

DE CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DU TRANSSEXUALISME DANS LE DROIT QUÉBÉCOIS

par ETHEL GROFFIER, d.c.l. *

INTRODUCTION

On peut se demander pourquoi avoir choisi ce sujet. Il s'agit en effet d'un problème marginal dont l'étendue et la nature sont peu connues. Il nous a néanmoins paru toucher de près aux différents thèmes du congrès.

Les opérations de "changement de sexe" sont pratiquées au Québec par plusieurs hôpitaux¹.

Une enquête effectuée auprès de 48 hôpitaux de la Province de Québec par le Département de sexologie de l'Université du Québec révèle que 25 hommes transsexuels et huit femmes transsexuelles ont été repérés². Il s'agit de cas actuellement en traitement ou définis comme transsexuels par les hôpitaux et non pas de la totalité des personnes affectées par ce syndrome. Celles-ci seraient au nombre d'environ 10,000 aux États-Unis³ et de 65, approximativement, dans la Province de Québec. Ce chiffre est

* Professeur associé à l'Université McGill.

1. Les hôpitaux suivants répondent aux demandes des transsexuels même si tous ne pratiquent pas toutes les phases de l'intervention chirurgicale: à Montréal: Sainte-Justine, Notre-Dame, Sacré-Coeur, Saint-Luc; à Québec: Centre hospitalier de l'Université Laval; à Sherbrooke: Centre hospitalier de l'Université de Sherbrooke; à Trois-Rivières: Hôpital Sainte-Marie. Liste citée dans J. BUREAU, J.P. TREMPE et L. JODOIN, *Transsexualité: catégorie, diagnostic ou expérience d'un individu*, exposé au colloque sur la transsexualité, ses implications médicales, psychologiques et juridiques, organisé par le Département de sexologie de l'Université du Québec, Montréal, 18 avril 1975, texte photocopié, p. 5.

2. *Ibid.*, p. 4.

3. Time (Canada) du 21 janvier 1974, p. 65.

avancé par le professeur Kouri⁴ qui se fonde sur les statistiques du docteur Pauly. Il y aurait une femme transsexuelle pour quatre hommes transsexuels. Les cas en traitement au Québec montrent plutôt une proportion de un sur trois⁵.

Le droit ne peut donc rester indifférent à un phénomène qui, s'il est quantitativement peu important, touche directement à l'intégrité de la personne humaine. "Car s'il est un bien qui touche éminemment à l'ordre public c'est, avant tout, l'intégrité corporelle", comme l'affirmait M. le Substitut Fabre dans ses conclusions relatives à une demande de rectification d'acte de naissance suite à "un changement de sexe"⁶.

Devant la possibilité d'interventions chirurgicales aussi mutilantes que celles qui sont appelées, d'ailleurs improprement, "changement de sexe", il semble que le juriste ne puisse rester muet.

"C'est la mission difficile, parfois ingrate, mais toujours pleine de noblesse du juriste moderne d'harmoniser le droit, dans toute la mesure du possible, avec les nouvelles réalités médicales et techniques, et de chercher à les intégrer, avec l'équilibre requis, au profit de l'individu et de la société, dans la discipline juridique".⁷

D'autre part, les patients qui ont subi de telles opérations demandent que leur état civil soit mis en harmonie avec leur apparence de manière à pouvoir mener, dans la société, une vie aussi normale que possible⁸.

4. R. KOURI, *Comments on Transsexualism in the Province of Quebec*, 1973, 4 R.D.U.S. 169. L'auteur cite I.B. PAULY, *Adult Manifestations of Male Transsexualism* in R. GREEN and J. MONEY, editors, *Transsexualism and Sex Reassignment*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1969, p. 3. D'après J. Bureau, J.P. Trempe et L. Jodoin, le Dr. Pauly aurait depuis révisé les estimations et les chiffres cités devraient être doublés, *loc. cit.*, à la p. 3.

5. J. BUREAU, J.P. TREMPÉ et L. JODOIN, *loc. cit.*, à la p. 3.

6. Trib. Gde Inst. Seine (1^e ch.), 18 janvier 1965, J.C.P. 1965, 14421.

7. M. le Procureur général Matthijs, *Considérations en vue d'une loi sur les transplantations*, mercuriale prononcée au cours de l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Gand, le 1^{er} septembre 1971, 1972 J.T. 73.

8. Le service des changements de noms du Ministère de la Justice du Québec qui s'occupe de l'application de la *Loi du changement de nom* (S.Q. 1965, c. 77) fait état de demandes de changement de nom ou de prénoms motivées par un "changement de sexe" réalisé ou projeté. Le service du Registre de la population du Ministère des affaires sociales a reçu des demandes de modification de la mention du sexe sur les certificats de naissance qu'il délivre. Il s'agit d'un registre démographique - et non du service de l'État civil - qui rassemble des données statistiques et

Le droit doit donc se prononcer tout d'abord sur la licéité du traitement et des opérations en question; ensuite, si sa réaction leur est positive, sur les moyens de normaliser la vie des intéressés. Avant cela, il importe de se faire une idée de la nature du problème.

Plusieurs définitions ont été proposées pour le transsexualisme ou la transsexualité, ces deux termes étant indifféremment employés en français pour traduire l'anglais "*transsexualism*". On peut citer celle du docteur H. Benjamin:

"The term 'trans-sexual' refers to a person who is said to believe firmly, in spite of all physical or genetic evidence to the contrary, that he (or she) is inherently of the opposite sex. The trans-sexual has a fixed and apparently unalterable belief that he is of one sex 'trapped' in the body of the other".⁹

Le phénomène peut être présenté de façon un peu différente si l'on insiste sur l'influence des premières années de la vie de l'individu sur le syndrome du transsexualisme et sur son caractère évolutif:

"La transsexualité est le phénomène de passage physiologique et social plus ou moins prolongé d'un sexe à un autre chez un individu qui a la conviction psychique d'appartenir au sexe opposé à son sexe biologique.

Avant qu'il vive son conflit d'identité, il n'y a pas de transsexualité; après qu'il a résolu le conflit par la conversion psychologique, biologique et sociale, il n'y a plus de transsexualité".¹⁰

Il importe tout d'abord de bien distinguer le phénomène du transsexualisme d'autres entités cliniques qui peuvent lui ressembler, du moins à première vue. Le *travestisme* dénote un comportement fétichiste à l'égard du vêtement féminin - les femmes ne semblent pas être atteintes de travestisme - mais l'individu s'identifie bien à son sexe et a, en général, une activité hétérosexuelle. *L'homosexualité* se caractérise par l'attraction de la personne envers son propre sexe mais l'homosexuel se perçoit comme appartenant bien à son sexe biologique.

médicales. Il est organisé sur le modèle des "Vital Statistics Bureaus" des provinces anglaises qui eux sont des services de l'État civil. Les certificats de naissance que délivre le Registre de la population peuvent souvent suppléer à l'acte de l'État civil prévu par le Code civil lorsque celui-ci ne contient pas toutes les mentions requises.

9. H. BENJAMIN, *The Transsexual Phenomenon*, New York, The Julian Press Inc., 1966, p. 16.

10. J. BUREAU, J.P. TREMPÉ et L. JODOIN, *loc. cit.*, à la p. 2.

Ni l'un ni l'autre ne désirent normalement subir une opération qui "change" leur sexe ni ne perçoivent leur appareil génital avec dégoût.

Finalement, *l'hermaphrodisme* "se définit par la juxtaposition chez un même sujet de produits sexuels mâles et femelles. Il s'oppose à la séparation complète entre les sexes ou gonochorisme"¹¹.

Il n'est pas exclu, pourtant, que des personnes appartenant à ces trois catégories manifestent aussi le désir de changer d'identité et il importe de dépister les vrais transsexuels et de les distinguer des autres.

Les précisions scientifiques qui peuvent être données dans un exposé aussi bref sont évidemment plus que sommaires; signalons qu'il existe une abondante littérature sur la question, spécialement aux États-Unis¹².

Nous nous proposons d'étudier, dans une première partie, la légalité de l'opération au Québec. Dans une seconde partie, nous traiterons de la position du transsexué - c'est-à-dire du transsexuel une fois opéré - vis-à-vis de la société en général et de sa famille en particulier.

Nous verrons au cours des développements qui suivent, que ce sujet recoupe tour à tour les quatre thèmes du Congrès. Cette caractéristique nous a semblé justifier notre choix.

Finalement, nous désirons particulièrement remercier le professeur R. Kouri de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke dont les travaux ont grandement facilité nos recherches¹³.

11. Cité dans Trib. Gde Inst. Seine (le ch.) 18 janvier 1965, voir *supra*, note 6.

12. En plus des ouvrages cités en notes 4 et 9 qui sont devenus des classiques, on peut notamment mentionner: I.B. PAULY, *The Current Status of Sex Operation*, 1968, 147 J. Nerv. Mental Dis. 460; *Female Transsexualism*, (1974) 3 Archive of Sexual Behavior. No. 6, p. 487, J. MONEY et A. EHRARDT, *Boy and Girl, Man and Woman*, Baltimore, John Hopkins Press, 1972; C.W. SOCARIDES, *A Psychoanalytic Study of the Desire for Sexual Transformation*, (1970) 51 International Journal of Psycho-analysis 341; M.B. SULCOV, *Transsexualism: its Reality*, Dept. of Sociology, Indiana University; les publications de la Erickson International Foundation, Baton Rouge, Louisiana, etc.

13. R. KOURI, *Certain Legal Aspects of Modern Medicine (Sex and Reproduction)*, thèse en préparation, Université McGill.

I

LA LÉGALITÉ DU TRAITEMENT ET DE L'OPÉRATION
DES TRANSSEXUELS

Le problème du caractère licite ou non de la "conversion sexuelle" et plus particulièrement de l'opération chirurgicale qu'elle comprend a été traité de façon radicalement différente dans des droits assez voisins.

En France, une décision récente de la Cour d'appel de Paris rejetait l'action en "réclamation de sexe" tendant à une modification de l'acte de l'état civil intentée par un transsexué opéré au Maroc¹⁴. Il ressort clairement des conclusions de Monsieur l'avocat général Granjon qu'une telle opération doit être considérée comme une mutilation réprimée par le droit pénal¹⁵.

En Belgique par contre, il a été jugé que l'opération chirurgicale dans le même domaine n'entraînerait de responsabilité médicale qu'au cas de faute du médecin¹⁶.

Ces divergences ne sont pas tellement surprenantes si l'on songe que l'étiologie du transsexualisme est encore inconnue. Les spécialistes relient ce phénomène à trois facteurs étiologiques possibles: génétique, endocrinien et psychologique¹⁷. Ils sont loin de s'entendre sur les traitements à suivre. Certains psychiatres voient chez les transsexuels un phénomène de perversion et situent l'origine du trouble à la phase pré-oedipienne du développement de l'individu¹⁸. Des médecins ont même émis l'hypothèse que le transsexualisme serait, en quelque sorte, le résultat d'une mode et que le nombre croissant de cas serait provoqué par la publicité entourant les techniques chirurgicales nouvelles: "En réalité, c'est le problème sociologique même du développement de certaines techniques qui contribuent, en tant que condition nécessaire, à la for-

14. Paris 18 janvier 1974, D. 1974.196, conclusions de M. l'avocat général Granjon; commentaire R. Nerson, (1974) 73 Rev. Trim. Dr. civ. 801.

15. Dans ce sens, PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, (ancien Lalou et Azard) Paris, Dalloz, 1972, no 480 et s.

16. Trib. corr. Bruxelles 27 septembre 1969, Pas. 1969. III. 115.

17. DR GILLES COTE, *L'examen psychologique du transsexuel*, exposé au colloque sur la transsexualité, *supra*, note (1), à la p. 3.

18. Cette opinion est citée par le Dr. G. Côté, *Ibid*, p. 5.

mation de ce désir (de "conversion sexuelle"), au problème qui nous occupe".¹⁹

Un nombre important de spécialistes, au contraire, semble admettre l'échec total du traitement psychothérapeutique et se résigne à accepter l'intervention chirurgicale²⁰. Or, le but thérapeutique dans les opérations qui nous occupent est difficile à déterminer puisque les sujets transsexuels ne présentent pas, en principe, d'anomalies physiques. Ces divergences de vue font comprendre les hésitations des juristes en ce qui concerne la compatibilité de tels traitements avec l'ordre public, la responsabilité pénale éventuelle des médecins, l'appréciation du but curatif ou non du traitement et celle du consentement des malades. Il faut donc examiner la licéité du traitement au point de vue criminel et au point de vue civil.

a) En droit criminel

Tout traitement présentant un certain danger, toute intervention chirurgicale surtout, doit répondre à un but thérapeutique²¹.

Si le but thérapeutique, la nécessité de traitement fait défaut, le médecin s'expose à commettre les crimes ou délits d'atteinte à l'intégrité de la personne prévus au Code criminel. Au Canada²², l'article 228 du Code criminel prévoit que quiconque cause à une personne des lésions corporelles est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de 14 ans quand il a agi dans l'intention

... "a) de blesser, mutiler ou défigurer une personne, b) de mettre en danger la vie d'une personne, ou c) d'empêcher l'arrestation ou la détention d'une personne"...

D'autre part, l'article 245 prévoit que

"(1) Quiconque se porte à des voies de faits simples est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque illégalement cause à quelqu'un des lésions

19. Opinion d'un médecin expert citée dans Trib. corr. Bruxelles 27 septembre 1969, pas. 1969.III, 115, à la p. 122.

20. G. COTE, *loc. cit.*, à la p. 8; R. KOURI, *loc. cit.*, à la p. 171; L.P. HALLOWAY, *Transsexuals - Their Legal Sex*, à la p. 283, et les références citées par ces auteurs.

21. X. RYCKMANS et R. MEERT VAN DE PUT, *Les droits et les obligations des médecins*, Bruxelles, Larcier, 1971, p. 451 et la jurisprudence belge et française citée par ces auteurs.

22. Le Code criminel du Canada est en vigueur dans toutes les provinces; le développement qui suit vaut donc pour le Québec.

corporelles ou se porte à des voies de fait qui causent à quelqu'un des lésions corporelles."

Néanmoins, l'article 45 du même Code précise que:

"Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale,

a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnable, et

b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce."

Si la licéité de l'opération était contestée au Canada - nous rappelons qu'elle s'y pratique mais n'a pas donné lieu à jurisprudence jusqu'à présent - l'article 45 du Code criminel pourrait-il servir de défense aux médecins? Le problème a été abordé une première fois en doctrine en 1959; l'auteur a tout d'abord évoqué le cas de l'hermaphrodite pour lequel il s'agit de faire prévaloir le sexe dominant ou, en tout cas, de choisir un sexe alors que le patient présente des caractéristiques des deux sexes à la fois²³. Dans ce cas, l'opération serait licite et l'article 45 pourrait servir de défense aux médecins si toutes les autres conditions de prudence dans le traitement et de consentement du malade étaient remplies. En ce qui concerne le transsexuel, il faudrait que le patient soit tout d'abord dans un état psychologique suffisamment grave pour que le traitement soit justifié, ensuite qu'un spécialiste puisse certifier que la castration profitera au patient, enfin que le consentement du patient soit absolument libre et éclairé.

Le professeur Kouri semble du même avis tout en faisant remarquer que la difficulté d'apprécier "s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne..." réside dans le fait que le traitement ne guérit pas le transsexuel. C'est un palliatif²⁴. Il ajoute également que, du point de vue pratique, pour que la chirurgie de conversion sexuelle soit acceptée par les tribunaux, il faudrait qu'elle le soit également par la majorité de la profession médicale.

En outre, le médecin impliqué devrait encore démontrer que l'évaluation psychiatrique du malade a été effectuée avec tout le

23. C.H.C. EDWARDS, *Recent Developments Concerning the Criteria of Sex and Possible Legal Implications*, 1959-60, Manitoba Bar News 115, à la p. 125.

24. R. KOURI, *loc. cit.*, à la p. 177.

soin nécessaire et que le traitement s'est déroulé suivant les normes acceptables par la profession.

Dans un ouvrage actuellement sous presse le Juge Mayrand se prononce de la façon suivante: "Vu les risques qu'elle comporte et la gravité des problèmes qu'elle suscite, l'opération ne peut être justifiée qu'exceptionnellement pour fins thérapeutiques. Elle est licite, si c'est le seul moyen de mettre fin à des troubles psychiques sérieux et de sortir le malade de son état obsessionnel".²⁵

En principe, le médecin est seul juge du traitement le mieux approprié à la condition d'un malade et le "but curatif" du traitement ne doit pas nécessairement s'entendre au sens étymologique et strict de "guérir". "L'intérêt du malade peut être aussi bien psychologique que physique, sa santé, morale aussi bien que corporelle, sans quoi, la chirurgie esthétique serait irrémédiablement condamnée".²⁶ Il a toujours été admis que, dans l'exercice normal de leur art, le médecin et le chirurgien n'encoureraient aucune responsabilité pénale lorsque les atteintes à l'intégrité physique de leurs patients étaient comprises dans le traitement qu'ils leur appliquaient dans le but de les soulager ou de guérir la maladie, même si le résultat recherché demeurerait problématique. Ils sont tenus de tenter l'impossible même dans les cas désespérés²⁷. Au point de vue pénal, l'impunité due à l'exercice d'un droit cesse lorsque cet exercice devient abusif puisque l'abus des droits est une source de responsabilité²⁸.

C'est dans l'appréciation du but thérapeutique du traitement que les divergences peuvent se faire les plus vives ce qui explique la condamnation de ces opérations par le droit français. Elle est fondée sur l'assimilation de l'opération de "conversion sexuelle" au crime de castration prévue par l'article 316 du Code pénal français²⁹. Or, la castration est indispensable à l'opération puisque, au sens de la loi, il s'agit de l'ablation ou de l'amputation volontaire

25. A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1975, p. 34.

26. L. KORNPORST, *Contrat de soins médicaux*, Paris, Sirey, 1960, p. 113.

27. G. LEVASSEUR, *La responsabilité pénale du médecin* in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, textes recueillis par M. Eck, Paris, Fayard, 1968, p. 139.

28. *Ibid.*, p. 142.

29. "Toute personne coupable du crime de castration subira la peine de la réclusion criminelle à perpétuité. Si la mort en est résultée avant l'expiration des 40 jours qui auront suivi le crime, le coupable subira la peine de mort".

d'un organe quelconque nécessaire à la génération; de plus, la loi ne distingue pas suivant qu'il s'agit d'un homme ou d'une femme³⁰. On peut se demander néanmoins si cette interprétation n'est pas trop stricte puisque l'auteur du crime a dû avoir l'intention de priver sa victime de la faculté de procréer³¹ et que l'opération effectuée sur un transsexuel a certes ce résultat mais il ne peut s'agir du but poursuivi par le médecin.

Malgré la condamnation répétée et sans équivoque de la jurisprudence française, le professeur Nerson s'est néanmoins demandé si, dans certains cas de transsexualisme, le déséquilibre psychique ne serait pas suffisamment grave pour justifier une opération, non pas révélatrice du sexe réel mais bien créatrice d'un sexe artificiel³².

La réponse à cette question semble devoir être affirmative au Canada et au Québec pour autant que le traitement et l'opération se déroulent d'une façon conforme aux normes acceptées par la profession médicale. A ce propos, médecins et auteurs s'accordent pour insister sur la phase préparatoire au traitement qui consiste dans une évaluation approfondie du cas par une équipe de spécialistes comprenant psychiatres, psychologues, travailleurs sociaux, endocrinologues, gynécologues, urologues, spécialistes en chirurgie esthétique. Le rôle de cette équipe est de formuler un diagnostic sur l'éligibilité à l'opération³³. En plus de l'évaluation clinique, il est recommandé de procéder à une exploration approfondie du milieu du patient et de rencontrer les membres de sa famille. Ensuite, une fois qu'il est bien établi qu'il s'agit d'un cas de transsexualisme il faut encore effectuer une évaluation globale de la personnalité de l'individu pour établir si, dans le passé, il n'a pas été victime d'épisodes psychopathologiques graves et pour mesurer sa capacité de faire face à la transformation complète de sa vie et

30. Crim. 1 juillet 1937, S. 1938.1.193, note Tortat., PH. LE TOUREAU, *op. cit.*, no 480 et s.; F. GOYET, *Droit pénal spécial*, Paris, Sirey, 1972, no 625; J. DUBOIS, *Un cas de transsexualisme opéré: considérations psychologiques et juridiques*, (1969) *Annales médico-psychologiques*, 677 à la p. 682.

31. F. GOYET, *op. cit.*, no. 625.

32. R. NERSON, *État civil, rectification de l'acte de naissance: changement de sexe*, (1974) 73 *Rev. Trim. Droit civil*, 801, à la p. 802.

33. DR GILLES CÔTÉ, *loc. cit.*, aux pp. 8 et s., D.K. SMITH, *Transsexualism, Sex Reassignment Surgery and the Law*, (1971) 56 *Cornell Law Review* 963, à la p. 973.

de se faire une opinion réaliste des résultats de l'intervention qu'il s'apprête à subir³⁴.

Si toutes ces conditions sont remplies, il semble bien que le médecin puisse échapper à la responsabilité pénale. Il reste à se demander si les opérations en cause sont licites du point de vue civil.

b) En droit civil

Au Québec, traditionnellement, l'inviolabilité de la personne humaine appartient au domaine de l'ordre public³⁵. De plus, l'article 19 du Code civil, adopté en 1971, est venu renforcer ce principe en déclarant que:

"La personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi".³⁶

Une intervention effectuée sans le consentement du patient serait certainement contraire à l'ordre public. Cela veut-il dire que n'importe quelle opération serait conforme à l'ordre public une fois le consentement du patient assuré? Nous ne le croyons pas. En prenant pour acquis que ce consentement existe - nous reviendrons sur ses modalités plus tard - le principe comporte néanmoins des limites; le droit civil reconnaît qu'une personne peut librement disposer de son corps mais l'exercice de cette liberté ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs³⁷. Les limites imposées à cette liberté sont décrites par l'article 20 du Code civil, également introduit en 1971:

"Le majeur peut consentir par écrit à l'aliénation entre vifs d'une partie de son corps ou à se soumettre à une expérimentation pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer.

34. DR GILLES CÔTÉ, *loc. cit.*, p. 9; l'importance de ces étapes est soulignée dans "Guidelines for Transsexuals" brochure publiée par la Erickson Educational Foundation, Baton Rouge, La, 1974, p. 3 et s.

35. J.L. BAUDOIN, *L'incidence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil*, (1970) 5 *Thémis*, 217 à la p. 219; L. BAUDOIN, *La personne humaine au centre du droit québécois*, (1966) 26 *R. du B.* 66, aux pp. 67-69; L. MAZEAU, *Les contrats sur le corps humain*, (1956) 16 *R. du B.* 157, aux pp. 164-168.

36. L.Q. 1971, c. 84, a. 2.

37. E. DELEURY, *Le sujet reconnu comme objet de droit*, 1972, 13 *C. de D.*, 529 à la p. 537.

Le mineur doué de discernement le peut également avec le consentement du titulaire de l'autorité paternelle et d'un juge de la Cour supérieure à condition qu'il n'en résulte pas un risque sérieux pour sa santé.

L'aliénation doit être gratuite à moins que son objet ne soit une partie du corps susceptible de régénération.

Le consentement doit être donné par écrit; il peut être pareillement révoqué."

L'opération chirurgicale de "conversion sexuelle" en est encore au stade expérimental et pourrait probablement tomber sous l'application de l'article 20³⁸.

Tout le problème semble donc résider dans la notion de "bienfaits espérés". Si l'on admet que, dans l'état actuel des connaissances médicales, le traitement chirurgical des transsexuels est une méthode qui apporte une amélioration à leur situation, l'opération ne devrait pas être considérée comme contraire à l'ordre public à condition, bien entendu, que toutes les précautions décrites plus haut aient été prises pour s'assurer qu'il s'agit bien d'un cas de transsexualisme qui ne peut être soigné autrement.

Le Rapport de l'Office de révision du Code civil qui a proposé l'introduction des articles 19 et suivants dans le Code civil avait suggéré pour l'article 20 la rédaction suivante:

"Le majeur peut, à titre gratuit et pour des fins thérapeutiques ou scientifiques, aliéner entre vifs une partie de son corps ou se soumettre à une expérience, pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut en espérer.

Son consentement doit être donné par écrit et peut être révoqué."

Le commentaire précisait que malgré la portée très étendue des mots "thérapeutique" et "scientifique" cet article devait s'appliquer dans le cadre de la théorie générale des contrats et, par conséquent, la finalité de l'aliénation ou de l'expérience ne devait pas être contraire à l'ordre public.

"Le médecin ou l'expérimentateur ne pourrait mettre gravement en danger la santé d'une personne dans le but d'améliorer celle d'une

38. R. KOURI, *loc. cit.*, à la p. 173. Nous ne pensons pas comme W.F. Bowker que l'article 20 vise seulement l'expérimentation scientifique et non la thérapie expérimentale. La rédaction proposée à l'origine pour cet article semble aller à l'encontre de ce point de vue - voir W.F. BOWKER, *Experimentation on Humans and Gifts of Tissue: Articles 20-23 of the Civil Code*, (1973) 19 McGill L.J. 161, à la p. 167.

autre ou de vérifier une théorie scientifique. Entre l'inconvénient accepté par celui qui subit l'intervention et l'avantage prévu ou espéré, il doit y avoir un certain équilibre ou mieux un déséquilibre en faveur de l'avantage espéré. Il appartient donc au médecin ou à l'expérimentateur d'apprécier la situation et de refuser d'intervenir si le risque couru est hors de proportion avec le bienfait espéré.³⁹

Il semble bien en effet que ce soit à la profession médicale de se prononcer et que tout repose sur son appréciation de l'avantage espéré. Il faut noter à ce propos que la controverse sur le caractère licite de la chirurgie plastique qui fit couler tant d'encre en France n'a jamais eu lieu au Québec. La jurisprudence existante se borne à examiner si le chirurgien en cause s'est bien acquitté de sa tâche avec la diligence normale⁴⁰.

Lorsque le résultat des multiples examens préalables auxquels le transsexuel est soumis est positif, et que le traitement hormonal toujours réversible a été mené à bien, l'équipe médicale doit donc procéder à cette évaluation du risque et du bienfait escomptés avant de décider si le patient est opérable.

La longue période préparatoire à laquelle celui-ci a été soumis permet également de s'assurer de l'existence de son consentement. Celui-ci doit être "libre et éclairé"⁴¹.

Ici nous nous trouvons en présence de gens qui ne vivent que pour obtenir cette opération et qui, parfois, présentent certains troubles psychotiques. Leur consentement n'est pas toujours éclairé. Néanmoins, le délai nécessaire aux multiples évaluations d'opération doit permettre d'obtenir un consentement suffisant avant d'atteindre la salle d'opération.

L'article 20 du Code civil en précise les modalités: il doit être écrit et il peut être révoqué à tout moment.

39. *Rapport sur la reconnaissance de certains droits concernant le corps humain*, O.R.C.C., XIV, Montréal, 1971, p. 6.

40. *Bordier v. S.*, (1934) 72 C.S. 316; *Lachance v. B.*, (1961) C.S. 625; *Miller v. Herlick*, C.S. (Montréal 751.717) 4 décembre 1973, cité dans A. Mayrand, *op. cit.* à la p. 33. L'auteur semble penser que la faute du médecin résidait, entre autre, dans une mauvaise évaluation du bienfait et du risque respectif.

41. La difficulté de ce concept a été soulignée par la doctrine, spécialement lorsqu'il s'agit de grands malades ou de personnes présentant des troubles psychotiques. Voir à ce sujet, L. RENE, *Risque et responsabilité en chirurgie*, in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, *op. cit.*, à la p. 244 et s.

Le Règlement du Collège des Médecins et Chirurgiens de la Province du Québec précise en plus que, sauf urgence, le médecin doit, avant d'entreprendre une investigation ou un traitement, obtenir du malade une autorisation libre et éclairée. Il doit s'assurer que le malade... "a reçu des explications utiles portant sur la nature, le but et les conséquences possibles de l'investigation ou du traitement".⁴²

L'affaire *Corbett*, unique cas où la question de la licéité d'une telle opération s'est posée en Grande-Bretagne, donne un exemple de formule de consentement qui reflète le souci du chirurgien de montrer que le patient a été bien informé:

"I... of... do consent to undergo the removal of the male genital organs and fashioning of an artificial vagina as explained to me by... (surgeon). I understand it will not alter my male sex and that it is being done to prevent deterioration in my mental health"
... signature of patient.⁴³

Il ne peut s'agir d'une clause d'exonération de ses responsabilités de chirurgien. Une telle clause serait nulle puisque l'inviolabilité de la personne humaine relève de l'ordre public⁴⁴. De plus, la Loi sur les services de santé et les services sociaux la rend inefficace et considère toute renonciation à la responsabilité comme nulle⁴⁵.

Pour que le consentement du patient soit éclairé, le médecin doit remplir son devoir d'information. Celui-ci, nous l'avons vu, est justement un élément important de la phase préparatoire aux traitements et à l'opération puisque le transsexuel doit être amené à se former une opinion précise des résultats escomptés afin qu'il comprenne bien que l'opération ne sera pas une réponse à tous ses problèmes⁴⁶. Le contrat médical comporte l'obligation de renseigner le malade sur le traitement que le médecin entend lui faire subir⁴⁷.

42. a. 52A, par. 4, 21 oct. 1971.

43. Voir *Corbett v. Corbett*, (1971) p. 83, à la p. 98 (1970) 2 All E.R. 33, (1970) 2 W.L.R. 1306; (No 2) (1970) 2 All E. R. 654, (1970) 3 W.L.R. 195.

44. A. MAYRAND, *op. cit.*, no 27; voir également, P.A. CRÉPEAU, *La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente*, (1960) 20 R. du B. 431, à la p. 449.

45. L.Q. 1971, c. 48, a. 90.

46. G. CÔTÉ, *loc. cit.*, p. 8.

47. P.A. CRÉPEAU, *La responsabilité civile médicale et hospitalière*, Montréal, Intermonde, 1968, p. 8.

Elle pèse plus lourdement sur les médecins dans le cas de la "conversion sexuelle" que celui d'opérations ordinaires, car il s'agit ici de médecine encore expérimentale et le patient doit être prévenu des risques immédiats et des séquelles lointaines sans qu'il lui soit rien caché des conséquences sociales et psychologiques appréhendées. Le patient doit pouvoir supputer les chances de succès et les risques de l'expérimentation⁴⁸.

Jusqu'à présent, nous avons pris pour acquis que le patient était majeur ce qui est le plus souvent le cas⁴⁹.

Néanmoins, il est reconnu que le traitement hormonal donne de meilleurs résultats s'il est appliqué à une personne plus jeune. Une comparaison entre l'article 20 du Code civil et la *Loi de la protection de la santé publique* met en relief l'importance qu'il y a à considérer le traitement du transsexuel comme une thérapie expérimentale. En effet, le Code civil exige le consentement du titulaire de l'autorité paternelle et d'un juge de la Cour supérieure. Par contre, l'article 36 de la *Loi de la protection de la santé publique*⁵⁰ prévoit que

"Un établissement ou un médecin peut fournir les soins ou traitements requis par l'état de santé d'un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle; l'établissement ou le médecin doit toutefois avertir le titulaire de l'autorité paternelle en cas d'hébergement pendant plus de douze heures ou de traitements prolongés".

Le traitement hormonal est, certes, un traitement prolongé ce qui entraînerait inévitablement la mise au courant des parents mais il faudrait, à notre avis, en plus de leur consentement, celui d'un juge de la Cour supérieure, car il s'agit d'expérimentation dans un domaine où des précautions les plus strictes s'imposent.

Une fois l'opération subie il faut se demander quelle est la position du transsexuel vis-à-vis de la société en général et de sa famille en particulier.

48. A. MAYRAND, *op. cit.*, no 33; voir également, G. CASTEL, *(Some) Legal Aspects of Human Organ Transplantation in Canada* (Part I), (1968) 46 Can. Bar Rev. 345, à la p. 366, reproduit dans (1966) 99 Can. Med. Ass. J. 533, à la p. 540; W.F. BOWKER, *loc. cit.*, à la p. 167 et s.; voir également, *Halushka v. University of Saskatchewan*, (1966) 53 D.R.L. (2d) 436 (Sask. C.A.).

49. C'est même une condition souvent exigée par les médecins, voir D. SMITH, *loc. cit.*, à la p. 873.

50. L.Q. 1972, c. 42.

II

**SITUATION DU TRANSEXUEL VIS-À-VIS DE LA SOCIÉTÉ
ET DE SA FAMILLE**

Une question qui s'inscrit en filigrane à toute cette seconde partie, est celle du sexe légal ou officiel du transsexué (transsexuel après l'opération).

De la réponse dépendra la solution d'une série de problèmes relatifs à la position du transsexué dans la société: aura-t-il droit à un nouvel état civil, à changer de nom, à payer des primes réduites d'assurance-vie s'il s'agit d'un homme transformé en femme, à prendre sa retraite plus jeune dans le même cas, etc. Le sexe légal déterminera également qui le transsexué peut épouser et s'il reste le père ou la mère de ses enfants.

Le droit québécois, pas plus que le droit français, ne donne aucune définition juridique du sexe. L'article 54 du Code civil précise seulement que l'acte de naissance énonce le sexe de l'enfant.

En France les tribunaux semblent tenir compte uniquement du sexe morphologique déterminé par l'aspect des voies génitales externes, du moins lorsque l'identité de sexe ou l'impuissance sont invoquées comme causes de nullité de mariage⁵¹. Il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de transsexualisme, nous le verrons plus loin.

A) Situation du transsexué dans la société

Nous avons groupé sous ce titre certains problèmes dont les plus importants nous paraissent être l'officialisation du "changement de sexe" qui doit se traduire normalement par un changement de prénom - sauf dans le cas de prénom mixte - et d'une modification de l'acte de l'état civil. Suivra ensuite l'examen de l'obtention des documents nécessaires à l'identification de la personne, passeport, carte d'assurance sociale, certificat de citoyenneté, etc. L'intérêt des tiers, assureurs, employeurs et autres, sera finalement évoqué.

51. Voir R. NERSON, *L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil*, in *Études de droit contemporain* (VIIIe congrès international de droit comparé Pescara, 1970) Paris, éd. de l'Épargne, 1970, p. 67, à la p. 69. L'arrêt de principe en ce domaine est Civ. 6 avril 1903, D.P. 1904.I.395, conclusions Baudouin; S.1904.I.273, note Wahl.

1) Changement de prénom

Cette question est traitée délibérément avant la modification de l'acte de l'état civil car celle-ci interviendra à la fois pour la mention du prénom et pour celle du sexe.

Le changement de nom patronymique n'est pas en soi indispensable à moins que le transsexué ne désire échapper à une publicité malencontreuse qui aurait entouré son opération.

Le Code civil du Québec est singulièrement peu explicite dans ce domaine. Les prénoms sont donnés à l'enfant au moment de sa naissance conformément à l'article 54. Pour le moment, l'attribution des prénoms est faite par les parents conformément aux principes de la puissance paternelle⁵².

Le changement de nom est soumis à une procédure administrative, prévue par la *Loi du changement de nom*⁵³, aux termes de laquelle le nom comprend "les prénoms ainsi que le nom de famille ou patronymique" (a. 1(a)). La demande de changement de nom se fait par requête transmise au Ministre de la Justice et doit émaner d'un citoyen canadien majeur, domicilié dans la Province de Québec depuis un an au moins. Il faut que le requérant fasse état de "motifs sérieux de désirer un changement de nom" (a. 3) et la requête doit s'accompagner d'un exposé de ces motifs ainsi que des copies authentiques des actes de naissance et éventuellement de mariage. La publicité d'un avis de la requête est assurée ainsi que celle du décret de changement de nom.

Finalement, la loi prévoit que les registres de l'état civil contenant l'acte de naissance et l'acte de mariage de la personne dont le nom fait l'objet d'un changement doivent être modifiés en conséquence sur production au depositaire de ces registres d'une copie du décret ordonnant le changement de nom.

Cette procédure paraît relativement simple mais elle ne prévoit pas de critères d'appréciation des motifs sérieux. Il semble que

52. a. 240 C.C.. Voir à ce sujet P. AZARD et A.F. BISSON, *Droit civil québécois*, t. 2, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1971, no 51. La puissance paternelle est en train d'être transformée en "autorité parentale". Voir *Rapport sur la famille*, deuxième partie, O.R.C.C., 1975, en préparation; P.-A. CREPEAU, *Civil Code Revision in Quebec*, (1974) 34 Louisiana L.R. 981, à la p. 931, *Le droit familial au Québec: réalités nouvelles et perspectives*, (1973) 51 Can. Bar Rev. 169 à la p. 175.

53. S.Q. 1965, c. 77.

la "conversion sexuelle" ait déjà été considérée comme un tel motif mais que les autorités chargées de la décision soient en proie aux plus vives et aux plus naturelles hésitations⁵⁴.

Il faut noter que le changement de nom ou de prénom est accordé dans ce cas dans l'État de New York⁵⁵. Dans cet État, d'ailleurs, la législation existante n'a pas aboli le droit de tout un chacun de choisir le nom sous lequel il désire être désigné, droit qui existait en *Common law*. Il est donc normal que le tribunal ratifie ce qu'une personne pourrait faire sans sa permission. Cette ratification ne s'étend nullement à la modification de l'acte de l'état civil.

2) Modification de l'acte de naissance

Si le changement de prénom ne semble pas poser en soi un problème d'éthique, ceci d'autant plus qu'il existe des prénoms non-indicatifs du sexe de leur titulaire, la rectification ou la modification de l'acte de naissance pose un problème beaucoup plus sérieux. En effet, le transsexué qui a changé d'apparence peut-il se prévaloir d'un autre sexe que son sexe d'origine? On peut imaginer aisément qu'un transsexué, muni d'un acte de l'état civil modifié, contracte mariage sans mettre son nouveau conjoint au courant du réaménagement de son anatomie⁵⁶.

D'autre part, il est bien évident que si aucune indication du changement survenu n'apparaît sur l'acte de naissance, l'individu va se trouver plus d'une fois embarrassé dans nos sociétés où la paperasserie administrative est devenue envahissante. La copie de l'acte de naissance ou un extrait est le plus souvent indispensable pour l'obtention d'une série de documents tels que passeports, cartes d'identité, permis de travail, permis de séjour, cartes de sécurité sociale, dont la plupart se retrouvent, sous une forme ou sous une autre, dans tous les pays. Certaines institutions d'enseignement, certains employeurs exigent également un extrait de l'acte de naissance. Si l'on considère l'opération de "conversion sexuelle" comme licite, il serait normal que les contacts avec l'administration qui sont déjà difficiles pour le citoyen moyen ne deviennent pas pour le transsexué une course d'obstacles où il est vaincu d'avance.

54. Informations recueillies au cours de conversations privées avec des fonctionnaires du service de changement de nom.

55. *Anonymous* 293 N.Y.S. (2d) 834, 57 Misc. (2d) 813 (1966); *Anonymous*, 314 N.Y. (2d) 668, 64 Misc. 309 (1970).

56. Ce fut le cas dans l'affaire newyorkaise *B. v. B.*, 355 N.Y.S. (2d) 712 (1974).

L'article 75 du Code civil québécois prévoit que

“Toute erreur ou omission dans un acte ou registre de l'état civil peut être rectifiée de la manière prévue au Code de procédure civile”.

Ce dernier précise le tribunal compétent et prévoit l'inscription du jugement en rectification en marge de l'acte de l'état civil corrigé⁵⁷.

Bien que le Code civil n'ajoute pas qu'il s'agit d'erreurs ou d'omissions commises au moment de l'établissement de l'acte, la rédaction antérieure de l'article 75 ne permet pas d'en douter:

“S'il a été commis quelque erreur dans l'entrée au registre d'un acte de l'état civil, le tribunal de première instance au greffe duquel a été ou doit être déposé ce registre peut, sur la demande de toute partie intéressée, ordonner que cette erreur soit rectifiée en présence des autres intéressés”.⁵⁸

Une modification subséquente de l'état ou de l'identité de la personne ne peut être à l'origine d'une demande en rectification qui ne doit pas dissimuler une action en réclamation d'état⁵⁹. Or le sexe fait incontestablement partie de l'état des personnes bien que le Code ne le dise pas⁶⁰. Le professeur Louis Baudouin a particulièrement bien mis en lumière le problème qui se pose ici: “La difficulté majeure est de savoir dans quelle mesure la rectification demandée ou requise n'a pour effet que de faire concorder l'acte avec la réalité ou de modifier l'état juridique, le statut de la personne concernée, en touchant au fond du droit. . . Dans la seconde hypothèse, il s'agit d'établir ou de rétablir le véritable statut juridique de la personne, le jugement est un véritable jugement d'état. L'action est en réalité une action, soit en réclamation d'état, soit en contestation d'état, qui met en jeu des principes juridiques et les règles de fond du droit. . .”⁶¹

57. a. 864 et s.

58. L'article 75 a été modifié lors de la révision du nouveau Code de procédure civile, S.Q. 1965-66, c. 20, a. 6.

59. *Soucy v. Curé de Grand Remous*, (1958) R.L. 383 (C.S.) voir à ce sujet L. BAUDOUIN, *Droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 136.

60. R. NERSON, *Rectification de l'acte de naissance, changement de sexe*, (1966) 64 *Revue trim. dr. civ.* 74, Paris, 18 janvier 1974, conclusions *Granjon*, *supra* note 14, Paris (le ch. supp.) 31 mai 1966, J.C.P. 1966.14723, Paris 8 déc. 1967, D.S. 1968.289, J.C.P. 68.11.15518, bis note P.N.

61. L. BAUDOUIN, *Aspects généraux du droit privé dans la Province de Québec*, Paris, Dalloz, 1967, p. 180.

Il est incontestable qu'au Québec, comme en France, l'action à prendre serait une action en réclamation d'état ou "en réclamation de sexe".

La situation serait différente s'il s'agissait d'un hermaphrodite. En effet, dans ce cas, l'on pourrait prétendre qu'une erreur a été commise au moment de l'établissement de l'acte et qu'il s'agit tout simplement de la rectifier en mentionnant le sexe "prédominant". La jurisprudence française est en ce sens⁶².

Mais l'action en "réclamation de sexe" intentée par un transsexué - bien que recevable quant à la procédure - a été rejetée puisque l'intervention chirurgicale est considérée en France comme contraire à l'ordre public⁶³. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas de changement de sexe réel, le sexe chromosomique n'ayant pas été modifié en dépit des "changements apportés artificiellement à la morphologie". La simple rectification des actes de l'état civil ne semble pas davantage possible dans les provinces anglaises du Canada bien que l'interprétation des textes puisse être plus souple. Si l'on prend comme exemple la loi du Manitoba qui contient une disposition-type de correction des actes de l'état civil, l'on s'aperçoit que le directeur des services de l'état civil a le droit de corriger les erreurs "existant dans l'enregistrement" de l'acte si les preuves qui lui sont fournies lui paraissent suffisantes⁶⁴. Tout dépend donc de la façon dont il interprétera les preuves fournies⁶⁵. Le texte ne dit pas que l'erreur doit exister *au moment* de l'enregistrement de l'acte.

Deux lois canadiennes récentes prévoient une modification de l'acte de l'état civil dans le cas particulier des transsexuels. La loi

62. Paris, 8 déc. 1967, D.S. 19680-289, J.C.P. 68.II, 15518 note P.N.

63. Paris, 18 janvier 1974, D.1974.196, conclusions *Granjon*.

64. *Vital Statistics Act*, R.S. Man. 1970, c. V60.

"If, after a registration has been received or made by the recorder, it is reported to him that an error exists in the registration, the recorder shall inquire into the matter and, upon the production of evidence satisfactory to him verified by statutory declaration, and upon payment of the prescribed fee, he may correct the error by making a notation of the *correction* on the registration without altering the original entry."

65. C.H.C. EDWARDS, *Recent Developments Concerning the Criteria of Sex and Possible Legal Implications*, *loc. cit.*, à la p. 126.

de Colombie Britannique⁶⁶ précise qu'une personne non mariée qui a subi une opération de "conversion sexuelle" peut présenter une requête au directeur du service de l'état civil pour changer la mention de son sexe sur son acte de naissance. Il lui faut fournir un certificat médical du chirurgien qui a procédé à l'opération et si cette opération a été effectuée en dehors du Canada il faut en plus un certificat médical d'un médecin pratiquant en Colombie Britannique.

Il est important de noter que l'article précise que tout certificat de naissance émis après l'enregistrement de la modification le sera comme si le sexe modifié était le sexe original.

Le règlement passé en vertu de cet article précise que lorsque une telle opération chirurgicale a été effectuée le certificat prévu doit mentionner que les organes génitaux externes ont été modifiés afin de ressembler à ceux de l'autre sexe et qu'il en est de même de la poitrine⁶⁷.

La loi d'Alberta n'exige pas que le transsexuel ne soit pas marié⁶⁸. A part cela, elle est assez proche de la précédente.

Aux États-Unis on a procédé à des modifications d'actes de l'état civil dans quinze États⁶⁹.

Deux d'entre eux seulement, l'Illinois et la Louisiane ont une législation prévoyant spécifiquement ce cas⁷⁰.

66. B.C. *Vital Statistics (Amendment) A.C.*, S.B.C. 1973, c. 160, S. 3.

21A (1) Where a person in respect of whom transsexual surgery has been performed is unmarried on the date he applies under this section, the Director shall, upon application made to him in accordance with subsection (2), change the sex designation on the registration of birth of such person in such a manner that the sex designation is consistent with the intended results of the transsexual surgery.

(2) An application under subsection (1) shall be made in the prescribed form by the person in respect of whom the transsexual surgery was performed, and shall be accompanied by...

... (3) Every birth certificate issued after the registration of birth is changed under this section, shall be issued as if the original registration had been made showing the sex designation as changed under this section.

67. B.C. Reg. 55/75, Order in Council 273, The British Columbia Gazette, 18 février 1975, vol. 18, No. 4, p. 146.

68. *Vital Statistics Amendment Act*, S.A. 1973, c. 86, a. 2.

69. Alabama, Californie, Hawaï, Illinois, Louisiane, Maryland, New Jersey, Caroline du Nord, Pennsylvanie, Virginie, Tennessee, Texas, Iowa, Colorado, Minnesota; cités dans D. SMITH, *loc. cit.*, à la p. 994.

70. 111. Am. Stat., ch. III.5, § 75.17 (Smith Hurd Supp. 1970) La. Rev. Stat. Ann. § 40-336 (Supp. 1971).

En Louisiane, la copie de l'acte original ne peut plus être délivrée qu'à un transsexué lui-même ou sur ordonnance du tribunal. La règle se rapproche de celle de la Colombie Britannique.

L'évolution de la règle newyorkaise et de la jurisprudence qu'elle a provoquée a posé clairement la question de savoir s'il faut permettre au transsexué de pouvoir obtenir un acte de l'état civil rectifié où n'apparaisse pas la mention de la rectification.

L'administration chargée des registres de l'état civil à New York a commencé par refuser purement et simplement de changer la mention du sexe sur l'acte de l'état civil et la Cour suprême de cet Etat a confirmé cette décision⁷¹.

Le "Board of Health" de New York a demandé un rapport à l'Académie de médecine à ce sujet, laquelle a formé un Comité composé de gynécologues, d'endocrinologues, de cytologues, de psychiatres et d'un juriste qui a conclu que le sexe chromatique des transsexués ne change pas et qu'il était douteux que les registres de l'état civil doivent être modifiés comme "moyens d'aider psychologiquement des malades dans leur adaptation sociale". Le désir de cacher un tel changement de sexe n'a pas paru au Comité devoir primer l'intérêt public et la nécessité d'éviter les fraudes⁷². Ce rapport a été très vivement critiqué non seulement par certains auteurs⁷³ mais encore par la jurisprudence, un juge du tribunal civil de New York ayant en effet déclaré que, lorsqu'il existe une divergence entre le sexe psychologique et le sexe anatomique, et que ce dernier a été mis en harmonie avec le premier par une intervention chirurgicale, le "sexe social" (en anglais "*gender*") de l'individu sera déterminé par son sexe anatomique⁷⁴. Le tribunal a affirmé son désaccord complet avec la conclusion du Comité cité plus haut. A son avis, un transsexuel mâle qui se soumet à une opération devient anatomiquement et psychologiquement une femme. Il ne voit pas pourquoi l'identité d'une personne devrait être limitée par les résultats d'une analyse histologique ou biochimique qui néglige complètement le cerveau humain, organe responsable de la plupart des fonctions et réactions de l'être humain. En l'espèce il s'agissait d'une demande de changement de nom.

71. *Anonymous v. Weiner* 270 N.Y.S. 2d 319, 50 Misc. 2d 380 (1966).

72. Des extraits de ce rapport sont reproduits dans l'affaire citée en note 71.

73. G. BRENT, *Some Legal Problems of the Postoperative Transsexual*, 1972-73, 12 *Journal of Family Law* 405 à la p. 411; D. SMITH, *loc. cit.*, à la p. 999.

74. *Anonymous* 293 N.Y.S. 2d 834, 57 Misc. 2d 813 (1968) (M. le juge F.N. Pecora).

Finalement, la réglementation du Health Board de New York a évolué et des nouveaux certificats de naissance ont pu être émis portant le nouveau prénom du transsexué mais ne portant pas de mention de sexe⁷⁵.

Que faut-il conclure devant ces différentes solutions? . . . Nous avons vu que, selon toute probabilité, l'opération est licite au Québec et le changement de prénom est théoriquement possible. Quelle devrait être la politique législative concernant les actes de l'état civil?

Un auteur suggère qu'une fois que l'opération est acceptée par le droit d'un pays, la société a l'obligation de fournir au transsexuel les documents nécessaires pour évoluer normalement dans son nouveau sexe "légal"⁷⁶.

Il est évident que le problème provient de l'opposition entre deux conceptions scientifiques du sexe. D'une part, la jurisprudence française tout comme, dans une moindre mesure, la jurisprudence américaine attache plus de poids au sexe chromatique. Celui-ci ne changeant pas, le sexe de l'individu dans son ensemble ne change pas non plus. Cette considération apparaît clairement dans les rapports d'experts dont il est fait état dans la jurisprudence française⁷⁷ ainsi que dans les conclusions du Comité formé par l'Académie de médecine de l'Etat de New York. Le changement de sexe n'ayant pas eu réellement lieu, l'acte de l'état civil ne peut être modifié.

D'autres voient dans le sexe une série de composantes d'importance plus ou moins égale - sexe chromatique, sexe gonadien, sexe anatomique, sexe psychologique - et sont tentés de rattacher l'individu à son sexe psychologique et anatomique une fois l'opération effectuée⁷⁸.

Dans cette dernière optique il n'y a pas de raison de refuser la modification de l'acte de naissance et la société doit trouver sa protection dans la qualité des preuves demandées et la procédure suivie pour effectuer cette modification qui doit être soumise au contrôle des tribunaux.

75. *Hartin v. Director of the Bureau of Records and Statistics*, 347 N.Y.S. 2d 515, 75 Misc. 229 (1973).

76. L.P. HALLOWAY, *loc. cit.*, à la p. 294.

77. Voir Trib. Gde Inst. Seine 18 janvier 1965 et Paris 18 janvier 1974, *op. cit.*, *supra* notes 6 et 14.

78. G. BRENT, *loc. cit.*, à la p. 411.

Si l'on est ainsi assuré que la modification de l'acte de l'état civil n'est pas accordée à la légère, les tiers à qui est présenté un nouvel acte de l'état civil sans que n'y apparaisse le fait de la modification, n'auraient-ils pas besoin de protection? On peut prétendre qu'en l'absence d'injustice vis-à-vis de la société, le dogmatisme légal devrait céder le pas devant le bien de l'individu⁷⁹.

Nous ne voyons pas en effet qui pourrait subir un préjudice sérieux, si ce n'est le futur conjoint du transsexué. Il ne semble pas toutefois qu'il soit dans une position différente de celle des conjoints de tous ceux qui, atteints de maladie grave, d'impuissance, de schizophrénie, et le sachant, n'en avertissent pas leur partenaire. A moins d'instaurer un système de certificat pré-nuptial sévère - un tel certificat n'existe pas au Québec - avec toutes les objections d'atteinte à la liberté du mariage que cela emporterait, il est difficile de faire une distinction entre un transsexué mâle à femelle qui est capable d'avoir des relations sexuelles mais non de procréer et une femme stérile.

Il faut se demander finalement si le Rapport sur l'état civil de l'Office de révision du Code civil du Québec apporte une solution au problème⁸⁰. L'article 36 de ce rapport prévoit que

“la rectification d'erreurs ou omissions substantielles dans un acte se fait, par voie de requête, conformément aux dispositions du Code de procédure civile”.

L'article 6 du même Rapport énumère les cas de modification de l'état civil. Il contient une liste de jugements modifiant l'état civil des personnes tels que: jugement déclaratif de décès, désaveu de paternité, reconnaissance de paternité ou de maternité, adoption, divorce, annulation de mariage... Comme nous avons vu que la demande en modification de l'état civil devrait se faire par une action en réclamation d'état, ce texte devrait, en principe, permettre une telle modification. Néanmoins, il est à craindre que l'énumération qu'il contient ne soit interprétée limitativement. Il vaudrait mieux qu'il se borne à une référence générale aux jugements d'état, ou qu'il mentionne spécifiquement le jugement en réclamation de sexe.

Un dernier problème demeure, celui d'assurer la continuité de

79. R. KOURI, *loc. cit.*, à la p. 183.

80. Rapport sur l'état civil, O.R.C.C., XXIII, Montréal, 1973.

l'état de la personne pour que tous ses droits, par exemple ses droits successoraux, lui soient conservés.

Deux procédures sont prévues par le Rapport sur l'état civil. D'une part, le directeur de l'état civil, dès réception du jugement modifiant l'état d'une personne, l'inscrit au registre et, le cas échéant, l'annexe à l'acte concerné. S'il s'agit d'un jugement en divorce, par exemple, il l'annexe à l'acte de mariage (a. 6). D'autre part, s'il s'agit d'un jugement en rectification d'un acte d'état civil, en adoption, en désaveu de paternité, en reconnaissance de paternité ou de maternité ou un décret de changement de nom, le directeur dresse un nouvel acte qu'il signe et inscrit au registre.

“Ce nouvel acte ne comprend pas les énonciations de l'acte primitif qui ont fait l'objet de modifications”. (a. 7, ll. 2)

Il s'agit de jugements qui, soit rectifient une erreur, soit ont un caractère confidentiel, car ils touchent à la filiation, ou au nom d'une personne.

Faudrait-il également prévoir l'établissement d'un nouvel acte après jugement en matière de réclamation de sexe? Il est possible que le système de copies et de certificats proposé par le Rapport suffise en soi. En effet, l'acte de naissance comprendrait les mentions suivantes: nom, prénom, sexe de l'enfant, lieu et date de la naissance, nom, prénom et domicile des père et mère, de même que le lien de parenté du déclarant avec l'enfant (a. 18) tandis que le certificat de naissance ne comprendrait que les nom, prénoms et sexe de l'enfant, de même que la date et le lieu de sa naissance (a. 19). Or, l'article 12 du Rapport prévoit qu'un certificat ne peut faire état des énonciations qui ont fait l'objet de modifications subséquentes ou qui sont portées en annexe d'un acte. De plus, si “quiconque en fait la demande peut obtenir un certificat” (a. 10), seules les personnes mentionnées dans l'acte ou qui justifient de leur intérêt peuvent en obtenir copies (a. 13).

Il se pourrait que ce système réponde - au moins en partie - à la double nécessité d'assurer un certain secret de la modification en même temps que la protection des tiers. D'une part, le transsexué serait en possession d'un document officiel - le certificat de naissance - établissant une identité conforme à son apparence. D'autre part, lui-même et ses proches parents auraient accès à l'acte de l'état civil original muni de sa correction. Ils seraient ainsi à même de faire la preuve des liens de parenté les unissant ainsi que du “changement de sexe” intervenu. Tout dépendrait, évidemment, de

la face probatoire respective qui serait attachée à ces deux documents. Le certificat de naissance suffirait-il, dans le droit de l'avenir, à obtenir passeport, carte d'assurance sociale et autres ou faudrait-il produire un acte de naissance?

Il faut signaler à ce propos que le Rapport sur la Famille de l'Office de révision du Code civil prévoit que l'officier de l'état civil autorisé à célébrer le mariage doit obtenir des parties "une copie authentique de l'acte de naissance de chacun des époux ou du jugement qui en tient lieu"⁸¹. À l'heure actuelle la réglementation de la célébration des mariages civils emploie l'expression peu heureuse "d'extrait des registres de naissance"⁸².

Nous n'avons pas l'intention de passer en revue tous les documents officiels dont une personne pourrait avoir besoin. Cela conduirait à une énumération monotone et nous nous bornerons donc à quelques exemples.

3) Passeports

Le Bureau des passeports du Ministère fédéral des affaires extérieures semble disposé à fournir un passeport mentionnant le nouveau sexe du transsexué si toutes les autres conditions d'obtention du passeport sont remplies et qu'un certificat médical indiquant la nature de l'opération est fourni⁸³.

La situation semble moins souple aux États-Unis où le Bureau des passeports ne consent à reproduire que les mentions du certificat de naissance⁸⁴.

4) Certificats d'immigration

L'administration fédérale de l'immigration canadienne serait prête à modifier le certificat de citoyenneté si des preuves suffisantes lui étaient fournies qu'une opération de "conversion sexuelle" a été effectuée et qu'il s'agit bien du même individu⁸⁵.

81. Rapport sur la Famille, première partie, O.R.C.C., XXVI, Montréal, 1974, a. 19.

82. Règlement relatif à la célébration du mariage civil (a. 12). A.C. 501 du 26 février 1969, G.O., 8 mars 1969, p. 1520.

83. G. BRENT, *loc. cit.*, à la p. 406.

84. D. SMITH, *loc. cit.*, à la p. 1000.

85. G. BRENT, *loc. cit.*, à la p. 406.

5) La carte d'assurance sociale

La *Loi du régime des pensions* du Canada⁸⁶ prévoit que tout particulier qui occupe un emploi donnant droit à une pension doit obtenir un numéro d'assurance sociale et que lui sera délivrée une carte d'assurance sociale. Le sexe n'apparaît pas à la face même de la carte mais est représenté par un symbole. Cette carte est indispensable car elle est employée largement comme pièce d'identité au Canada et au Québec. Le numéro d'assistance sociale figure sur la formule d'impôt et, sous une forme modifiée, sur la carte d'assurance-maladie. Il est exigé ou attribué lors de l'obtention d'un emploi. Il serait donc indispensable que l'indication codée du sexe puisse être modifiée également.

6) Assurances

Nous entrons dans un domaine où la distinction de sexes représente un risque assurable différent. Il est admis que l'espérance de vie de la femme est de quelques années plus longue que celle de l'homme. Un homme qui subit une opération de "changement de sexe" à vingt-deux ans et qui ensuite contracterait une assurance-vie serait-il un risque féminin ou un risque masculin?⁸⁷ Si la question est théoriquement intéressante, elle ne nous semble pas importante en pratique. La définition technique de l'assurance précise en effet qu'il s'agit de l'opération par laquelle un assureur, organisant en mutualité une *multitude d'assurés* exposés à la réalisation de certains risques, indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse des primes collectées⁸⁸. Étant donné cette multitude et le petit nombre de transsexués, il est peu probable que l'intérêt de l'assureur soit gravement affecté.

7) Pension

La *Loi du régime de pension* du Canada fait une distinction entre les pensions de veuve et les pensions de veuf qui ne peuvent être attribuées qu'au veuf dans le cas où il dépendrait de son

86. S.R.C. 1970, c.C.5, a. 100, voir aussi Règlement relatif au régime des pensions du Canada (numéros d'assurance sociale) D.O.R.S. 65-372, Gazette du Canada, 25 août 1965, vol. 99, Pt2, p. 1264.

87. G. BRENT, *loc. cit.*, à la p. 412.

88. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 1973, no 12.

épouse totalement ou en grande partie au moment du décès de cette dernière⁸⁹. La position du transsexué semblerait dépendre de la modification de son numéro d'assistance sociale.

Une fois le transsexué muni de documents qui lui permettent d'évoluer dans la société en général, il importe de se demander quelles sont ses relations juridiques avec sa famille.

B) Le transsexué et sa famille

Il faut considérer tout d'abord la position du transsexuel engagé dans les liens du mariage au moment où il subit son opération ensuite celle du transsexué qui après l'opération, désirerait contracter mariage.

a) Le mariage antérieur à l'opération

Il n'est pas rare en effet qu'un transsexuel se marie. Il s'agit souvent là d'un ultime effort pour se conformer à son sexe biologique.

On peut présumer que, le plus souvent, ce mariage sera un échec et se terminera par sa dissolution. Mais il n'en est pas nécessairement ainsi et la presse a rapporté des cas où le transsexué continuait à vivre avec "sa femme" et ses enfants après l'opération⁹⁰.

Dans ce cas, on ne voit pas, en droit québécois, comment un tiers pourrait attaquer un tel mariage⁹¹. L'article 152 du Code civil prévoit bien que le mariage entaché d'inceste peut être attaqué par tout intéressé et les auteurs y ont ajouté le mariage entaché de bigamie⁹² mais rien n'est prévu lorsque deux personnes du même sexe - ou de même sexe apparent - se trouvent être mariées.

On pourrait peut-être considérer le mariage comme inexistant. Le professeur Pineau soutient cette thèse car, selon lui, il y manquerait un élément essentiel⁹³. Dans ce cas, toute personne ayant un intérêt, ne serait-ce qu'un intérêt moral, pourrait se prévaloir de

89. *Supra* note 86, a. 57, mod. S.C. 1973-74, c. 41, a. 7.

90. *Montreal Gazette*, 19 mai 1972, *Montreal Star*, 12 avril 1972.

91. Voir en droit canadien, dans ce sens également, Y. BRENT, *loc. cit.*, à la p. 413.

92. J. PINEAU, *La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972, no 95.

93. *Ibid.*, no 88.

l'inexistence du mariage⁹⁴. Mais la prudence qui entoure la doctrine de l'inexistence s'impose tout particulièrement à cause de la difficulté même de la définition du "sexe". Le sexe psychologique seul suffit-il avant l'opération, à assurer cette inexistence? Nous ne le pensons pas. Après l'opération, l'aspect, le mode de vie du patient suffit-il pour conclure à l'inexistence du mariage? Certes non si l'on admet qu'un mariage véritable a existé. De toute manière, s'il ne s'agit pas d'identité de sexe flagrante mais d'un doute sur le sexe d'un conjoint il s'agit de nullité et non pas d'inexistence⁹⁵.

Le Rapport sur la Famille de l'Office de révision du Code civil prévoit que "est nul de nullité absolue, le mariage contracté, par deux personnes de même sexe. . ." ⁹⁶.

Toutefois, dans le cas qui nous occupe, le mariage n'a pas été *contracté* par deux personnes de même sexe biologique. Le commentaire, peu explicite d'ailleurs, semble bien viser un mariage d'homosexuels.

Nous ne pensons pas que cet article puisse être appliqué au transsexué. Il ne semble d'ailleurs pas qu'il faille prévoir une cause spéciale de nullité pour ces cas extrêmement marginaux. En effet, le plus souvent, le divorce a lieu avant l'opération, sinon juste après. Les parties sont d'ailleurs vivement encouragées par leurs médecins et conseillers à régler leur situation avant l'opération⁹⁷.

En supposant qu'elles ne le fassent pas, le conjoint du transsexué pourrait essayer d'obtenir la nullité de son mariage ou le divorce. La nullité du mariage pourrait éventuellement être demandé pour cause "d'erreur dans la personne" prévue à l'article 148 du Code civil qui permet à l'époux induit en erreur d'attaquer le mariage, cette demande n'étant plus recevable six mois après que l'erreur a été reconnue (a. 149 C.C.).

Une certaine jurisprudence a en effet interprété les termes "erreur dans la personne" comme signifiant l'erreur sur une qualité essentielle qui a, pour le conjoint trompé, une importance telle

94. Voir pour les hésitations doctrinales et jurisprudentielles soulevées par la thèse de l'inexistence, l'étude de M. le juge Deschênes dans *Paré v. Bonin* (1973) C.A. 875.

95. G. MARTY et P. RAYNAUD, 2e éd., *Droit civil*, t. 1, vol. 2, Paris, Sirey, 1967, no 113.

96. *Op. cit.*, a. 23.

97. Information recueillie au cours du colloque sur la transsexualité cité plus haut; voir également, *Guidelines for Transsexuals*, *op. cit.*, p. 10.

qu'il n'aurait pas contracté mariage s'il avait connu la situation avant de se marier⁹⁸.

Par contre, une jurisprudence plus restrictive⁹⁹ qui est d'ailleurs celle de la Cour d'appel¹⁰⁰ a donné à ces mêmes termes une signification beaucoup plus restreinte. L'erreur ne vicie le consentement que lorsqu'elle porte sur la personne même.

Par conséquent, une demande en nullité pour erreur dans la personne présentée par le conjoint du transsexuel ne pourrait être accordée que si le tribunal suivait l'interprétation large de l'erreur dans la personne. En effet, le syndrome du transsexualisme chez un conjoint, existant au moment du mariage, doit être mis sur le même pied que l'erreur concernant l'état mental du conjoint. Il est peu probable que le sexe psychologique d'une personne soit considéré comme faisant partie à ce point de son identité qu'une erreur à ce sujet puisse être analysée comme une erreur dans la personne.

Le "changement de sexe" lui-même pourrait bien, par contre, s'en rapprocher. Mais ici le délai de six mois serait difficile à appliquer car il faudrait déterminer le moment de la connaissance de l'erreur. On ne pourrait imaginer ce cas que si le transsexuel cache son état à son conjoint et se fait opérer sans que ce dernier le

98. *Musgrave v. Covinsky*, (1923) 61 C.S. 221 (erreur sur la religion et la nationalité); *Maquière v. Mooney*, (1941) 79 C.S. 172, *D. v. J.*, (1947) C.S. 143, *Weinstock v. Blasenstein*, (1965) C.S. 505 (erreur sur l'honorabilité); *Dussault v. Enloe*, (1965) C.S. 448 (erreur sur l'état de divorcé); *McCawley v. Hood*, (1943) R.L. 376 (C.S.) (erreur sur la moralité); *Benditsky v. X.*, (1939) 77 C.S. 391 (erreur sur la santé - syphilis); *N. v. E.*, (1945) C.S. 109 (erreur sur la santé - psoriasis); *Hivon v. Gagnon*, (1962) C.S. 399 (incapacité psychologique du mari à consommer le mariage).

99. *Pagé v. Nantel*, (1945) R.L. 257 (C.S.) (fiancée s'était fait épouser en prétendant qu'elle était enceinte); *M. v. L.*, (1947) C.S. 138 (erreur sur l'état de fortune); *Bourbeau v. Belghersa*, (1960) C.S. 108 (erreur sur l'éducation et l'état de santé de l'épouse); *Daigle v. Benoit*, (1960) C.S. 45 (erreur sur la santé - maladie vénérienne - et la fidélité); *V. v. V.*, (1946) C.S. 84 (erreur sur l'état d'enfant légitime); *B. v. D.*, (1949) C.S. 406, (découverte de l'impuissance); *X. v. Z.*, (1947) C.S. 430 (erreur sur la santé - maladie vénérienne); *C. v. J. et Procureur général du Québec*, (1961) C.S. 672 (erreur sur la santé - narcomanie); *C. v. G.*, (1947) C.S. 298; *Beaulne v. Thessereault*, (1947) C.S. 24 (refus de consommer le mariage); *Whalley v. Kowalyck*, (1947) R.L. 228 (C.S.) (erreur sur la religion).

100. *Yorksie v. Chalpin*, (1946) B.R. 51 (erreur sur la moralité et l'honorabilité); *Procureur général du Québec v. K. et W.*, (1947) B.R. 566 (découverte de la perversité); *M. v. H. et Procureur général du Québec*, (1949) B.R. 235 (découverte de l'incapacité à consommer le mariage); *Chisholm v. Starnes*, (1949) B.R. 577 (erreur sur la respectabilité); *Dorion v. Buissière*, (1967) B.R. 416 (erreur sur la santé - épilepsie); *Richard v. Trudel*, (1968) B.R. 983 (trouble de la personnalité).

sache. D'autre part, il ne s'agirait pas d'une erreur existant au moment du mariage.

Devant la difficulté d'obtenir une nullité, il est donc beaucoup plus probable que le conjoint demande le divorce¹⁰¹. La Loi sur le divorce prévoit plusieurs causes qui pourraient être invoquées ici. Le plus simple est évidemment de prétendre que le mariage a subi une rupture définitive et de prouver que les conjoints ont vécu séparés pendant au moins trois ans (a. 4(e) (i)). Ce délai peut néanmoins comporter des inconvénients spécialement dans le cas où les médecins refuseraient de commencer le traitement avant que la situation familiale ne soit réglée. Il faudrait que le conjoint se tourne alors vers la cruauté mentale "qui rend intolérable la continuation de la cohabitation des époux" (a. 3(d)).

Bien qu'à première vue il semble normal de penser que le transsexualisme d'une personne rende effectivement la vie de son époux intolérable, l'issue du procès n'est pas certaine.

En effet, la jurisprudence québécoise a oscillé entre une interprétation stricte du concept de la cruauté qui doit mettre en danger la vie ou la santé de l'autre conjoint¹⁰² et une conception beaucoup plus libérale suivant laquelle "les regards, les mots, les gestes, les refus, les menaces expresses ou tacites, impossibles à préciser, peuvent constituer dans leur ensemble le motif de cruauté mentale"¹⁰³.

La Cour d'appel a choisi le juste milieu en indiquant premièrement que la cruauté doit se manifester par des actes de nature grave et non pas seulement par une simple incompatibilité d'humeur mais que, deuxièmement, l'appréciation de ce qui constitue la cruauté dans chaque cas particulier dépend des circonstances de ce cas, compte tenu de la condition physique et mentale des parties, de leur caractère et de leur attitude vis-à-vis des liens du mariage¹⁰⁴.

101. La Loi fédérale sur le divorce est applicable au Québec, S.R.C. 1970, c. D8.

102. *Webster v. McKay*, (1969) C.S. 132.

103. *Gosselin v. Pelletier*, (1969) C.S. 515.

104. *Vignault v. Vignault*, (1972) C.A. 666. Cette décision a été suivie dans *Paradis v. Auger*, (1973) C.S. 1034 et *Hasse v. Zamoyka*, (1974) C.S. 170.

Il n'est pas nécessaire que le comportement du cruel soit intentionnel¹⁰⁵. Une telle exigence aurait sans doute empêché que cette cause soit invoquée dans les cas de transsexualisme.

Finalement, si le transsexualisme n'a pas encore provoqué de divorce dont le jugement soit publié, le travestisme a été considéré comme de la cruauté mentale dans deux cas canadiens¹⁰⁶.

Dans l'un de ces cas, le juge a précisé que le travestisme n'était pas en soi un acte de cruauté mais qu'il rendait intolérable la vie commune des conjoints. Il faut signaler une décision anglaise qui serait certainement suivie dans les provinces canadiennes anglaises et qui a précisé que le fait pour le mari de se faire stériliser serait considéré comme de la cruauté mentale vis-à-vis de son épouse. En l'espèce, la demande a été rejetée, à la majorité, car l'épouse a été incapable de prouver que cette opération s'était faite sans son consentement¹⁰⁷.

Finalement, au cas où le mariage n'aurait pas été consommé, le divorce peut être demandé en vertu de l'article 4(d) de la Loi sur le divorce à condition que cette situation ait duré pendant au moins un an.

L'Office de révision du Code civil a suggéré de simplifier les causes de divorce et notamment propose une cause générale

“Le divorce ou la séparation de corps est prononcé, à la demande de l'un des époux, lorsque la vie commune est devenue intolérable”¹⁰⁸.

Une telle cause pourrait sûrement être invoquée par le conjoint du transsexuel.

Un dernier problème à examiner est celui des relations juridiques du transsexué avec les enfants de son mariage antérieur. En cas de nullité, il nous paraît que les règles ordinaires du mariage putatif devraient s'appliquer¹⁰⁹ à moins évidemment que le mariage ne soit déclaré inexistant¹¹⁰. Il est peu probable que les deux

105. F. HELEINE, *Chronique de droit familial*, 1971, 2 R.G.D., 63 et jurisprudence citée.

106. *C. v. C.*, (1969) 7 D.L.R. (3d) 35 (O.H.C.); *I.C. v. G.C.*, (1969) 9 D.L.R. (3d) 632 (N.B.S.E., Q.B. Div.).

107. *Bravery v. Bravery*, (1954) 3 All E.R. 59 (C.A.), voir à ce sujet, C.H. EDWARD, *loc. cit.*, à la p. 122.

108. Rapport sur la famille, *op. cit.*, a. 77.

109. Voir a. 163 et 164 C.C..

110. *Paré v. Bonin*, *supra*, note 94.

conjoints soient de mauvaise foi¹¹¹. Les enfants seraient donc légitimes et auraient tous les droits relatifs à cet état.

En cas de divorce, l'article 216 du Code civil devrait s'appliquer, qui prévoit que le divorce ne prive les enfants nés du mariage d'aucun des avantages qui leur sont assurés par la loi ou par les conventions matrimoniales de leur père ou mère. . .

Il n'en demeure pas moins que ces enfants risquent d'être particulièrement embarrassés lorsqu'il s'agira d'établir la preuve de leur filiation. Ceci est un des cas où les tiers devraient être en mesure de se procurer une copie de l'acte de mariage de leurs parents, dans sa forme originale ou avec mention de la correction.

Plus fréquents seront sans doute les cas où le transsexué, une fois opéré, désirera contracter mariage.

b) Le mariage du transsexué

La Fondation Erickson fait état de nombreux transsexués qui auraient contracté des mariages heureux, à l'abri de toute publicité¹¹².

Tout d'abord il faut se demander si un tel mariage est licite. Tout dépend, une fois de plus, de la définition du "sexe légal". Dans l'affaire anglaise *Corbett*¹¹³, le tribunal, se fondant sur le sexe chromatique, décida que le sexe réel de l'épouse n'avait pas été affecté et qu'elle était demeurée un homme et annula le mariage.

Le professeur G. Brent fait remarquer que, en vertu d'un tel raisonnement, le mariage d'un transsexué semble impossible et que, puisque la loi semble défendre au transsexué d'épouser quelqu'un du sexe opposé à son sexe acquis elle devrait, par voie de conséquence, donner sa bénédiction au mariage de deux personnes qui, aux yeux du passant dans la rue, auraient l'apparence de deux femmes ou de deux hommes¹¹⁴.

111. Le Rapport sur la famille, *op. cit.*, a. 30, propose que la bonne ou mauvaise foi des parents soit sans effet sur la légitimité des enfants, toute distinction entre enfants légitimes et naturels étant appelée à disparaître.

112. *Guidelines for Transsexuals*, *op. cit.*, p. 32.

113. Voir *supra*, note 43; voir Bromley's *Family Law*, 4e ed., London, Butterworths, 1971, p. 24.

114. *Loc. cit.*, à la p. 420, note 44.

Aux États-Unis, dans une affaire newyorkaise récente ¹¹⁵, une femme demanda l'annulation de son mariage avec un transsexué. Le tribunal a déclaré qu'"il n'y avait pas eu de mariage" après avoir admis la preuve que le "mari" était incapable de consommer le mariage. Le jugement, très bref, se borne à rappeler qu'un transsexué ne devient jamais biologiquement une personne de l'autre sexe. Les autres cas néanmoins traitent de transsexuels qui au moment du mariage n'avaient pas encore subi l'opération en concluent à l'annulation ou à l'inexistence - ce n'est pas très clair - du mariage ¹¹⁶ ou bien ratifient le refus de l'administration de délivrer un permis de mariage¹¹⁷.

Au Québec, en admettant que la modification de l'acte de naissance soit possible, il est plus que probable que, en pratique, un tel mariage puisse avoir lieu. Serait-il nul? Les auteurs affirment à l'unanimité que la différence de sexe est une condition du mariage ¹¹⁸. Pourtant, le professeur Joyal-Poupart fait remarquer que le Concile Vatican II a opéré un revirement de la position traditionnelle de l'église dans ce domaine en mettant sur un même pied comme fins du mariage la procréation des enfants et l'épanouissement des époux. De plus, ce changement d'orientation n'est pas, d'après l'auteur, sans influencer les mentalités et les comportements. Certains époux rendent volontairement leur mariage stérile et nul ne conteste la validité de leur union pour ce motif¹¹⁹.

L'auteur se demande si l'on ne pourrait pas dès lors envisager la possibilité d'union de personnes de même sexe sanctionnée par le droit positif.

Quoi qu'il en soit, si les Codificateurs de 1866 trouvaient la nécessité de la différence de sexe si évidente qu'ils ne l'ont pas dit, les réformateurs de 1974 semblent éprouver le besoin de le dire puisqu'ils prévoient la nullité du mariage dans le cas contraire.

115. *B. v. B.*, 353 N.Y. 2d, 712 (1974).

116. *Anonymous v. Anonymous*, 325 N.Y. 2d, 499, 67 Misc. (2d) 982 (1971).

117. *Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W. 2d 185 (1971). appel rejeté 409 U.S. 810, 93 St. Ct. 37, 34 L. Ed. 2d 65 (1972). *Jones v. Hallahan*, Ky, 50 S.W. 2d 588 (1973).

118. J. PINEAU, *op. cit.*, no 26; P. AZARD et F. BISSON, *op. cit.*, no 76, P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, vol. 1, p. 331; E. DELEURY et M. RIVET, *Droit civil, Droit des personnes et de la famille*, Québec, Presses de l'Université Laval, p. 14.

119. R. JOYAL-POUPART, *La famille*, Notions élémentaires, Cours de Thémis, Montréal, Revue Juridique Thémis Inc., 1973, p. 18.

Dans le cas du mariage d'un transsexué, si l'on considère que son sexe légal correspond à son sexe psychologique et anatomique acquis, plutôt qu'à son sexe biologique il n'y a pas, dans le cas d'un transsexué mâle à femelle, beaucoup de différence entre son mariage et celui d'une femme stérile. Par contre, dans le cas du transsexué femelle à mâle il s'agira du mariage d'un impuissant. Il n'est pas sûr pourtant que cette impuissance réponde aux exigences de la cause de nullité prévue par l'article 117 du Code civil qui précise que "l'impuissance naturelle ou accidentelle existant lors du mariage, le rend nul, mais dans le cas seulement où elle est apparente et manifeste". Tout dépendra donc du degré d'échec ou de réussite de la greffe effectuée sur le transsexué.

La jurisprudence québécoise est généralement assez stricte dans l'interprétation de l'article 117; il doit s'agir de l'absence de l'organe, sa débilité ne suffisant pas¹²⁰. Par contre, dans le même cas, le divorce pourrait être accordé pour non-consommation. En ce qui concerne les autres causes de nullité, nous renvoyons aux développements ci-dessus concernant l'inexistence du mariage et l'erreur dans la personne. Quant aux causes de divorce, nous en avons déjà parlé. Il faut ajouter toute la gamme des autres causes qui peuvent être créées par le comportement des époux en dehors du transsexualisme, par exemple l'adultère. A ce propos il faut mentionner la question académique de savoir si un transsexué trompant son conjoint commettrait l'adultère ou un acte d'homosexualité. De toute façon l'un comme l'autre sont des causes de divorce.

CONCLUSIONS

Aux termes de cette étude qui n'a pu être que superficielle, quelques considérations s'imposent.

1. Il est un fait que les opérations de "conversion sexuelle" se pratiquent au Québec. Le nombre des transsexués est faible mais les problèmes qu'ils créent ne peuvent être ignorés.

2. Il semble peu probable qu'un chirurgien pratiquant des opérations de "conversion sexuelle" encoure une responsabilité pénale quelconque en l'absence de faute de sa part.

120. J. PINEAU, *op. cit.*, no 28, et la jurisprudence citée.

3. L'intervention chirurgicale semble licite en droit civil québécois, si les normes médicales acceptées ont été suivies. Il serait donc souhaitable que la Loi médicale ou une autre loi donne quelques indications à ce sujet bien que les milieux médicaux soient plus que conscients des risques de responsabilité.

4. Plus nécessaire encore, nous semble le besoin de réglementation des conditions d'éligibilité du patient à un tel traitement. En particulier, il faudrait qu'il soit résident au Québec depuis une période déterminée pour éviter l'afflux des patients étrangers.

D'autre part, on pourrait peut-être exiger que les candidats aient réglé leurs problèmes matrimoniaux, s'il en est.

Dans ce domaine il faut également tenir compte du coût social de l'opération. Ce problème a été invoqué par le professeur Guy Durand, docteur en théologie, qui déclare:

"Nous sommes en face de malheureux, de malades, qui méritent la compassion de la société tout autant que les psychosés d'une part ou les infirmes d'autre part. Nous sommes en face de malheureux qui conservent un espoir de vie - heureuse, productive - de plusieurs années. Or, en face de tels malheureux, je crois que notre souci humanitaire ne doit pas avoir de prix. S'il y a des réticences à ces interventions chirurgicales, elles ne doivent pas venir du secteur économique."¹²¹

5. Une fois l'opération effectuée, il faudrait que le transsexué soit à même d'obtenir un changement de prénom - ce qui semble être actuellement le cas - et une modification de l'acte de l'état civil. Celle-ci devrait être entourée de toutes les garanties voulues et il faudrait trouver un compromis entre la nécessité pour le transsexué d'avoir des "papiers montrables" et la protection des tiers. Si ceux-ci ont un intérêt valable, comme les enfants du transsexué, par exemple, ils devraient pouvoir accéder à l'acte original.

6. En ce qui concerne le mariage du transsexué, il nous semble qu'il devrait être permis. Nous sommes tout à fait conscients du fait qu'il y a un risque de fraude mais nous faisons remarquer qu'il existe toutes les fois où une personne estime avoir quelque chose à cacher à son futur conjoint.

7. Finalement - et ceci est peut-être la conclusion la plus importante - le droit doit suivre les développements de la science. Il

121. Exposé au congrès sur la transsexualité, *op. cit.*, *op. cit.*, note 1, à la p. 19.

se peut très bien qu'un jour un traitement plus satisfaisant soit découvert¹²². Dans ce cas, il est évident que les opérations de "conversion sexuelle" devront être abandonnées. Une remarque du juge Mayrand paraît particulièrement appropriée à cet égard:

"Puisque l'atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne met en jeu sa santé il convient de faire appel à la science médicale pour déterminer si, dans chaque cas, les avantages recherchés sont plus importants que les inconvénients prévus. Mais la réponse obtenue aujourd'hui devra être révisée demain car les données de la science sont changeantes. Les progrès de la médecine rendent maintenant raisonnables des tentatives qu'hier on jugeait téméraires, telle la greffe d'un rein. Par contre, des procédés ou des interventions qu'on jugeait autrefois utiles ou indispensables sont maintenant proscrits".¹²³

122. Peut-être un traitement génétique, la possibilité est évoquée par O. SCHROEDER JR. in *The Dynamic of Technology: from Medicine and Law to Health and Justice*, Cleveland, The Law Medicine Center, Case Western Reserve University in cooperation with Cuhahoga County Coroner's Office, Cleveland, Ohio, 1972, p. 44.

123. A. MAYRAND, *op. cit.*, no 9.