



# Commentaire CA Nîmes, 07/06/2000

Commentaire d'arrêt publié le 20/02/2024, vu 1344 fois, Auteur : [Christophe GEORGES-ALBERT](#)

**Quel est le sort du mariage lors que l'un des époux a souhaité changer de sexe ?**

## CA Nîmes – 07/06/2000

Une personne est née homme mais a réalisé une opération visant à devenir une femme durant son mariage.

Elle a obtenu par jugement du TGI de Clermont-Ferrand son changement d'identité à l'état civil afin de la corroborer à son identité sexuelle.

Une procédure en divorce a été engagée par la saisine du TGI compétent

Ce dernier a prononcé le divorce aux torts exclusifs du transsexuel car le mariage ne peut être contracté entre personnes de même sexe et l'épouse à qui l'on peut reprocher la violation de l'article 215 du Code Civil s'est vue excusée par le comportement de son mari.

**La CA était interrogée sur le fait de savoir si le mariage pouvait survivre au transsexualisme d'un époux ?**

**Dans la négative, quelle serait la cause du divorce ?**

Apportant une réponse, la CA confirme le jugement rendu par le TGI compétent et prononce le divorce aux torts exclusif du mari aux motifs que le mariage étant une institution d'OP, il n'est donc pas possible de légitimer par changement de sexe à l'état civil le mariage d'une personne transsexuelle.

Il convient de s'interroger tant sur le sens de la décision rendue par le CA **(I)** que sur la détermination du fondement juridique à adopter afin de dissoudre le lien matrimonial **(II)**

## I – Le sens de la décision rendue par la CA

Le mariage, institution d'OP implique le respect de règles contenues au sein des articles 212 et 225 du Code Civil, leur violation doit s'analyser en un manquement fautif **(A)**.

Si elle est posée depuis longtemps la question du sort du mariage du transsexuel ayant obtenu un changement d'état civil ne s'est que rarement présentée mais est susceptible d'entraîner un divorce aux torts exclusifs de ce dernier **(B)**

## A – La violation des obligations maritales et leurs conséquences

L'article 212 du Code civil dispose que : « **les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance** ».

L'article 215 ajoute, dans son premier alinéa, qu'ils « **s'obligent mutuellement à une communauté de vie** ».

Le devoir de respect a été ajouté à l'article 212 du Code civil par une loi du 4 avril 2006 relative aux violences au sein du couple.

Il est énoncé en premier, avant les autres devoirs. Cela montre son importance pour le législateur.

Consacrer le devoir de respect a tout d'abord pour but de promouvoir les libertés individuelles de chaque époux.

Il s'agit de mettre l'accent « **sur la nécessaire reconnaissance de l'autre, non seulement de son corps, mais aussi de ses opinions, de sa religion, de sa profession ou plus généralement de son identité** ».

Il est vrai que les devoirs découlant du mariage et destinés à assurer l'harmonie de la vie commune portent, dans une certaine mesure, atteinte aux libertés individuelles.

Par ailleurs, comme souvent, les adages de Loysel peuvent aider à comprendre le principe : « **boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble** ».

La communauté de vie, ce serait donc l'essence du mariage **(215a1 du CC)**

Enfin, la faute, au sens de l'article 242 du Code civil, est un manquement aux devoirs et obligations nés du mariage.

Il faut entendre par là, non seulement un manquement aux devoirs nommés prévus par la loi (**fidélité, cohabitation, contribution aux charges du mariage, ...**), mais aussi tout manquement à d'autres devoirs que la loi ne cite pas expressément, mais sans lesquels le mariage n'aurait plus la même signification

En outre, il faut qu'il s'agisse d'un fait imputable au conjoint et constitutif d'une violation grave ou renouvelée des obligations du mariage et rendant intolérable le maintien de la vie commune.

La liberté individuelle qui doit être protégée dans le cadre du mariage peut-elle cependant permettre l'émergence d'une situation incongrue, à savoir le changement de sexe de l'un des époux, ce qui aurait pour conséquence, la légalisation de fait d'un mariage homosexuel ?

C'est à cette question que la jurisprudence a dû répondre, validant ainsi, la possibilité d'obtenir pour l'épouse victime une indemnisation au titre d'un divorce prononcé aux torts exclusifs de l'époux transsexuel **(B)**

## B – Les conséquences du transsexualisme pendant le mariage

Dans l'arrêt commenté, le TGI et la CA dans son arrêt confirmatif ont prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'époux transsexuel en raison du caractère institutionnel du mariage.

Ce fondement a été entériné par la Cour de cassation (**Civ.1°, 13/03/07**).

Son interdiction peut alors justifier deux solutions : soit refuser au transsexuel le changement de sexe ; soit l'autoriser tout en faisant disparaître le mariage.

Dans le premier cas, la modification a été réalisée, donc ce fondement est inopérant ; dans le second, le changement de sexe devrait autoriser la disparition du lien d'alliance en raison de la caducité du mariage.

Le mariage se retrouve en effet privé d'un élément essentiel à sa formation (**la différence de sexe des époux**), par la suite d'un événement postérieur à sa formation (**le changement de sexe**) et indépendant de la volonté de son auteur (**puisque'il s'agit d'un syndrome**).

Cette solution appelée par la doctrine n'ayant pas trouvé d'écho, c'est dans le comportement fautif de l'époux qu'il faut pour la CA trouver un motif de désunion.

La Cour semble cependant presque regretter sa position, notamment lorsqu'il s'agit d'un transsexualisme subi, néanmoins, elle applique dans toute sa rigueur l'adage latin « **Dura Lex, Sed Lex** ».

Cette jurisprudence n'a par ailleurs pas été infléchie au lendemain de cette décision, le TGI de Caen le 28/05/2001 relevait dans des faits similaires à ceux commentés « ***l'égoïsme de la démarche qui paraît avoir constitué pour les juges la violation grave ou renouvelée exigée par le texte.*** »

Néanmoins, la portée de l'arrêt nous conduit à examiner le choix délicat du fondement juridique permettant la dissolution du lien matrimonial **(II)**

## **II – La portée de l'arrêt : Le choix délicat quant au fondement de la dissolution du lien matrimonial**

Contrairement au mariage homosexuel qui a depuis été légalisé, le mariage antérieur du transsexuel a été valablement formé et déroulé dans le temps, dès lors, la fin du mariage doit être regardée sous l'angle de la vie privée des époux **(A)** ce qui interroge sur le choix du mode de dissolution du lien matrimonial **(B)**

### **A- La fin de l'union pour cause de transsexualisme au prisme de la vie privée des époux**

Le mariage du transsexuel ne devient pas nul du fait du changement de sexe puisque les conditions à réunir pour le mariage sont appréciées au jour de sa célébration et non postérieurement à celui-ci, toutefois, serait potentiellement ouvert une action en erreur sur les qualités essentielles.

En revanche, la question s'est posée de savoir si le changement de sexe pouvait être qualifié d'injure grave à l'appui d'une demande en divorce pour faute.

La jurisprudence s'est prononcée en ce sens dans l'arrêt commenté, non, parce que le transsexualisme a été érigé comme une faute, mais car les implications de ce changement de sexe pour le conjoint du même sexe étaient constitutives d'une faute (**TGI Caen précité**).

Par ailleurs, depuis que **la loi du 17 mai 2013** ouvre le mariage aux personnes de même sexe, il paraît difficile d'envisager le mariage comme caduc.

Cette situation prise à la lumière du droit positif nous interpelle donc sur les choix possibles offerts aux époux quant à la dissolution de leur lien matrimonial (**B**)

## **B – Les choix offerts aux époux quant à la dissolution de leur lien matrimonial**

Considérer le transsexualisme comme une faute intrinsèque est éminemment critiquable tant ce choix appartient à la liberté individuelle

Cette dernière est en effet protégée par l'article 8 de la CSDH et il a pu être jugé que l'exigence de la dissolution du mariage devenu homosexuel dans des pays qui n'autorisait pas ce mariage était inconstitutionnelle (**Allemagne et Autriche**)

En France, on pourrait évoquer la liberté individuelle proclamée par l'article 4 de la DDHC

Ces décisions « ***appellent l'Etat à reconnaître qu'il est plus important de protéger tous les individus sans exception contre un divorce imposé par l'Etat que d'avoir quelques rares cas où ce principe conduit à des mariages entre personnes de même sexe*** ».

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a pu également considérer jusqu'à présent que le sort du mariage antérieur du transsexuel relèvait de la marge d'appréciation des Etats.

Le choix de divorcer pourrait être protégé sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et la liberté de mettre fin au mariage pourrait même être retenue comme une composante de la liberté du mariage, protégée par l'article 12.

Le transsexualisme de l'un des époux ne pourrait donc avoir d'incidence sur le sort du mariage que dans la mesure où il motive une demande en ce sens de l'un au moins des époux.

Ainsi, en dehors des cas spécifiques retenus, on pourrait considérer que le divorce pour faute, soit peu adapté à la situation particulière créée par le transsexualisme, les autres causes de divorce, telle que l'altération définitive du lien conjugal constatée par une séparation de fait des époux, pourraient cependant être utilement envisagées pour dissoudre le mariage du transsexuel à la demande de son conjoint ou des deux époux.