait donc aucune incidence sur le droit à l'identité de ce dernier. Par truchement, elle consacrerait aussi un véritable respect de sa vie privée¹⁰⁶.

Spéculations académiques mises à part, sur le plan de la pratique pareille solution se montre malheureusement difficile à envisager dans le contexte tunisien. Inévitablement, elle se heurterait à un système socio-juridique multiséculaire entièrement construit sur une logique binaire des sexes. La classification traditionnelle débute dès le premier souffle de vie du nouveau-né si ce n'est bien avant par la voie échographique. À cela s'ajoutent les considérations culturelles et religieuses qui, loin de constituer des éléments catalyseurs pour un quelconque changement, tendent souvent à prévenir, sinon ralentir toute modification au système actuel. Enfin, comme l'a très justement observé la Cour de cassation française au sujet de la transposition de cette solution en France, l'admission d'une nouvelle catégorie telle que le « sexe neutre », « *aurait des répercussions profondes sur les règles du droit [...] construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications*

te=1&nr=75539&pos=42&anz=596&Blank=1.pdf

¹⁰⁴ Cité par G.Bouvaist, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande demande la reconnaissance d'un «troisième sexe» », op. cit.

¹⁰⁵ Code de la protection de l'enfant, article 5.

¹⁰⁶ K. Mejri, « La protection des libertés individuelles en droit tunisien », In Les libertés individuelles. Approches croisées, W. Ferchichi (dir.), avec le soutien d'Open Society Foundations, Tunis, 2014, pp.76-163. (En langue arabe). Disponible en ligne : <http://www.adlitn.org/sites/default/files/livre%20%27libert%C3%A9s%20individuelles%20approches%20crois%C3%A9es%27.pdf>



législatives de coordination »¹⁰⁷. Dans la mesure où comme en droit français, la loi tunisienne ne permet pas de faire figurer dans les actes de l'état civil l'indication d'un sexe autre que « masculin » ou « féminin », la solution allemande est à ce jour difficilement envisageable dans l'exemple tunisien.

En France, l'article 57 du Code civil dispose que l'acte de naissance doit être dressé dans les cinq jours qui suivent la naissance. Toutefois, le point n°55 de l'instruction générale relative à l'état civil prévoit un prolongement de délai, porté à deux ans, lorsqu'il est question d'enfants intersexes dont le médecin ne parviendrait pas à déclarer le sexe. Une telle solution semble parfaitement envisageable dans l'exemple tunisien. D'une part, parce qu'elle n'aurait pas de conséquences juridiques lourdes nécessitant un ajustement de l'ensemble des normes législatives en lien avec la question. Ensuite, parce qu'il s'agit d'une solution qui n'est pas totalement étrangère au droit tunisien. En ce sens, au principe de la déclaration de naissance qui doit être réalisée dans les dix jours suivant l'accouchement, le législateur admet une exception. Il rallonge ce délai et l'étend à quinze jours « *pour les naissances survenues hors du périmètre communal et en pays étrangers* »¹⁰⁸. Le législateur n'est donc pas totalement réticent à l'idée d'une extension de délai en vue de prévenir les difficultés matérielles qui pourraient heurter la procédure de déclaration des nouveau-nés. Dans la mesure où la détermination du véritable sexe de ces derniers s'apparente bien à une difficulté matérielle lorsqu'ils naissent intersexe, il est dès lors parfaitement envisageable d'accorder un délai supplémentaire à la recherche de leur sexe d'appartenance avant que cela ne soit définitivement inscrit sur leur acte de naissance.

Sur le principe, une telle solution est attrayante et éviterait bien des désagréments aussi bien aux parents qu'à l'enfant intersexe. Elle s'inscrit dans la continuité de ce qui est prévu dans le Code de la protection de l'enfant qui prévoit dans son article 5 qu'il a « *droit au respect de sa vie privée, tout en considérant les droits et les responsabilités de ses parents ou de ceux qui en ont la charge* ». De ce point de vue, la proposition est donc parfaitement soutenable.

Néanmoins, elle reste à parfaire car elle souffre de bon nombre d'incertitudes.

¹⁰⁷ Cour cass. (fr), ch. civ. 1ère, 4 mai 2017, D. 2017, p.1399.

¹⁰⁸ Article 22 de la loi n° 57-3 du 1er août 1957 relative à l'état civil.

D'abord, si le rallongement des délais peut s'avérer utile car suffisamment long pour déterminer le véritable sexe anatomique de l'intéressé, cela ne garantit en rien la concordance entre l'auto-perception de soi et la fiction juridique inscrite sur l'état civil. Ensuite, il faudra donner une limitation chiffrée à cette extension de délai. Dès lors se pose la problématique du critère à retenir à cet effet. Faudra-t-il suspendre ce délai jusqu'à l'affirmation chez l'enfant d'une identité auto-perçue ? Une réponse par la négative s'impose car cela peut-être plus ou moins long selon les individus. Cette incertitude est malheureusement porteuse d'insécurité juridique tant pour l'intéressé que pour les tiers. Il est dès lors primordial de l'éviter. Dans ce cas, faut-il se rabattre sur un délai fixe indexé par exemple sur l'âge de la majorité légale ? La maturité de l'intéressé, son aptitude à exprimer son consentement et à opérer les choix le concernant semblent être dans ce cas de figure, des garanties suffisantes. Le cas échéant, rien ne s'oppose à ce que le délai soit rabaissé à l'âge de la minorité émancipée. La proposition reste à affiner et mérite sans aucun doute quelques ajustements.

B. Le cas du majeur

Contrairement au cas du mineur pour lequel la solution à la problématique du changement de sexe s'apparente à une simple jeu d'extension de délai quant à la mention à inscrire sur son acte de naissance, le cas du majeur nécessite une intervention législative plus active. Plus précisément, il convient de souligner que la situation est différente selon qu'il s'agisse d'un cas de personne majeure intersexe de celui d'une personne transgenre. Dans la première hypothèse, il est question d'un individu qui souffre d'une ambiguïté sexuelle qui ne peut être soignée que par la voie médicale. Dans ce cas de figure, le changement du sexe s'inscrit dans une optique curative motivée par des raisons médicales et admises par la jurisprudence tunisienne¹⁰⁹. Une intervention législative à ce sujet n'est dès lors pas forcément nécessaire.

Elle risque même de s'avérer contre-productive. En revanche, dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire celle des personnes transgenres, il en est autrement. Dans ce cas de figure, le changement du sexe est perçu comme un acte délibéré des personnes intéressées. Il se heurte dès lors à un rejet inconditionnel. C'est précisément à ce niveau qu'il convient d'intervenir

¹⁰⁹ Voir supra la position de la jurisprudence.



législativement soit en instaurant un véritable droit à l'auto-détermination (1), soit en optant pour une autre solution consistant à l'effacement de la mention du sexe des documents d'identification des individus (2).

1 - La reconnaissance d'un droit à l'auto-détermination

L'instauration d'un régime juridique articulé sur le droit à l'auto-détermination notamment en matière d'identité sexuelle constitue une solution que bon nombre de législations comparées ont d'ores et déjà adoptée. Il convient dès lors de la transposer à l'exemple tunisien tout en l'adaptant à ces spécificités, ce qui nécessite que nous en exposions les modalités (a) avant d'en souligner les avantages (b).

a. L'exposé de la solution

Afin de venir à bout de la carence législative dont souffre le droit tunisien actuellement au sujet du changement de sexe, le législateur devrait intervenir sans plus tarder pour élaborer un montage juridique spécialement conçu à cet effet. Les expériences étrangères constituent à ce propos de précieuses sources d'inspiration qu'il convient d'exploiter.

Un tel montage juridique serait en premier lieu guidé par le principe de l'autodétermination des individus intersexuels. Une place considérable à leur autonomie de la volonté devra être aménagée. Le mécanisme juridique qui devra dès lors régir la question doit répondre à une logique d'encadrement et non à un raisonnement de direction.

Le législateur doit par ailleurs rompre avec la jurisprudence tunisienne actuelle au sujet du changement de sexe. En l'occurrence, il est fondamental qu'il s'affranchisse de la logique de pathologisation élaborée par les juges. Au lieu de cela, il doit tenir compte de l'évolution des connaissances actuelles sur les problématiques d'indétermination sexuelle. À ce propos des avancées spectaculaires du monde de la médecine et de la psychiatrie ont été enregistrées ces dernières années. Il serait judicieux de les intégrer dans la formation des praticiens du droit, surtout les juges et les avocats en exercice ou en formation. Dans le même ordre d'idées, il ne faut surtout pas perdre de vue, comme l'a très justement soulevé la

Cour constitutionnelle fédérale allemande, que « *les variantes du développement du genre ne sont pas des maladies. Il est exclu par exemple d'envisager leur "guérison". Aucune intervention médicale ou psychologique ne pourra changer quoi que ce soit à cette situation d'indétermination en tant que telle. L'enjeu de la place des personnes faisant preuve d'une variante dans le développement du genre relève d'une problématique sociale globale et c'est dans ce cadre précis qu'elle doit être envisagée* »¹¹⁰.

Le législateur tunisien peut par exemple s'inspirer de son homologue français. À l'issu de nombreux revirements jurisprudentiels et non sans l'influence manifeste de la doctrine sur le sujet, le législateur français est finalement intervenu pour légiférer sur la question du changement de sexe et lui instaurer un cadre juridique clairement défini. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dite de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle a permis d'introduire dans le Code civil l'article 61-5 qui dispose que : « *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 ; ».*

La jurisprudence n'a d'ailleurs pas tardé à adopter cette réforme. Dans son Arrêt du 15 mars 2017, la Cour d'appel de Montpellier¹¹¹ a précisé « *qu'en application de ces nouveaux textes [...], la personne ne doit plus établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi*

¹¹⁰ G. Bouvaist, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande demande la reconnaissance d'un «troisième sexe» », op. cit.

¹¹¹ CA de Montpellier, 15 mars 2017, D. 2017, p.816 obs. F. Violla.



que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ». Elle a rappelé quela réalité de la possession d'état du sexe revendiqué « *doit être démontrée, par une réunion suffisante de faits* ».

Une transposition de la solution française serait une première piste à explorer pour le législateur tunisien. Elle nécessitera sans aucun doute quelques ajustements pour être en conformité avec le contexte socio-juridique tunisien. Il faut néanmoins rester lucide et reconnaître que pour l'heure ce contexte n'a pas encore atteint un degré de maturité suffisant pour digérer pareille évolution.

Un affranchissement total de la volonté des individus en matière de détermination du sexe d'appartenance demeure une idée difficilement soutenable. Un encadrement juridique inspiré des différentes législations européennes nous semble approprié pour remédier à cela. Celui-ci pourra être érigé autour des grands points suivants :

i. Les conditions relatives à l'état juridique de la personne

La Capacité

Pour qu'une personne puisse prétendre au changement de son sexe, la loi devra exiger qu'elle soit capable. En droit, la capacité juridique se résume en l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs et à les exercer. En l'occurrence, l'intéressé doit avoir atteint l'âge de la majorité légale et être sain d'esprit. Pareille exigence coule de source dans la mesure où pour qu'un acte aussi déterminant dans la vie d'une personne soit entrepris, il faut s'assurer qu'il s'agit d'un choix réfléchi. À tout le moins, il doit émaner d'une personne dont les capacités mentales ne sont pas altérées et dont le consentement est éclairé. Pareille condition est explicitement prévue en droit portugais.

Le législateur tunisien devrait donc s'en inspirer pour entourer la procédure de changement de sexe de certaines garanties liées à la personne.

Le célibat

En Suède comme au Royaume Uni, le changement de sexe est suspendu à la condition du célibat de l'intéressé. S'il est marié, il devra alors mettre un terme à son union. Une telle condition devrait être reprise dans l'exemple tunisien. Elle aurait en effet comme principal mérite d'assurer la cohérence de la réforme avec les normes déjà en application dans l'ordre juridique tunisien. En l'occurrence, elle éviterait tout heurt avec la condition d'altérité sexuelle des futurs époux en tant que condition à la célébration du mariage. La conception tunisienne de l'institution matrimoniale étant à ce jour exclusivement hétérosexuelle.

ii. Les conditions relatives à l'état médical de la personne

Le diagnostic médical

Comme c'est le cas en droit espagnol, danois ou encore hollandais, le législateur tunisien pourrait exiger comme condition à l'autorisation du changement de sexe l'existence avérée d'une dissonance persistante entre le sexe morphologique sous lequel le demandeur a été initialement inscrit à l'état civil et l'identité de genre qu'il ressent. Autrement dit, il faut que l'intéressé soit réellement atteint d'une dysphorie du genre. Celle-ci devant être établie par un diagnostic médical qui relate l'existence de troubles de l'identité de genre chez la personne concernée.

Il faut souligner qu'une telle exigence, ne s'inscrit ni dans une perspective de stigmatisation, ni dans une logique de pathologisation. Elle reprend simplement à son compte la plus récente des évolutions dans le monde de la médecine psychiatrique. Sur le plan de la logique juridique, si une personne demande à changer de sexe sur son acte d'état civil, ce qui nécessite l'activation des exceptions aux principes de l'indisponibilité et d'immutabilité de l'état des personnes d'une part, et la conciliation -ô combien difficile- entre cette demande en tant que la manifestation d'une liberté individuelle et l'impératif de la sécurité juridique d'autre part, celle-ci doit nécessairement être entourée de certaines garanties. En l'occurrence, à minima, il faudrait s'assurer que

le demandeur soit réellement dans une situation psychologique qui nécessite un ajustement de la fiction juridique définissant sa personne. Pour ce faire, il faut que ses allégations soient appuyées par un diagnostic objectif émanant des spécialistes en la matière.

À tout le moins, une telle condition aurait le mérite de s'assurer que la demande est bien fondée.

C'est-à-dire, qu'elle n'a pas pour origine ou provenance une autre cause dont l'intéressé lui-même ne s'en serait pas rendu compte, ce qui altérerait son choix de changement de sexe.

 *L'engagement sur un processus de transformation irréversible de l'apparence physique*

En prévention à toutes les conséquences néfastes sur le droit de la filiation qui pourrait découler d'un engendrement subséquent à un éventuel changement de sexe juridique, plusieurs législations exigent du demandeur qu'il fournisse la preuve de son incapacité à l'engendrement. Si cette condition ne soulève pas de difficulté particulière chez les individus naturellement stériles, elle suscite chez ceux qui ne le sont pas la problématique de la stérilisation forcée. Historiquement, certains systèmes juridiques allaient encore plus loin et exigeaient du demandeur de changement de sexe qu'il rapporte la preuve de l'irréversibilité de sa démarche. Selon une jurisprudence française antérieure, une telle irréversibilité devait obligatoirement être prouvée par l'ablation des organes génitaux talonnée par une réassignation sexuelle totale.

La stérilisation tout comme l'obligation d'une réassignation sexuelle en tant que conditions préalables au changement de sexe sont aujourd'hui en phase d'être totalement abandonnées dans les divers systèmes juridiques qui admettent le changement de sexe. Considérées comme des exigences dégradantes, elles portent manifestement atteinte à l'intégrité physique des personnes concernées. En un mot, il s'agit de conditions inhumaines qui n'ont pas lieu d'être. C'est sans aucun doute ce qui a motivé une véritable levée de bouclier et une unanime dénonciation de la

part de multiple instances et institutions nationales et internationales. Il en est ainsi des différents organes du Conseil de l'Europe tels que son comité des ministres¹¹² ou encore son assemblée Parlementaire¹¹³. C'est aussi dans le même sens que s'est positionné le Commissaire aux droits de l'homme¹¹⁴, l'organisation des Nations Unis par le biais de son Comité des droits de l'homme¹¹⁵ ou encore l'organisation Mondiale de la Santé dans son rapport de 2014 appelant à l'abolition de la stérilisation forcée dans les législations nationales.

De nos jours, le processus de changement de sexe peut être effectué par la voie du traitement hormonal. Celui-ci peut en effet considérablement modifier certains aspects des caractéristiques physiques de l'individu pour le rapprocher du sexe opposé. Son efficacité n'est plus à prouver. Désormais, la majorité des droits comparés se suffisent de ce type de traitement pour donner suite favorable aux demandes de changement de sexe juridique. C'est aussi la même exigence que devrait reprendre à son compte le législateur tunisien. Fondamentalement, afin de concilier entre l'impératif de la sécurité juridique et le devoir de respecter la volonté des individus, ce que le législateur devrait prendre comme critère, c'est l'irréversibilité du processus de transformation de l'apparence du demandeur et non le changement de son sexe anatomique.

D'abord, il faut savoir que la nuance est d'une importance capitale. L'apparence renvoie à l'idée de ce qui est visible par autrui, à l'aspect sous lequel se présente un individu aux yeux des autres. Or, dans la vie quotidienne, l'interaction avec le monde se passe essentiellement par la communication visuelle et auditive, autrement dit, principalement par le regard, le visage et la voix. Ce sont donc ces éléments qui devront subir une modification significative rapprochant le demandeur du changement de sexe du genre qu'il souhaite. En revanche, il serait de l'ordre de la nudité d'exposer ses organes

¹¹² Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation 2010-5, points 20-21.

¹¹³ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution N°1728-2010, point 16.11.2.

¹¹⁴ Rapport du Commissaire aux droits de l'homme Droits de l'homme et identité de genre, Conseil de l'Europe, 2009.

¹¹⁵ Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le septième rapport périodique de l'Ukraine adoptées le 23 juillet 2013.



génétaux au grand public. Nul ne peut être identifié dans la vie en société comme étant de sexe masculin ou féminin au regard de son sexe anatomique. Seule son apparence extérieure, c'est à dire perceptible par autrui permet une telle classification. De ce point de vu, l'exigence d'une ablation des organes génitaux assortie d'une réassignation du sexe semble une condition complètement superflue.

Ensuite, il est primordial de souligner que le législateur tunisien devrait s'en tenir à l'exigence des traitements hormonaux sans aller jusqu'à suspendre le changement de sexe à la condition de la stérilisation. Certes ces traitements n'ont pas d'effet stérilisant, néanmoins ils provoquent une modification de l'apparence physique de manière belle et bien irréversible. Comme le souligne le Professeur Paricard, « *l'irréversibilité existe bien dans le sens que des transformations définitives se sont produites au regard de la pilosité, de la peau, des glandes mammaires, de la physiologie générale, et des facultés de reproduction. L'arrêt de la prise d'hormones peut certes entraîner une réversibilité partielle du processus de conversion sexuelle mais l'individu ne retrouvera jamais son apparence initiale. Seule une atténuation des transformations opérées peut être observée* »¹¹⁶.

Si jusqu'ici la solution est respectueuse de l'intégrité physique de l'être humain, elle demeure néanmoins exposée à la critique de son incapacité à prévenir les situations de l'engendrement subséquent à un changement de sexe. Pour cause, le traitement hormonal est susceptible d'altérer les fonctions reproductives de l'individu de manière conséquente mais il serait faux d'affirmer que celles-ci ne peuvent pas recouvrir une certaine efficience après un certain temps d'arrêt du traitement. C'est alors que peuvent survenir des situations d'une extrême complexité d'un point de vue social et juridique à l'instar du cas Thomas Beatie. Là encore une proposition peut être envisagée pour compléter la solution. Elle est inspirée de la jurisprudence allemande¹¹⁷. Elle consiste

¹¹⁶ S.Paricard, « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ? », Revue des droits de l'Homme, 8/2015.

¹¹⁷ CA Cologne, 30 nov. 2009, cité par F. Furkel, in Les incidences de la biomédecine sur la parenté, Approche internationale, dir. B. Feuillet-Liger, M-Cl. Crespo-Brauner, Bruylant, 2014, p. 44. En l'espèce, il était question d'une transsexuelle qui avait

à envisager le transsexuel sous son identité initiale lorsqu'il procrée dans son sexe d'origine. Il s'agit d'une sorte de fiction juridique exceptionnellement rétroactive, en ce sens où elle permet de produire certains effets juridiques actuels et futurs bien déterminés en se basant sur l'ancienne vérité anatomique. Ainsi, le transsexuel qui originellement est une « femme » et qui, juridiquement change de sexe pour devenir « homme », puis donnerait naissance à un enfant, serait considéré comme étant sa mère. La solution serait inversement envisagée pour le cas du père. De la sorte, l'intérêt supérieur de l'enfant serait bel et bien préservé au regard du droit de la filiation étant donné que sur son acte d'état civil il aura bien un double lien, l'un établi à l'égard du père, l'autre à l'égard de la mère.

iii. Demande et preuves à fournir

Des auditions judiciaires

En Espagne, les demandes de changement de sexe relèvent de la compétence du juge chargé de la tenue du registre de l'état civil. Dans l'exemple tunisien une extension du champ d'application de l'article 23 de la loi relative à l'état civil donnerait compétence au Président du Tribunal de Première Instance du lieu du domicile du requérant. Celui-ci ayant toujours la possibilité de renvoyer l'affaire devant le tribunal. Le juge ou le tribunal compétent devra alors procéder à des auditions du demandeur. Les témoignages des personnes qui connaissent sa vie au quotidien pourront aussi être demandés pour s'assurer de la concordance du sexe revendiqué par l'intéressé au comportement qu'il adopte dans son milieu social et professionnel.

modifié son sexe juridique pour devenir un homme suite à une intervention chirurgicale de réassignation de sexe. Or, avant cela, il avait procédé au dépôt de son sperme dans une banque spécialisée afin de le conserver. Quelque temps plus tard, sa compagne l'utilisa dans le cadre d'une insémination artificielle effectuée en Belgique et donna naissance à deux jumeaux. La transsexuelle s'empressa d'en reconnaître la paternité alors qu'elle était juridiquement considérée comme étant une femme. Après quelques déboires, la cour d'appel de Cologne a admis cette déclaration de reconnaissance. En l'occurrence, elle a prononcé l'établissement de la filiation paternelle à l'égard de la transsexuelle et a ordonné l'inscription de son prénom d'origine sur les actes de naissance des enfants.



 *Des rapports médicaux*

Le dossier de la demande devra contenir, en l'occurrence, les preuves relatant la preuve médicale de l'engagement sur un processus de changement de sexe étayé par des certificats et des rapports médicaux comme c'est le cas dans la quasi-totalité des droits comparés. À titre d'exemple, au Portugal, le rapport doit émaner d'une équipe de sexologie pluridisciplinaire comprenant au moins un médecin et un psychologue. En Iran l'avis du Conseil médico-légal est exigé. En Tunisie, l'expertise du médecin légiste pourrait être réclamée à l'appui de la demande.

À ce niveau, il faut souligner qu'il est difficile d'envisager que la procédure soit d'emblée déjudiciarisée en Tunisie comme dans certains exemples issus du droit comparé. Une simple déclaration de l'intéressé auprès des autorités administratives compétentes, notamment l'officier d'état civil comme c'est le cas en Argentine, nous semble insuffisante dans le contexte tunisien actuel. Celui-ci sera sans aucun doute marqué par la plus grande méfiance sur la question durant les premières années d'une éventuelle évolution législative. Il faudra dès lors adopter une politique législative à la fois vigilante et rassurante.

iv. Issue de la demande

 *Le changement du sexe juridique*

Si à l'issue de la vérification diligentée, il apparaît au juge ou au tribunal que l'ensemble des conditions sont remplies et que toutes les formalités ont été respectées, alors la modification de la mention du sexe pourra être prononcée. Incidemment, cela ouvrirait droit au demandeur de réclamer une mise à jour de son prénom, du registre de l'état civil, de son acte de naissance ainsi que de tous les papiers et documents divers afférents à son identité, tels que son passeport ou sa carte nationale d'identité.

 *L'irréversibilité du changement*

S'inspirant du modèle argentin avec quelques adaptations, le législateur tunisien devrait imposer une double restriction au droit de changement de sexe en vue de

préserver la sécurité juridique. Cette double restriction consiste en la limitation du droit au changement de sexe. Celui-ci devant être épuisable et cantonné à une seule modification du sexe juridique de toute la vie de l'individu. Ce changement étant unique, il est dès lors irréversible et ne peut faire l'objet d'une rétractation ni d'une nouvelle modification en vue de réintégrer le sexe d'origine.

b. Les avantages de la solution

L'admission du changement de sexe des individus aura une incidence bénéfique sur la cohérence du système juridique tunisien. Cela peut se vérifier au moins à trois niveaux :

i. Au regard du droit constitutionnel : garantir les libertés individuelles et empêcher les discriminations

L'article 21 de la Constitution tunisienne prévoit que : « *Les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination. L'État garantit aux citoyens et aux citoyennes les libertés et les droits individuels et collectifs. Il leur assure les conditions d'une vie digne* ».

Autrement dit, les constituants ont inscrit dans ce texte fondateur deux engagements que l'État est tenu de respecter : celui de garantir les libertés individuelles et celui d'œuvrer pour l'égalité entre les citoyens. Une réforme législative allant dans le sens de l'admission de la légalisation du changement de sexe ne ferait que placer le droit tunisien en phase avec ces engagements constitutionnels. D'une part, elle permettrait de concéder aux individus un droit à l'autodétermination, à choisir son sexe d'appartenance. D'autre part, elle éviterait aux intéressés de vivre dans la clandestinité juridique et la marginalité sociale, ce qui s'apparente à une discrimination à l'égard d'une frange de la société.

ii. Du point de vue du droit international privé : prévenir les statuts boiteux

En l'état actuel du système juridique tunisien, marqué par un silence législatif et un rejet jurisprudentiel des demandes de changement de sexe, il est parfaitement envisageable que les juges tunisiens s'empressent de recourir à l'exception d'ordre public international



afin de ne pas laisser produire en Tunisie les modifications du sexe pourtant survenu légalement à l'étranger. Le recours à ce mécanisme de rejet serait dans ce cas de figure motivé par la nécessité de protéger les bonnes mœurs. Or, en reconnaissant légalement la possibilité de changement de sexe en droit tunisien, le législateur éviterait la production en masse de statuts boiteux. En d'autres termes, une telle réforme aura l'avantage de prévenir la naissance de situations juridiques aberrantes où, un même individu, se retrouve considéré de sexe masculin dans un pays et de sexe féminin dans un autre, ou inversement. Il en va d'un principe fondamental en droit international privé, celui de la continuité du statut personnel des individus au-delà des frontières. Concrètement, si un ressortissant de nationalité tunisienne procède à un changement de sexe anatomique voir juridique dans un pays étranger, il lui sera possible de mettre à jour son sexe juridique en Tunisie afin de le faire correspondre à cela qu'il a légalement acquis à l'étranger. Bien entendu, il devra remplir les conditions requises par le droit tunisien afin que sa situation juridique soit reconnue sans être sanctionnée pour motif de fraude à la loi.

L'importance de la préservation du principe de la continuité du statut personnel des individus provient du fait qu'il soit interconnecté à toute une série d'autres droits. Il est ainsi du droit du mariage, celui de la filiation ou encore le droit des successions pour ne citer que ces exemples. En admettant la possibilité du changement de sexe c'est donc la cohérence de l'ensemble du système juridique tunisien que le législateur préservera.

ii. À la lumière du droit de la famille : préserver l'hétérosexualité de l'institution matrimoniale

Dans le Code du statut personnel le législateur tunisien n'a retenu aucune définition du mariage. Aucune référence explicite n'y est faite en tant qu'institution consacrant l'union d'un homme et d'une femme. Dès lors, s'impose la question du sens que peut admettre l'interprétation de ce silence. Ce choix législatif peut-il être perçu comme une ouverture du mariage tunisien à toutes les évolutions possibles ou s'agit-il simplement d'un silence d'évidence ? Autrement dit, est-ce que le mariage est par essence hétérosexuel à tel point qu'il est superflu de mentionner ce détail dans le Code ? Toutes réflexions faites, c'est cette

seconde hypothèse qui nous semble s'impose¹¹⁸. En ce sens, la Cour de cassation tunisienne rappelle ce qui suit : « *bien que le législateur tunisien n'ait pas défini le mariage dans le code de statut personnel, il est néanmoins possible de dire, de manière générale, qu'il est un contrat en vertu duquel un homme et une femme cohabitent sous un seul toit pour se rejoindre affectivement et sexuellement en vue de la conservation du genre. Il est possible de dire que cette définition est compatible avec les principes de la charia islamique* »¹¹⁹.

L'attachement à la condition de l'hétérosexualité de l'institution matrimoniale n'est dès lors plus à démontrer. Or, le refus quasi systématique de la jurisprudence tunisienne d'admettre le changement de sexe va clairement à l'encontre de cette logique. En faisant prévaloir la fiction juridique sur la vérité biologique lorsque les individus ont procédé à un changement de leur sexe anatomique le raisonnement de la Cour aboutit à un paradoxe.

Pour cause, refuser à un individu qui, juridiquement est de sexe masculin alors qu'il est anatomiquement de sexe féminin, revient à lui autoriser de se marier avec un individu du même sexe biologique que le sien puisqu'il pourra convoler en justes noces avec un individu de sexe et de statut juridique féminin ! Autrement dit, la Cour autorise, sans vraiment le vouloir, une des variantes que suppose le mariage homosexuel alors que par ailleurs elle réprime pénalement les unions de même sexe. Par conséquent, en admettant la possibilité du changement du sexe juridique subséquent au changement du sexe anatomique, le législateur préserverait en premier lieu la cohérence du droit matrimonial tunisien, notamment le caractère hétérosexuel du mariage.

Enfin, pour conclure, si la reconnaissance d'un droit à l'auto-détermination au profit de tout individu désireux de changer de sexe semble être une solution parfaitement envisageable en droit tunisien, nous demeurons conscients qu'une telle proposition constitue un véritable bouleversement de l'ordre juridique actuel. Sans aucun doute, elle nécessitera dès lors un certain temps pour être élaborée. Or, la problématique des personnes transgenres qui vivent en Tunisie relevant du véritable drame humain, elle nécessite de ce fait la mise en œuvre de solutions immédiates. En attendant l'édification de tout un système juridique relatif à la

¹¹⁸ H. Nouisser, Les conjugalités. Etude comparative France-Maghreb, thèse Aix-Marseille université, 2016, pp.147-155.

¹¹⁹ Cour cass. (tun.), ch. civ., n°28887, 4 déc. 2008, inédit. (Traduit pas nos soins).



question du changement de sexe, il est possible de recourir à certains accommodements juridiques qui constitueraient une solution d'appoint suffisante à vaquer à l'urgence de la situation. Celle-ci pourrait consister en l'effacement de la mention du sexe des documents d'identification des individus.

2 - L'effacement de la mention du sexe des documents d'identification des individus

Se penchant sur la problématique des personnes intersexes en droit français, monsieur Benjamin Moron-Puech a proposé comme solution celle de l'effacement total de la mention du sexe des actes de l'état civil¹²⁰. Ceci suppose bien entendu, l'abandon pur et simple du mécanisme actuel de projection juridique de la constatation biologique. Toute allusion au sexe de l'individu dans son acte de naissance et donc, par conséquent, de ses documents d'identification devant être proscrite. Ceux-ci étant dressés en fonction des informations relatées sur l'acte de naissance. De l'aveu de l'auteur même de cette proposition, un tel montage juridique demeure difficilement envisageable car fondamentalement tributaire de la reconnaissance d'une construction non binaire des sexes. Or, pareille entreprise est difficile à admettre sur le plan politique et extrêmement complexe à mettre en œuvre du point de vue de la technique législative. Tel est surtout le cas dans un système juridique comme celui de la Tunisie qui est dans une très large mesure articulé sur l'idée de la binarité des sexes pour des raisons à la fois culturelle et religieuse.

En vue de contourner les obstacles inhérents à la solution de l'effacement total de la mention du sexe des actes de l'état civil, d'autres auteurs soutiennent l'idée d'un effacement simplement partiel de cette mention¹²¹. Un tel mécanisme consiste à limiter le report de la mention du sexe sur les documents officiels qui ne sont pas nécessairement requis dans la vie de tous les jours. Il en est ainsi de l'acte de naissance. En revanche, pour les documents officiels servant à une identification ponctuelle et immédiate de la personne, il serait inutile d'inscrire le sexe de la personne tel que mentionné sur son acte de naissance. En ce sens, ni

¹²⁰ B. Moron-Puech, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », archives-ouvertes, 2016. Disponible en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01250476/document>

¹²¹ F. Vialla, « De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil. Etude de l'opportunité d'une réforme », Mission de recherche justice & droit, 2017, p.62 et s.

la carte nationale d'identité, ni le passeport n'indiqueraient une telle information. C'est très précisément à l'occasion de la présentation de ces documents que le constat du décalage entre l'apparence physique et la classification juridique est dressé. C'est aussi à partir de ce constat que les situations discriminantes apparaissent et que le cercle vicieux et infernal des dérivés commence. Souvent, c'est aussi à partir de ce moment-là que la confiscation des droits débute à travers tout un feuilleton judiciaire sans fin. Restreindre l'accès à une telle information en la radiant des documents d'identification immédiate s'inscrit dans une logique de consécration du respect de la vie privée des individus. Bien entendu, pour les démarches administratives où l'identification de la personne nécessitera inévitablement qu'elle fasse connaître son sexe légal afin de lui appliquer un régime juridique spécifique, elle devra alors le produire en fournissant son acte de naissance. Tel serait par exemple le cas lors de la constitution du dossier du mariage ou encore lors de l'ouverture d'une succession.

Un tel système, demeure néanmoins fragile car fondamentalement dépendant d'une grille de classification des actes administratifs qui distinguerait ceux qui nécessitent l'accès à l'information du sexe d'appartenance de l'individu de ceux pour lesquels une telle donnée est superflue. Dans la pratique, une telle grille risque d'être incomplète et sujette à diverses interprétations ou modifications. Pourtant, la solution semble être la mieux à même de correspondre aux spécificités du contexte socio-juridique tunisien actuel puisqu'elle propose une réponse immédiate à besoin urgent de protection des personnes trans dans la vie de tous les jours. Sur le long terme, elle pourra être complétée par la proposition de l'instauration d'un véritable cadre juridique organisant la question du changement de sexe en Tunisie.



Conclusions

& Recommandations

Tout compte fait, d'un point de vue exclusivement juridique, une réforme du droit allant dans le sens de l'encadrement du changement de sexe est parfaitement envisageable dans l'exemple tunisien. Une telle réforme ne nécessite en réalité que l'aménagement de certaines dispositions législatives et des touches de réajustements portant sur diverses disciplines juridiques connexes. Néanmoins, à l'issu de ce travail, il est surtout important de souligner qu'il est fondamental que soient menées des études dans chaque discipline afférente à la question de la transidentité en Tunisie. Les recherches dans le domaine de la médecine, des sciences humaines, sociales, économiques, politiques et juridiques manquent cruellement. Elles sont pourtant nécessaires afin d'avoir une vue d'ensemble bien plus précise à ce propos.

Il faut avoir en mémoire que sur le plan strictement juridique, il est extrêmement ardu d'élaborer des solutions efficaces sans tenir compte de l'ensemble des données liées à la question du changement de sexe en Tunisie. Par exemple, en l'absence d'une appréciation chiffrée du nombre des personnes concernées par la problématique, il est difficile de mettre en avant une solide argumentation puisqu'elle serait dépourvue d'appuis statistiques.

Il est indéniable que les associations se livrent à des travaux dont les résultats sont des plus intéressants. Ces associations sont de ce fait à encourager, à applaudir et surtout à soutenir. Il n'en demeure pas moins que leur travail est d'une efficacité limitée car exposé à la critique d'une approche partisane. Le plus grand apport du travail associatif demeure par ailleurs d'un remarquable rendement s'agissant du militantisme de terrain. Il est même d'une importance capitale puisque le filet de secours qu'offrent les associations constitue très souvent l'unique et ultime recours pour les personnes concernées. Leur situation s'apparente à un véritable drame humain dans le contexte social actuel. Leur seul réconfort et soutien se limite aux rares associations spécialisées dans le domaine. Sur le plan de la théorie, le travail associatif a le plus grand mérite d'ouvrir le débat, de rompre les tabous et

d'œuvrer pour un dialogue sérieux et généralisé sur la question du changement de sexe en Tunisie¹²².

Il faut pourtant être conscient qu'il serait inenvisageable de se lancer dans une véritable réforme juridique sans avoir un appui scientifique pluridisciplinaire, objectif et fiable. En l'absence de tels travaux aucune réforme ne serait malheureusement possible.

Au-delà ce travail de recherche œuvrant pour l'amélioration de la condition juridique des intéressés, c'est aussi un travail de terrain plus élargi qui doit être mis en place. En ce sens, des programmes d'enseignement doivent être élaborés. La méconnaissance des problématiques liées au changement de sexe en Tunisie est frappante. Les questions relatives à la transidentité sont extrêmement mal comprises, mal perçues et souvent condamnées à un ferme rejet sur l'autel des préjugés. Cette attitude est fatalement présente à tous les échelons de la société.

Il faudrait donc prévoir des campagnes de sensibilisation en ciblant les différents secteurs qui seraient susceptibles d'amorcer ou d'accompagner le changement tels que les divers milieux étudiants, les professionnels de la santé, les officiers de l'état civil, les magistrats, les avocats, les parlementaires et plus largement les administrations publiques.

Si une réforme législative est à envisager afin d'encadrer le changement du sexe en droit tunisien, il est déterminant qu'elle soit accompagnée d'un débat citoyen afin que cette évolution ne puisse, par un effet pervers, se solder par une recrudescence des phobies dues à l'ignorance. Si une évolution par le droit peut incontestablement concourir à une meilleure connaissance et reconnaissance sociale, les nouveautés qu'elle apporterait doivent être expliquées en amont à l'ensemble de la société. Car, fondamentalement, plus qu'une réforme législative, ce qui est nécessaire à une véritable évolution apaisée au sujet du changement de sexe et l'amélioration de la condition des personnes transgenres en Tunisie ce sont les attitudes et les comportements du quotidien qui doivent être revus.

¹²² Pour une synthèse analytique du tissu associatif tunisien voir l'étude élaborée par J. Limam, Les associations LGBTQI++ en Tunisie. Emergence d'un nouveau militantisme humain, op. cit.



Bibliographie

Ouvrages, thèses, dictionnaires

- ALBY(J.-M.)**, *Contribution à l'étude du transsexualisme*, thèse méd., Paris, 1956.
- Beccaria(C.)**, *Des délits et des peines* [1764], Paris, Flammarion, 1991.
- Cabrillac(R.)**, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., LEXISNEXIS, 2016.
- Chehata(Ch.)**, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, éd. imprimerie Noury, Le Caire, 1936.
- Chevallier(B.)**, Armengaud (J.-B.), Mahe (E.), *Pédiatrie*, collection Le livre de l'interne, 2007.
- Chiland(C.)**, *Changer de sexe*, ODILE JACOB, 1997.
- El-Husseini Begdache(R.)**, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, LGDJ, 2002, p.238 et s.
- Gannagé(L.)**, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001.
- Hennette-Vauchez(S.)**, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, 2004.
- Houssou(I.)**, *Al jendar. Al ab'ad al ijtimaiaw'althaqafiyya*. Dar chourouq, 2009. (En langue arabe).
- Malaurie(Ph.)**, *La famille*, CUJAS, éd 1996.
- Najm(M.-C.)**, *Principes directeurs de droit international privé et conflit de civilisations*, Dalloz, 2005.
- Nouisser(H.)**, *Les conjugalités. Etude comparative France-Maghreb*, thèse Aix-Marseille université, 2016.
- Postel(J.)**, *Dictionnaire de psychiatrie et de psychopathologie clinique*, Larousse-Bordas, Paris, 1998.
- Prieur(S.)**, *La disposition par l'individu de son corps*, *Les études hospitalières*, coll. Thèses, Bordeaux, 1999.
- Py(B.)**, *Le sexe et le droit*, PUF, 1999.
- Stoller(R.)**, *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Gallimard, 1978.
- Winters(K.)**, *Gender Madness in American Psychiatry, essays from the struggle for dignity*, 2008.

Articles

- Aouij-Mrad (A.)**, « Chapitre 1. Le droit face à la douleur », *Journal International de Bioéthique* 2002-1 (Vol. 13), p. 16-31.

Belhadj (A.) et Bourgou (S.), « La sexualité des mineur-e-s », *In Droits sexuels, droits humains à part entière*, W. Ferchichi et H. Chekir (dir.), Association ADLI avec la soutien de Heinrich Böll Stiftung, Tunis 2017, p.28.

Ben Halima (S.), « Religion et statut personnel en Tunisie », *Rev. tun. drt.* 2000, p.119.

Benjamin (H.), « Transvestism and transsexualism », *Int J Sexol*, n°7, 1953, pp. 12-14.

Bluck (S.), « Transsexual in Iran: A Fatwa for Freedom? », *In LGBT Transnational Identity and the Media*, Ch. Pullen (dir), Palgrave Macmillan ed., 2012, p.59 et s.

Bostanji (S.), « Turbulences dans l'application judiciaire du code tunisien du statut personnel : le conflit de référentiel dans l'œuvre prétorienne », *RIDC*, Vol.61, n°1, 2009, p.37.

Bourseul (V.), « Anatomie et destin du "genre" chez Freud et quelques contemporains », *L'Évolution Psychiatrique*, Vol. 80, 2015, p.239-250.

Bouvaist (G.), « La Cour constitutionnelle fédérale allemande demande la reconnaissance d'un «troisième sexe» », *D.* 2017, p.1404.

Cabrol (S.) et Audry (G.), « Attitude pratique devant un nouveau-né présentant une ambiguïté sexuelle à la naissance », *La Revue du praticien*, 2000, n°45, p. 26.

Charfi (M.), « L'influence de la religion dans les pays musulmans », *R.C.A.D.I.*, 1987, pp. 333-334.

Chiland (C.), « Moi et l'autre de l'autre sexe », *Neuropsychiatr Enfance Adolesc*, 56, 2008, pp. 229-232.

Fassin (E.), « L'empire du genre. L'histoire politique ambiguë d'un outil conceptuel », *L'Homme*, 2008, p. 187-188.

Fauvarque-Cosson (B.), « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques différentes à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*. 2000, p.797 et s.

Fenouillet (D.), « Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique ! », *In Le Droit privé français du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp.487-493.

Ferchichi (W.), « La constitutionnalisation des libertés individuelles. Lecture juridique de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *In Les libertés individuelles. Approches croisées*, W. Ferchichi (dir.), ADLI avec le soutien d'Open Society Foundations, Tunis, 2014, p.62. (En langue arabe).

Foyer (J.), « Les bonnes mœurs », *In Le Code Civil 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz,



2004, p.501 et s.

Furkel (F.), « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté, Approche internationale*, dir. B. Feuillet-Liger, M.-Cl. Crespo-Brauner, Bruylant, 2014, p. 44.

Gobert (M.), « Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister », *JCP G* 1990, I, 3475, no 19.

Jelassi (M. A.), « Choisir son corps », In *Le corps dans toutes ses libertés*, W. Ferchichi (dir.), ADLI avec le soutien de Heinrich Böll Stiftung, Tunis 2017, p.62 et s.

Khun (C.), « Droit et transsexualisme, la consécration d'une métamorphose », In *Bioéthique et genre*, LGDJ-Lextenso, 2013, p. 201.

Kraus (C.), « La bicatégorisation par sexe à l'épreuve de la science : le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les Humains », In *L'invention du naturel. Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*. D. Gardey, I. Löwy (dir.), Archives Contemporaines, Paris, 2000.

Küss (R.), « Sur le transsexualisme », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 1982, p.819.

Lequette (Y.), « Le droit international privé et les droits fondamentaux », In *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), 14^{ème} éd., Dalloz, 2008, p.99 et s.

Lochak (D.), « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs », In *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, p.46.

Löwy (I.), **Rouch (H.)**, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du Genre*, n°34, p. 5.

Marchand (J.-B.), « Du transsexualisme à la dysphorie de genre : regroupement ou amalgame », *L'Évolution Psychiatrique*, Volume 80, 2015, Pages 331-348.

Marguénaud (J.-P.), « L'adjonction de son patronyme par le mari au nom commun de la famille emprunté à sa femme et la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 1995, p.5.

Mejri (K.), « La protection des libertés individuelles en droit tunisien », In *Les libertés individuelles. Approches croisées*, W. Ferchichi (dir.), avec le soutien d'Open Society Foundations, Tunis, 2014, pp.76-163. (En langue arabe).

Meziou (K.), « Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille », In *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, J. Y. Carlier et M. Verwilghen (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1992, p.250.

- Money (J.),** « Hermaphroditism, gender and precocity in hyperadrenocorticism: psychologic findings », *Bull Johns Hopkins Hosp.*, vol. 96, no 6, 1955, p. 253-264.
- Moron-Puech (B.),** « Autre sexe outre-Rhin ? «Plaisante justice qu'une rivière borde...» », *D.* 2018, p.73.
« Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », archives-ouvertes, 2016.
- Neirink (C.),** « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », *In Ethique, Droit et Dignité de la personne, Mélanges en l'honneur de Christian Bolze*, P. Pedrot (dir.) Economica, Paris, 1999, p. 47 et s.
- Paricard (P.),** « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ? », *Revue des droits de l'Homme*, 8/2015.
- Rajon (A.-M.),** « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », *In L'État civil dans tous ses états*, C. Neirinck (dir.), LGDJ 2008, p.75.
- Redissi (H.) & Ben Abid (S.),** « L'affaire Samia ou le drame d'être autre », *Journal international de bioéthique*, 1995, vol. 6, n°3, Rubrique : « Éthique et aspects organisationnels de la transplantation d'organes », pp.153-159.
- Reigné (Ph.),** « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », *JCP* 2011, p.480.
- Reigné (Ph.),** « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G* 2011, 1140.
- Roman (D.),** « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas, La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005. Chron. 1508.
- Salah (M. M.),** « La mondialisation vue par l'Islam », *In La mondialisation entre illusion et utopie*, Archives de philosophie du droit, t. 47, Paris, Dalloz, 2003, p. 27 et s., spéc. p. 31.
- Stryker (S.),** « Introduction », *In The Transgender Studies Reader*, Ss. Stryker& S. Whittle (dir.), New York, Routledge, 2006, p. 1-17.
- Tekaya (M.),** « Le corps et la dignité », *In Le corps dans toutes ses libertés*, W. Ferchichi (dir.), ADLI avec le soutien de Heinrich Böll Stiftung, Tunis 2017, pp.24-61.
- Vialla (F.),** « Transidentité, en attendant la Cour de cassation », *JCP* 2012, p.697.
« De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil. Etude de l'opportunité d'une réforme », *Mission de recherche justice & droit*, 2017.



Rapports, avis, manuels spécialisés

ADLI, « Hourriat », état des libertés individuelles en Tunisie. Rapport zero, Janvier/juillet 2013.

American Psychiatric Association, *Manuel Diagnostique Et Statistique Des Troubles Mentaux*, DSM-IV, p.952.

Angius (S.) & Tobler (C.), *Trans and Intersex People. Discrimination on ground of sex, genderidentity and gender expression*, Luxembourg, *Ed. de la Commission Européenne* 2012, p. 12-13.

CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, juin 2013.

Commissaire aux droits de l'homme, « Droits de l'homme et identité de genre », Conseil de l'Europe, 2009.

Hammarberg (T.), *Droits de l'homme et identité de genre*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009.

Limam (J.), *Les associations LGBTQI++ en tunisie. Emergence d'un nouveau militantisme humain*, ADLI – avec le soutien de Heinrich Böll Stiftung, octobre 2017, p. 12.

Organisation mondiale de la santé, *Troubles de l'identité sexuelle*, Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes 10e version (CIM 10), Chapitre V, Organisation mondiale de la santé, Genève (1993), p. 123.

Décisions de justice (par pays et par date)***Tunisie***

Cour cass. (tun.), ch. civ., n°28887, 4 déc. 2008, inédit.

TPI de Ben Arous, 28 mars 1990, *RJL* 1991, n°2, p.127.

CA de Tunis, arrêt n° 10298, 22 déc. 1993, *RJL* 1994, n° 1, p. 109 et s. ; *Rev. tun. drt.*, 1995, p. 145 et s., note R. Jelassi

Cour cass. (tun.), ch. civ., arrêt n°2828 du 15 déc. 2005 cité par R. Jelassi, *Le corps humain en Droit civil*, C.P.U., Tunis, 2013, pp. 361-363.

TPI de Tunis, 24 juin 2013, n°88908, cité par l'Association Tunisienne de Droit de la Santé dans son bulletin d'information n°68, décembre 2013.

France

Cour cass. (fr), ch. civ. 1^{ère}, 16 déc. 1975, 1^{ère} espèce, *D.* 1976, p.397

Courcass. (fr), ch. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1983, *Bull. civ. I*, n° 38, *D.* 1983, p.436, note Massip.

Cour cass. (fr), ch. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1983, *J.C.P.* 1984, 20222.

Cour cass. (fr), ch. civ. 1^{ère}, le 3 et 31 mars 1987, *Bull. civ. I*, n° 79 et 116 ; *D.* 1987, p.445, note P. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1987.2.577, note E. S. de la Marnière ; *JCP* 1988-II, 21000, note E. Agostini.

Cour cass. (fr), ch. civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, *JCP.* 1990. II. 21588.

Cour cass. (fr), Ass. plénière, 11 déc. 1992, 91-11.900.

Cour cass. (fr), ch. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, 2 arrêts, n°11-22.490 et 10-26.947, *D.* 2012, p.1648, note F. Vialla ; *JCP* 2012, p.753, note Ph. Reigné. *RDSS* 2012, p.880, obs. S. Paricard.

Cour cass. (fr), ch. civ. 1^{ère}, 13 févr. 2013, 2 arrêts, n° 11-14.515 et 12-11.949, *Bull. civ. I*, n° 13 et 14. CA de Montpellier, 15 mars 2017, *D.* 2017, p.816 obs. F. Vialla.

Cour cass. (fr), ch. civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, *D.* 2017, p.1399.

CEDH

CEDH, 25 mars 1992, *D.* 1993, p.101.

CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, requête n° 2346/02 ; *JCP G.*, 2002, I, p.157, n° 1 et 13, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2003, n° 53, p. 71, note O. De Schutter ; *RTD civ.*, 2002, p. 858, chron. J.-P. Marguénaud.

CEDH, 10 mars 2015, n° 14793/08, *Y. Y. c/ Turquie*, *D.* 2015, p.1875, note P. Reigné ; *ibid.* 2016, p.752, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.*, p.915, obs. Reigné ; *AJ fam.* 2015, p.542, obs. P. Reigné ; *RDSS* 2015, p.643, note S. Paricard ; *RTD civ.* 2015, p.331, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.*, p.349, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2015, p.113, obs. F. Marchadier ; *RJPF* mai 2015, p.13, obs. E. Putman.



