

La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois

Michèle Rivet

Volume 18, numéro 4, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058581ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058581ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Rivet, M. (1987). La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois. *Revue générale de droit*, 18(4), 843–868.
<https://doi.org/10.7202/1058581ar>

Résumé de l'article

À partir du moment où la vérité biologique n'est plus unique, le droit, dont l'objectif ultime est de vouloir faire triompher celle-ci ne sait plus que faire. Bouleversement total des notions séculairement acquises où l'interrogation en droit civil de la filiation tenait essentiellement à savoir qui était le père. Mais cette segmentation de la biologie pose également problème dans les constituantes mêmes de la personne lorsqu'elle se mêle de modifier, au moins extérieurement, l'être humain. L'auteur étudie dans une première partie la procréation « éclatée » : insémination artificielle, fécondation *in vitro* et transfert d'embryons, mère porteuse, pour aborder, en deuxième lieu, la sexualité « éclatée » ou le transsexualisme.

La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois

MICHÈLE RIVET

Juge au Tribunal de la jeunesse du Québec *

RÉSUMÉ

À partir du moment où la vérité biologique n'est plus unique, le droit, dont l'objectif ultime est de vouloir faire triompher celle-ci ne sait plus que faire.

Bouleversement total des notions séculairement acquises où l'interrogation en droit civil de la filiation tenait essentiellement à savoir qui était le père. Mais cette segmentation de la biologie pose également problème dans les constituantes mêmes de la personne lorsqu'elle se mêle de modifier, au moins extérieurement, l'être humain. L'auteur étudie dans une première partie la procréation « éclatée » : insémination artificielle, fécondation in vitro et transfert d'embryons, mère porteuse, pour aborder, en deuxième lieu, la sexualité « éclatée » ou le transsexualisme.

ABSTRACT

Once there is no longer a unique biological reality, the law cannot attain its ultimate goal of upholding that reality, and it finds itself at a loss. The time-honoured concepts whereby civil law filiation was determined essentially on the basis of who the father was has been time shattered. As well, this biological segmentation becomes problematical for the very components of personality, at least externally when it becomes involved in altering human beings. The author first examines new forms of procreation : artificial insemination, in vitro fertilization and embryo transfer, and surrogate motherhood; she then discusses transsexualism.

* Depuis la rédaction de ce texte l'auteure a été nommée Commissaire à la Commission de réforme du droit du Canada.

SOMMAIRE

I. La procréation éclatée	845
A. La conception pour autrui : l'insémination artificielle, la fécondation <i>in vitro</i> et le transfert d'embryons — les réponses du droit civil	847
B. La gestation pour autrui : les femmes porteuses — les interdits du droit civil et les avenues du droit social.....	850
II. La sexualité « éclatée »	854
A. L'état civil du transsexuel	854
B. Le droit au mariage du transsexuel	855
C. Les rapports avec les enfants nés ou à naître	860
D. Les autres règles pour lesquelles le droit fait une distinction entre l'homme et la femme	863

Nous avons à faire l'inventaire du jardin de Voltaire ou celui du jardin d'Adam, mais ces images nous abusent, il existe mille jardins possibles multiplement répartis; notre premier parent nommait bête par bête, dit-on, ou plante à plante, nous avons à coder les possibilités. Non nous ne faisons pas l'inventaire de l'arche de Noé, premier capital stable et conservé de la faune ou la flore présente, mais nous voyons flotter une escadre d'arches, une flotte, les navires possibles se multiplient sur l'eau. Nous avons à faire une sorte d'inventaire infini, celui des mondes possibles dormant dans l'entendement divin chez Leibniz, nous avons désormais la responsabilité de gérer le cône infini des possibles qui gisent derrière cette apparence que la morale de nos pères nommait seule réalité¹.

Le kaléidoscope de la biologie fragmente l'unité de la personne. « Bébé M. », de manière tragique, vient de nous rappeler ce que tous ces enfants du XXI^e siècle nous ont déjà appris². La gestation n'est plus une, la procréation est éclatée et, l'enfant « nouveau » peut avoir plus d'une

1. Michel SERRES, *Génétique, procréation et droit*, Actes du colloque, Actes Sud, Hubert Nyssen Éditeur, 1985, p. 27.

2. « Bébé M. » a été remise, le 31 mars 1987, à ses parents adoptifs par le juge Sorkow de la *County Superior Court* du New Jersey qui a confié la garde au père, estimant que ces parents étaient les plus aptes à élever la petite fille aujourd'hui âgée d'un an. La bataille juridique avait commencé quand madame Whitehead, inséminée artificiellement par du sperme donné par William Stern, avait refusé de rendre l'enfant qu'elle avait accepté de porter pour la somme de 10 000 \$. Sur le point d'être appréhendée par des policiers venus la trouver chez elle, la jeune femme avait fait sortir l'enfant par une fenêtre et avait fui en Floride. Les autorités la rattrapèrent 87 jours plus tard... Mais dix jours après ce premier jugement, la Supreme Court du New Jersey accordait des droits de visite, bien limités toutefois, à la mère biologique; l'affaire au fond sera entendue par la Cour d'appel en septembre 1987.

mère ! Bouleversement total des notions séculairement acquises où l'interrogation en droit de la filiation tenait essentiellement à savoir qui était le père. À partir du moment où la vérité biologique n'est plus unique, le droit, dont l'objectif ultime est de vouloir faire triompher celle-ci, ne sait plus que faire ! Mais cette segmentation de la biologie pose également problème dans les constituantes mêmes de la personne lorsqu'elle se mêle de modifier, au moins extérieurement, l'être humain, en changeant le sexe.

Lors des journées belges qui se sont tenues en 1975, l'Association Henri Capitant qui s'interrogeait alors sur le *Corps humain et le droit* avait été amenée, dans ses travaux, à étudier les questions du transsexualisme et de la filiation, partant des questions de procréation artificielle. Aujourd'hui, douze ans après, si nous constatons que des progrès énormes ont été effectués en biologie, force est de constater que le droit, s'il s'y est quelque peu adapté, hésite encore à modifier les fondements mêmes de son organisation. Mais la question posée aujourd'hui par le rapporteur général Baudouin, si elle recoupe les travaux de 1975, se présente toutefois de manière fort différente. Il s'agit aujourd'hui de voir quelle vérité le droit décide de retenir. La vérité biologique doit-elle toujours triompher ? Surtout, si nous décidons de toujours la privilégier, quelle facette de cette vérité devons-nous retenir ?

I. LA PROCRÉATION ÉCLATÉE

En dissociant complètement le statut juridique de l'enfant de celui de ses auteurs, le droit québécois de la filiation, par sa réforme des années 80³ a ainsi donné à « tous les enfants dont la filiation est établie [...] les mêmes droits et les mêmes obligations, *quelles que soient les circonstances de leur naissance* »⁴. C'est là la fin de la prééminence du mariage et d'une « vérité sociale » à proclamer ; c'est donc la reconnaissance de la « vérité biologique » qui a droit de cité et que quelque interdit que ce soit ne peut faire taire. Toutes les filiations ont égale valeur et elles emportent pareilles conséquences juridiques. Mais à l'époque — et c'était pourtant au début des années 1980 ! — la vérité biologique était « une » en tout cas lorsqu'il s'agissait de la maternité...

Parallèlement à cet objectif du triomphe de la « vérité biologique », le législateur québécois a aussi intégré dans le *Code civil* une donnée jusqu'alors connue du droit social⁵, celle de « l'intérêt de l'enfant ».

3. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, sanctionnée le 19 décembre 1980, L.Q. 1980, c. 39, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1982.

4. Par l'article 594 du *Code civil du Québec*.

5. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1 ; *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35.

L'article 30 énonce en effet : « L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet. On peut prendre en considération, notamment l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve. » Il ne s'agit pas là d'un texte qui permet de passer outre à une prescription impérative de la loi; il vient baliser la discrétion judiciaire et pondérer l'appréciation de la preuve⁶.

Enfin, il ne faut pas oublier de lire ces dispositions du droit civil en les couplant avec les dispositions de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12) notamment en son article 5 qui énonce : « toute personne a droit au respect de sa vie privée » et de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11, Annexe B (R.-U.)) notamment lorsque celle-ci édicte en son article 7 : « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale⁷ ». Ces dispositions peuvent mettre en veilleuse la recherche à tout prix de la vérité biologique comme le peuvent d'ailleurs certains textes eux-mêmes du *Code civil*; ainsi la Cour d'appel du Québec décidait, le 13 juin 1986⁸, que la mère et le tuteur *ad hoc* de l'enfant étaient dans leur droit de s'opposer à une demande de prélèvement sanguin de l'enfant par celui qui voulait faire reconnaître sa paternité. La Cour d'appel s'appuyait sur l'article 19 du *Code civil du Bas-Canada* : « 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. »

6. Que doit-on entendre par « intérêt de l'enfant? » Les tribunaux québécois ont à plusieurs reprises utilisé ce concept. Contentons-nous de reprendre ici ce que madame le juge Wilson de la Cour suprême du Canada nous en dit dans l'affaire *Racine c. Wood*, le 13 octobre 1983, [1983] R.C.S. 176, p. 185 : « but it is the parental tie as a meaningful and positive force in the life of the child and not in the life of the parent that the court has to be concerned about. As has been emphasized many times in custody cases, a child is not a chattel in which its parents have a proprietary interest; it is a human being to whom they owe serious obligations. »

7. Sur la question de l'interrelation des chartes avec ces principes de filiation, sujet que nous aborderons dans la publication québécoise, voir, notre texte, « Le droit à la vie ou l'humanisation du XXI^e siècle : L'éthique et le droit répondent à la science », *In Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, Actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, 1984, Les Éditions Yvon Blais, 1986, p. 445.

8. [1986] R.J.Q. 2038 — Décision dont les motifs ont été rédigés par le juge Amédée Monet.

**A. LA CONCEPTION POUR AUTRUI : L'INSÉMINATION
ARTIFICIELLE, LA FÉCONDATION *IN VITRO* ET LE TRANSFERT
D'EMBRYONS — LES RÉPONSES DU DROIT CIVIL**

C'est le 10 juin 1985 que naît au Québec, Benjamin Pierre Bousquet, premier bébé conçu par la technique de la fertilisation *in vitro* et du transfert d'embryons. À cette première, le Centre hospitalier de l'Université Laval, a ajouté depuis cette date treize naissances parmi lesquelles on compte des triplets et des jumeaux. La FIVETE (technique de la fertilisation *in vitro* et du transfert d'embryons) n'est pour l'instant pratiquée que par quatre hôpitaux québécois. Sans nul doute, les frais élevés qui ne sont pas remboursés par le régime d'assurance-maladie public sont pour l'instant l'un des plus importants freins au développement de cette technique contre l'infertilité tubaire de la femme⁹.

Quant à la conception par insémination artificielle, c'est là une pratique fréquemment répandue et les frais des actes posés par le médecin sont d'ailleurs remboursés par le régime public. Les chiffres des années 1983 et 1984 laissent penser que quelque quatre cents enfants devraient en 1987 naître suite à l'utilisation de cette technique¹⁰. Mais qu'il s'agisse de l'entreposage ou de l'utilisation du sperme humain ou qu'il s'agisse de la congélation d'embryons humains, aucune norme gouvernementale n'existe au Québec et le comité mis sur pied par le ministère québécois de la Santé et des Services sociaux qui est chargé de définir la politique québécoise dans le domaine des nouvelles technologies de la reproduction ne remettra vraisemblablement son rapport qu'à la fin de 1987... Devant cet état de fait, quelle « vérité biologique » le droit réussit-il à connaître et à proclamer?

Le législateur de 1980 a édicté quatre moyens pour prouver la filiation par le sang. L'acte de naissance vient en tout premier et il établit tant la filiation paternelle que la filiation maternelle (art. 572 *C.c.Q.*). Puis, seulement à défaut de ce titre, la possession constante d'état intervient. Les deux moyens réunis sont une fin de non-recevoir à toute recherche d'une filiation contraire par eux édictés. Enfin, il y a la présomption de paternité et en quatrième lieu, la reconnaissance volontaire.

9. Les nouvelles techniques de la reproduction — « Bébés éprouvettes : Beaucoup d'appelés mais peu d'élus », *Le Devoir*, Montréal, lundi 23 mars 1987, p. 11; « Première fécondation *in vitro* à l'Hôpital Maisonneuve-Rosemont », *La Presse*, Montréal, 25 février 1987, p. 9.

10. Les nouvelles technologies de la reproduction : « Cette année quatre cents enfants québécois naîtront de l'insémination artificielle », *Le Devoir*, Montréal, lundi 9 mars 1987, p. 13. Voir aussi « Aucune loi ne régit l'entreposage et l'utilisation du sperme humain », *Le Devoir*, lundi 16 mars 1987; « À qui appartiennent ces embryons congelés », *Le Devoir*, lundi 30 mars 1987.

Mais la clarté du législateur s'arrête là, quand il édicte comme autre moyen de preuve la présomption de paternité. En effet, ce moyen de preuve, comme certains auteurs et une partie de la jurisprudence le prétendent, est-il subordonné aux deux premiers? Une réponse affirmative à cette question permet donc de dire que le législateur a été fidèle à son objectif de faire triompher « la vérité biologique ¹¹ ». Au contraire, doit-on, comme le pense une certaine doctrine, s'appuyant alors sur les travaux de l'Office de Révision du Code civil de même que sur certaines discussions tenues à l'Assemblée nationale, y voir le triomphe d'une « vérité sociale » par la primauté accordée en mariage à la présomption de paternité ¹²?

La jurisprudence dominante, solution d'ailleurs à laquelle nous nous rallions, semble pour l'instant opter pour la recherche de la vérité biologique et la présomption de paternité n'a que valeur secondaire : « Dans le contexte de la nouvelle loi, [...] cette présomption légale de paternité ne servira à prouver le lien de filiation qu'à défaut de titre et/ou de possession constante d'état. L'acte de naissance est devenu le moyen de preuve privilégiée auquel sont subordonnés tous les autres moyens de preuve ¹³. » Quant à la filiation maternelle, le législateur de 1980 n'a prévu aucune règle particulière. Ce sont donc ici aussi l'acte de naissance, la possession constante d'état ou la reconnaissance volontaire qui sont retenus (art. 572, 577 et 578 C.c.Q.). Le législateur tient donc encore pour acquis, conformément aux règles traditionnelles, que la maternité se manifeste par des preuves indiscutables : la grossesse et l'accouchement ¹⁴.

Pourtant, au niveau des actions relatives à la filiation, le législateur aborde, mais de manière très timide cependant, quelque peu les nouvelles techniques de reproduction. Lorsqu'il énonce (art. 581 et s. C.c.Q.) les conditions requises pour que le père puisse désavouer l'enfant ou que la mère puisse contester la paternité, il affirme par ailleurs clairement : « Le recours en désaveu ou en contestation de paternité n'est pas recevable si l'enfant a été conçu par insémination artificielle, soit des œuvres du mari, soit des œuvres d'un tiers du consentement des deux. » (art. 586)

11. En ce sens notamment, M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, Les Éditions Thémis, 1984, pp. 103 et suivantes de même que les références y incluses.

12. Notamment, Jean PINEAU, *La Famille : droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, pp. 202 et suivantes, de même que les références y citées.

13. *Trudeau c. Arial*, [1981] C.S. 727; 200-09-000070-802 (C.A. Québec), (1982/12/02) J.E. 83-76.

14. Comme le pensait d'ailleurs le juriste Mignault, à la fin du XIX^e siècle : P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome 2, Montréal, C. THÉORËT; J. PINEAU, « Les preuves de la filiation », (1981) 22 *C. de D.* 337 et M. OUELLETTE, *op. cit.*, *supra*, note 11, pp. 89 et 90.

De même, lorsqu'il affirme que les actions en réclamation et en contestation d'état sont permises, lorsqu'il n'y a pas de conformité entre la possession d'état et l'acte de naissance, il déclare aussi : « Toutes les personnes intéressées, y compris le père et la mère, peuvent à tout moment contester par tous moyens, la filiation de celui qui n'a pas une possession d'état conforme à son acte de naissance. Toutefois, nul ne peut contester la filiation d'une personne pour le motif qu'elle a été conçue par "insémination artificielle". »

Le législateur québécois a pris finalement une position mitigée en mettant au-dessus de la recherche de la vérité « biologique » à tout prix la règle qu'en mariage le consentement à l'insémination artificielle valablement donné a priorité ; il est la vérité « conjugale ». En l'absence de mariage toutefois, rien — si ce n'est pour l'instant des règles d'éthique médicale qui consacrent le principe de l'anonymat du donneur¹⁵ — ne s'opposera à une action en réclamation de paternité. Mais le rôle de la volonté individuelle¹⁶, cette vérité « consensuelle » qui n'est pas sans analogie avec l'adoption¹⁷, n'a pas été prévue pour la fécondation *in vitro*.

Si la technique ne fait pas problème lorsque l'ovule réimplanté est celui de la femme qui donnera naissance à l'enfant, elle peut poser difficulté dans l'hypothèse contraire. Conclure ici que les exceptions édictées par le *Code civil* en matière d'insémination artificielle doivent s'appliquer est erroné¹⁸. Il faut, au contraire, en l'absence de pareilles mentions au *Code civil*, s'en rapporter aux principes généraux édictés au chapitre de la filiation. En énonçant que l'acte de naissance est la preuve première, le législateur indique donc, *prima facie*, que la mère de l'enfant est celle qui lui donne naissance.

De plus, il énonce des moyens de preuve judiciaires, identiques d'ailleurs qu'il s'agisse de la paternité ou de la maternité (art. 589 *C.c.Q.*). Le *Code civil du Québec* n'a pas l'équivalent de l'art. 341 du Code civil français¹⁹. Mais, même en l'absence de semblable disposition,

15. « New guidelines for the use of semen donor insemination », (1986) 46 *Fertility and Sterility*, sup. à la page 2, 955 (n° 4).

16. P. RAYNAUD, « Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation : état du droit positif français », *In Droit de la filiation et progrès scientifique*, Paris, Economica, 1982, pp. 87 à 95.

17. Qui doit toujours cependant être encadrée dans un processus judiciaire d'ordre public — art. 595 à 633 *C.c.Q.*

18. « En droit civil, la distinction entre la règle générale et l'exception est fondamentale au point de vue de l'interprétation, car elle détermine l'interprétation extensive ou stricte d'une disposition », P.A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Les Éditions Yvon Blais, 1982, p. 440.

19. J. RUBELLIN-DEVICHI, *La gestation pour le compte d'autrui*, Chronique XXVI, Dalloz-Sirey, 1985.

la vérité biologique de la mère gestatrice ne saurait être mise de côté d'autant que l'enregistrement de la naissance se fait auprès d'un fonctionnaire de l'état civil à qui il faut remettre une déclaration de naissance²⁰. Contrairement à la paternité qui peut être « fictive » ou « consensuelle » le problème est ici d'une maternité biologique « multiple ». Et, seule l'absence d'un acte de naissance greffé à une possession d'état conforme (art. 587 C.c.Q.) pourra, peut-être, permettre à la mère génétique de revendiquer sa maternité; mais, comment en faire la preuve?

**B. LA GESTATION POUR AUTRUI : LES FEMMES
PORTEUSES — LES INTERDITS DU DROIT CIVIL
ET LES AVENUES DU DROIT SOCIAL**

Des couples québécois traversent les frontières et vont chez nos voisins du Sud, à la recherche d'une « femme porteuse ». Même s'il est impossible d'en quantifier la portée, cette réalité force d'autant le juriste québécois à s'interroger. La question s'envisage sous l'angle de la licéité du contrat, des règles du droit de la filiation et de certaines notions de droit social.

Fidèle en cela au droit français, le droit civil québécois n'accepte pas que ce contrat, quel que soit l'angle sous lequel il est envisagé, soit conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il porte en effet sur un objet illicite (art. 1059 C.c.B.-C.). L'article 20 C.c.B.-C. nous rappelle de plus que seule une partie du corps humain susceptible de régénération peut faire l'objet d'une aliénation à titre onéreux. Enfin, se départir par convention des droits qui dérivent de l'autorité parentale est également contraire à l'ordre public et une délégation complète et définitive de l'autorité parentale est également contraire à l'ordre public²¹. Que le contrat soit à titre onéreux ou à titre gratuit d'ailleurs, nous voyons donc que le droit civil répugne à le reconnaître.

Si nous exceptons cette fin de non-recevoir du droit civil, nous trouvons au chapitre de l'adoption²² des règles qui permettent de cadrer

20. Art. 55 C.c.B.-C. et *Règlement d'application de la Loi sur la protection de la santé publique*, R.R.Q. 1981, c. P-35, c.l., art. 15.

21. *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532.

22. En Angleterre, malgré l'opposition du Comité Warnock, en juillet 1984, et après le *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, le juge John Latey de la *High Court of Justice* d'Angleterre décidait, le 11 mars 1987, qu'un couple pouvait adopter l'enfant d'une femme qui l'avait porté pour eux — Voir journal *The Gazette*, Montréal, 12 mars 1987 — puisque la mère gestatrice n'avait pas été motivée par l'appât du gain mais par le désir d'aider un couple stérile; aussi, « Who to be or not to be : the surrogacy story », (1986) *Mod. L.R.* 358; « Constructing a family after a surrogate built », (1986) *Mod. L.R.* 635.

ce phénomène : sous réserve du paiement d'une somme d'argent²³, il serait concevable juridiquement qu'il y ait à la naissance de l'enfant consentement par la mère gestatrice à ce que l'enfant soit adopté par le père biologique et sa conjointe²⁴. En effet, aux termes de l'article 607 *C.c.Q.*, « le consentement à l'adoption peut être général ou spécial; s'il est spécial, il ne peut être donné qu'en faveur [...] du conjoint [...] de ce parent »; mais les articles 608 et 609 *C.c.Q.* précisent cependant que celui qui a donné son consentement peut le rétracter dans les trente jours suivant la date à laquelle il a été donné et ce, sans modalité. Il peut également l'être jusqu'à l'ordonnance de placement sur permission du tribunal. C'est donc dire que, d'aucune façon, il ne s'agit là de l'exécution d'un contrat de grossesse par procuration puisque toutes ces démarches juridiques n'auront quelque valeur que lorsque l'enfant sera né et à la condition première que la mère gestatrice y consente!

En l'absence de contrat, l'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une mère porteuse ne présente que peu de difficultés²⁵. Même si la mère porteuse est mariée, les règles d'établissement de la filiation paternelle permettent, comme nous l'avons déjà dit, que le père « adoptif » fasse inscrire son nom à l'acte de naissance puisqu'il est le « père biologique » et cette preuve aura préséance sur la présomption de paternité. Et pour pallier aux difficultés juridiques de la « vérité biologique » de la maternité de la mère porteuse, l'adoption, vérité « consensuelle » et « fictive » contrôlée dans un processus judiciaire, viendra compléter l'échiquier. Et, plus simplement, la possession constante d'état pourra, en l'absence de toute contestation de la mère gestatrice, relier l'enfant à la conjointe du père biologique. (art. 573 *C.c.Q.*).

Il est important toutefois de noter que, si le mécanisme de l'adoption est le plus susceptible de couvrir ou de légaliser la situation d'un enfant issu d'une mère porteuse, il faut toutefois remarquer que l'article 617 du *Code civil du Québec* énonce : « avant de prononcer l'ordonnance de placement, le tribunal s'assure que les conditions

23. qui serait prohibée par une application analogique de l'art. 135.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* qui prévoit une sanction pénale, mais n'invalide pas toutefois l'acte ainsi posé.

24. J. ROBERT, « La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit », *In op. cit., supra*, note 1 à la page 381 : « Juridiquement, la seule situation concevable parce qu'elle serait conforme à l'état actuel des textes consisterait à faire suivre la gestation, pour le compte d'autrui, d'un abandon d'enfant en vue de l'adoption ultérieure par le couple demandeur. »

25. Nous rejoignons en ce sens les commentaires de J. RUBELLIN-DEVICHI, « Congélation d'embryons, fécondation *in vitro*, mère de substitution », *In op. cit., supra*, note 1, p. 307 et pp. 312 et suivantes. Au Québec : *Réflexions juridiques sur le phénomène des femmes porteuses d'enfants*, 1985, Prix Charles Coderre pour l'avancement du droit social, 1986, Éditions Yvon Blais.

d'adoption ont été remplies et, notamment, que les consentements requis ont été valablement donnés ». Nous pouvons donc nous interroger quant à savoir si « les consentements ont été valablement donnés » et, en ce sens, nous pensons qu'il serait possible pour le Tribunal de la jeunesse saisi de pareille demande d'ordonnance de placement, d'ajourner la procédure afin de demander au Directeur de la protection de la jeunesse d'intervenir pour produire devant le tribunal un rapport à l'effet que le consentement a été valablement donné par la mère porteuse.

Dans l'hypothèse où la mère porteuse réaffirme devant l'intermédiaire social qu'elle consent effectivement à l'adoption de son enfant, nous devons nous interroger quant à savoir si le tribunal pourrait ou devrait intervenir plus avant. Dans l'hypothèse où elle affirmerait qu'elle ne veut plus donner l'enfant à l'adoption et que son consentement a été extorqué, il va de soi que le tribunal devrait alors rejeter la demande d'ordonnance et il en serait ainsi dans l'hypothèse où la mère porteuse affirmerait qu'elle a reçu de l'argent en contre-partie.

Mais ne pourrions-nous pas également nous interroger quant à savoir la portée réelle de l'article 607 C.c.Q. qui énonce : « le consentement à l'adoption peut être général ou spécial; s'il est spécial, il ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne colatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent ». Cet article doit-il comprendre que le consentement peut être donné au conjoint du père de l'enfant? En fait, la question est de savoir si le terme ascendant doit inclure le terme père ou mère. Jusqu'ici, c'est la réponse qui a été donnée à cette question par un certain nombre de décisions du Tribunal de la jeunesse mais à notre connaissance aucune décision en appel n'est intervenue spécifiquement sur ce point. En dehors de ce questionnement, reste donc vraie l'idée que l'adoption pourra être la mécanique appropriée pour atteindre les objectifs poursuivis par la mère porteuse, le père biologique de l'enfant ainsi que sa conjointe; néanmoins cependant sur cette question comme telle aucune décision de nos tribunaux n'a encore été rendue.

Mais, peu à peu s'infiltrer donc dans le droit québécois, la notion d'« intérêt de l'enfant » issue du droit social qui, si elle ne peut à elle seule battre en brèche les principes sacrés du droit civil de la licéité du contrat, vient modifier les règles du statut juridique de l'enfant²⁶. Si, dans le domaine de la filiation, le glissement s'est fait d'une « vérité

26. En droit anglais, les décisions *In re Kim Cotton*, (1985) F.L.R. 846 et *A. V. C.*, (1985) F.L.R. 445 : « in neither of those cases has the genetic link between adult and child been accorded much significance [...] Parental rights exist in order to promote the function of bringing up a child. The blood tie does not guarantee that this function will be well performed » in (1986) *Mod. L.R.* 637.

sociale » à protéger vers une « vérité biologique » à reconnaître, en privilégiant quelques aspects de vérité « fictive » ou « consensuelle », de plus en plus la focalisation se fait maintenant sur une vérité « psychologique » qui émerge de la notion même d'intérêt de l'enfant, sujet de droit qu'il faut protéger. Nous pouvons raisonnablement penser que si le commerce de location d'utérus sera encore, pour quelque temps au moins... prohibé au Québec²⁷, nos tribunaux auront néanmoins à statuer sur des conflits de filiations revendiquées, conflits d'appartenance entre la femme porteuse qui voudra garder l'enfant et le père biologique qui le réclamera. L'exemple de « Bébé M » aux États-Unis ne peut nous laisser indifférent²⁸.

La Commission de Réforme du droit de l'Ontario a proposé, en 1985²⁹, un modèle d'intervention législative légalisant le contrat de mère porteuse en l'incluant dans une mécanique judiciaire, qui rappelle celle de l'adoption, mécanique qui vérifie à toutes les étapes l'exécution du contrat en protégeant les droits des parties en cause³⁰.

Ne convient-il pas au Québec de laisser aux juges le soin de développer, si besoin est, cette notion de vérité « psychologique » de la même manière qu'ils ont, au cours des années 1970, interprété les textes de loi en amenant le législateur, en matière de filiation, à mettre de côté la vérité « sociale » pour lui substituer la vérité « biologique »³¹ ?

Est-ce rêver, se demande le doyen Carbonnier³²? « Alors, je rêve d'une justice où les juges, en matière civile, seraient moins littéralistes, plus imaginatifs, avec à leur côté un ministère public plus actif en matière civile, tous se préoccupant de trouver des solutions justes pour des situations nouvelles. »

27. Les différentes législations qui se sont prononcées sur la question jusqu'ici l'ont été dans le sens d'une criminalisation de la commercialisation du contrat de mère porteuse comme en Angleterre ou en Australie; dans l'État de Victoria, voir T.A. EATON, « Comparative responses to surrogate motherhood », (1986) 65 *Nebraska L.J.* 686.

28. *Supra*, note 2.

29. Report on human artificial reproduction and related matters, Ontario Law Reform Commission, Ministry of the Attorney General, 1985, 2 volumes; sur les différents modèles d'intervention législative possibles, voir B.M. DICKENS, « Surrogate Motherhood : Legal legislative issues », *Genetics and the law III*, Milunsky et Annas ed., New York, 1985, p. 183.

30. Aux pages 236 et suivantes du Rapport.

31. C'est l'histoire, entre autres, des décisions *Leruite c. Latreille*, [1973] C.S. 314 et *Brault c. Kenny*, [1976] C.S. 1640 confirmé par [1979] C.A. 42.

32. « Rapport de synthèse, Première journée des travaux », *In op. cit.*, *supra*, note 1, p. 82.

II. LA SEXUALITÉ « ÉCLATÉE »³³

S'il est un phénomène capable de susciter, voire provoquer un questionnement et une polémique tant juridique que philosophique sur nos capacités de comprendre l'abstrait et l'inconnu, c'est bien le transsexualisme. Autant cet état d'être provoque des réactions et des propos marqués de véhémence, autant il demeure inconnu. Au niveau du droit positif, l'existence du phénomène transsexuel passe quasi inaperçu, c'est le *no man's land*.

Qui sont ces personnes, nées d'un sexe, mais se proclamant d'un autre? Où se situe la vérité entre leur sexe « psychique » et leur sexe « génétique »? Quelle force pousse ces êtres à poursuivre, parfois au prix de leur propre vie, une mutation physique s'apparentant mieux avec leur être psychologique? Autant de questions auxquelles nous ne pouvons répondre...

Comment notre droit aménage-t-il la vérité du transsexuel? Existe-t-il des pistes, susceptibles de permettre une meilleure connaissance du transsexuel et par là, sa reconnaissance?

A. L'ÉTAT CIVIL DU TRANSEXUEL

La *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*³⁴, permet non seulement de faire un changement de nom, mais également, tel qu'indiqué à la section II de ladite loi, un changement d'indication de sexe et de prénom. Le transsexuel résidant au Québec semble donc être assez avantagé comparativement à ce qui prévaut ailleurs quant à la reconnaissance de sa nouvelle identité.

Peut se prévaloir de ces dispositions tout citoyen canadien majeur, non marié, résidant au Québec depuis au moins un an, à condition qu'il ait subi, avec succès, les traitements médicaux et chirurgicaux nécessaires à une modification structurale des organes sexuels et modifiant ses caractères sexuels apparents³⁵. Les démarches sont entreprises au moyen d'une requête accompagnée d'un constat médical émanant d'une autorité médicale québécoise compétente en la matière³⁶. Un constat médical supplémentaire émanant d'une autre autorité médicale compétente peut être exigé par le ministre³⁷. Le requérant rencontrant les conditions

33. Cette partie a été réalisée grâce à la collaboration de M^e Alexandra Dragomir, recherchiste au Tribunal de la jeunesse, que nous tenons à remercier.

34. La *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, L.R.Q., c. C-10.

35. *Id.*, art. 16.

36. *Id.*, par. 19a).

37. *Id.*, art. 20.

énumérées aux articles 16 à 20 de ladite loi aura droit à sa requête et un certificat constatant le changement d'indication de sexe et de prénom sera alors émis³⁸. Une fois ce certificat émis, la personne pourra jouir de certains droits³⁹. Un avis du certificat ainsi émis par le ministre de la Justice est publié dans la *Gazette officielle* du Québec⁴⁰ et les registres de l'état civil sont modifiés en conséquence⁴¹. Le nouvel acte de naissance inscrit dans les registres de l'état civil aura pour effet d'annuler l'acte de naissance antérieur du requérant⁴². Advenant le rejet de la requête, le ministre de la Justice remboursera les honoraires versés à cette fin par le requérant⁴³. Les modifications aux actes ou registres de l'état civil en vertu du *Code de procédure civile* ou du *Code civil* ne constituent pas des changements d'état visés par cette loi⁴⁴.

Ainsi, le transsexuel rencontrant les exigences édictées par la loi⁴⁵ devrait, en principe, pouvoir bénéficier d'un nouvel état civil — c'est-à-dire, d'un nouveau prénom et de la reconnaissance légale de son nouveau sexe. Il n'en est pas ainsi pour ceux qui ne rempliraient pas les exigences préliminaires fixées par la loi⁴⁶. En effet, ceux-là se retrouvent entre deux droits, entre deux réalités, et devront continuer de s'identifier sous leur nom et sexe tels qu'indiqués sur l'acte de naissance⁴⁷. C'est pour ces personnes que l'identité légale posera des problèmes en ce qu'elle ne correspondrait aucunement à leur identité psychologique ou physique; de plus, elle ne correspondrait nullement à la conviction profonde qu'a le transsexuel d'appartenir à l'autre sexe. Leur identité se résumerait à une conception du « sexe » qui n'est aucunement le miroir de *leur* « réalité ».

B. LE DROIT AU MARIAGE DU TRANSSEXUEL

Un transsexuel bénéficiant d'une nouvelle identité pourrait-il (elle) légalement contracter « mariage »? Y aurait-il des empêchements

38. *Id.*, art. 21.

39. *Id.*, art. 22; énumération des droits dont jouit cette personne (voir : art. 7, 9 et 10 à 15 de la loi).

40. *Id.*, art. 9.

41. *Id.*, art. 10.

42. *Id.*, art. 10.2; les art. 11, 12, 13, 14 et 15 de la loi font l'énumération des droits et obligations reconnus au bénéficiaire de changement de nom et de sexe. De plus, l'article 13 spécifie qu'en ce qui concerne plus particulièrement les legs, et autres droits patrimoniaux, ils sont censés avoir été faits en sa faveur sous l'un ou l'autre de ses noms.

43. *Id.*, art. 7.

44. *Id.*, art. 24; voir à cette fin les art. 56 à 56.4 *C.c.B.-C.* et 624 *C.c.Q.*

45. *Id.*, art. 16, 17, 18 et 19.

46. *Id.*, art. 16; à savoir la chirurgie et les traitements hormonaux, etc.

47. Il en sera de même d'une personne pour qui le ministre a rejeté la requête (art. 7).

éventuels édictés par les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* ou du *Code civil du Québec*?

Des dispositions du *Code civil*⁴⁸, seul l'article 117 *C.c.B.-C.*, traitant de l'impuissance naturelle ou accidentelle existant lors du mariage, le rendrait nul⁴⁹. Une telle nullité serait-elle reconnue, considérant que les termes employés par le législateur sont « impuissance naturelle ou accidentelle »? Le transsexuel n'est pas stérile ou impuissant de façon « naturelle » mais suite à un traitement hormonal et chirurgical visant à le rendre « conforme », en apparence, à son sexe subjectif. L'intervention chirurgicale subie par les transsexuels, de par sa nature, ne permet pas au transsexuel de remplir toutes les fonctions physiologiques caractéristiques de son nouveau sexe.

Retenons cette description sommaire de la procédure chirurgicale telle que subie par les transsexuels, afin de nous permettre de conceptualiser en quoi consiste exactement une « transformation sexuelle » :

A female-to-male transsexual usually undergoes surgery for the removal of both breasts, both ovaries and the uterus. Often, but not always, they also undergo phalloplasty or the construction of an artificial penis does not conduct urine, cannot erect without the use of a prosthesis and usually has little or no sensation. Moreover, female transsexuals lack testicles which, of course, cannot be supplied. The penis is merely for the purpose of « looking like a male » and is incapable of true *coitus* or *copula conjugalis* because it cannot erect, cannot ejaculate nor is there anything to be ejaculated. Therefore, *female-to-male transsexuals are impotent as males*. Their impotence is absolute and perpetual and about this there can be no doubt because the artificial *phallus*, for those who have even these, cannot function as a sexual organ.⁵⁰

Il nous est permis d'autre part d'émettre l'hypothèse que dans l'éventualité d'un mariage dans lequel le transsexuel se serait abstenu d'informer son éventuel(le) conjoint(e) de sa vérité physique (par rapport à son ancienne), et que ce dernier arriverait à en avoir connaissance, il est fort probable qu'il (elle) pourrait plaider « erreur sur la personne »⁵¹. La

48. Art. 115 à 127 du *Code civil du Bas-Canada*.

49. Cette nullité ne pourrait être invoquée que par l'autre partie et ne serait recevable que si invoquée dans les trois ans.

50. James J. GRAHAM, « Transsexualism and the Capacity to enter marriage », (1981) 41 *The Jurist*, p. 117; nos italiques p. 142; l'auteur explique également le processus par lequel un homme devient femme p. 143. Il semblerait que cette transformation sexuelle est nettement plus réussie que celle subie par une femme pour devenir un homme et permet au transsexuel de fonctionner « normalement » comme femme pour ce qui est des relations sexuelles.

51. D'autres causes de nullité du mariage sont énoncées aux art. 148 à 156 *C.c.B.-C.* L'art. 148 trouve plus particulièrement application dans la présente. Des dispositions du *Code civil du Québec* traitant du mariage (art. 400 et s.), aucune ne pose de restrictions, si ce n'est l'art. 426 *C.c.Q.* qui s'apparente à l'art. 148 *C.c.B.-C.* et l'art. 428 *C.c.Q.* qui est l'équivalent de l'art. 117 *C.c.B.-C.*

jurisprudence américaine nous fournit un exemple assez éloquent quant aux causes de nullité potentielles, où l'on a, à la fois abordé l'impuissance et la fraude du mari. Dans l'affaire, *B. c. B.*⁵², le juge Louis B. Heller déclare le mariage entre deux conjoints, dont le mari était transsexuelle, (femme-à-homme) nul au motif que le mari demeurerait, selon lui, toujours une femme.

While it is possible that the defendant may function as a male in other situations and in other relationships, defendant cannot function as a husband by assuming male duties and obligations inherent in the marriage relationship. As plaintiff asserts, defendant « does not have male sexual organs, does not possess a normal penis, and in fact does not have a penis ». Apparently, hormone treatments and surgery have not succeeded in supplying the necessary apparatus to enable defendant to function as a man for purposes of procreation. In the same way surgery has not yet reached the point that can provide man with something resembling a normal female sexual organ, transplanting ovaries or a womb. Those are still beyond reach.⁵³

L'arrêt *Corbett c. Corbett*⁵⁴, datant de 1970 fut longtemps suivi par divers tribunaux afin de justifier la non-reconnaissance de l'identité post-opératoire du transsexuel aux fins du mariage. Dans le but de prouver que Mme Corbett n'était pas une femme, il fut mis en preuve le contenu de consentement opératoire⁵⁵ par lequel le patient reconnaît que la chirurgie subie ne changera en rien son sexe « mâle ». Par ailleurs, les propos tenus par le juge Omrod quant à la personne de Mme Corbett nous permettent de constater quelques-uns des critères qui ont pu guider la cour dans son appréciation de la preuve et qui l'ont amenée à conclure qu'à toutes fins, Mme Corbett n'a jamais été une femme et qu'en conséquence son mariage était nul.

Socially, by which I mean the manner in which the respondent is living in the community, she is living as, and passing as a woman more or less successfully. Her outward appearance, at first sight, was convincingly feminine, but on closer and longer examination in the witness box it was much less so. The voice, manner, gestures and attitude became increasingly reminiscent of the accomplished female impersonator.

[...] It is common ground between all the medical witnesses that the biological sexual constitution of an individual is fixed at birth (at the latest), and cannot be changed, either by natural development of organs of the opposite sex, or by medical or surgical means. The respondent's operation, therefore cannot affect her true sex. The only cases are those in which a

52. *B. c. B.*, 355 N.Y.S. (2d) 712, (23 avril 1974).

53. *Id.*, p. 717.

54. *Corbett c. Corbett*, (1970) 2 All E R 33.

55. « 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 of my mental health. » Dans l'arrêt *Corbett*, précité, p. 42.

mistake as to sex is made at birth and subsequently revealed by further medical investigation.⁵⁶

Par ailleurs, dans *M.T. c. J.T.*⁵⁷, la cour a reconnu les droits d'une femme (transsexuel) qui demandait une pension alimentaire alors que son mari se déniait de son obligation en alléguant que son mariage était nul étant donné que Madame serait en réalité un homme. En appel, la Cour supérieure a maintenu la décision de première instance à l'effet qu'un transsexuel né un homme, mais ayant subi un traitement de changement de sexe (chirurgie et hormones) devient à toutes fins pratiques une femme, et peut donc contracter un mariage.

In sum, it has been established that an individual suffering from the condition of transsexualism is one with a disparity between his or her *genitalia* or anatomical sex and his or her gender, that is, the individual's strong and consistent emotional and psychological sense of sexual being. A transsexual in a proper case can be treated medically by certain supportive measures and through surgery to remove and replace existing *genitalia* with sex organs which will coincide with the person's gender. If such sex reassignment surgery is successful and the postoperative transsexual is, by virtue of medical treatment thereby possessed of the full capacity to function sexually as a male or female, as the case may be, we perceive no legal barrier, cognizable taboo, or reason grounded in public policy to prevent that person's identification at least for purposes of marriage to the sex finally indicated.⁵⁸

Cet arrêt reconnaît d'une part le droit d'un transsexuel post-opératoire au mariage sous son nouveau sexe, et, par ailleurs, reconnaît que le transsexuel peut jouir de tous les droits découlant du mariage, dont le droit à une pension alimentaire.

La nature des problèmes d'ordre psychologique et physiologique vécus par le transsexuel fait que, dans la réalité quotidienne, l'éventualité du mariage s'avère souvent irréalisable, voire impossible.

[...] after surgery is the transsexual psychologically improved to the point where he is now capable of marriage?

We have seen above that the « imperative » for sex transformation serves to focus the transsexual's attention on himself and his goal. It is most difficult to believe that this life-long habit and self-engulfment will be instantly shed after surgery.

56. *Id.*, p. 47; l'arrêt *Corbett* ne fait aucunement mention d'une correction aux registres de l'état civil ou de quelque modification que ce soit à cet égard. La décision aurait-elle été la même ce faisant? Par ailleurs, le même raisonnement que celui exposé dans *Corbett*, fut suivi dans *W. c. W.*, 1976 (2) S.A.L.R. 308 en provenance de l'Afrique du Sud. « Imitation cannot be equated with actual transformation » fut l'une des constatations de la cour dans l'instance, p. 314.

57. *M.T. c. J.T.*, 355 A 2d 204 (1976).

58. *Id.*, pp. 210-211.

[...] Even if theoretically a post-operative transsexual (either male-to-female or female-to-male) could enter marriage in his new sex-gender role, he or she would still be *iure inhabiles* due to the same radical incapacity that was posited above and causing nullity of their pre-operative marriages. *The diagnosis of transsexualism is analagous to that of serious psychosis* [...].⁵⁹

Paradoxalement, est-il possible, que pour les fins du mariage, nous refusions de reconnaître au transsexuel « en règle » son nouveau sexe? Si nous jugeons que l'individu transsexué, nouvellement marié, n'est pas du sexe sous lequel il (elle) s'identifie maintenant, son mariage serait alors déclaré nul selon notre droit actuel, le mariage entre deux personnes du même sexe étant illicite.

Les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* ne définissent aucunement ce qui doit être entendu par le mot « sexe ». Cependant, la lecture de l'article 115 nous permet de conclure que le droit civil indique bien que le mariage ne peut avoir lieu qu'entre un homme et une femme.

Les tribunaux sont intervenus en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pour indiquer la signification qu'il convient de donner au terme « conjoint ». Ainsi, dans l'affaire *Chris Voghel c. The Government of Manitoba*⁶⁰, un employé du gouvernement provincial du Manitoba s'est vu refuser l'accès au programme de services dentaires pour son « conjoint » parce que, selon l'interprétation du gouvernement, le programme s'adressait uniquement aux employés de la Fonction publique et leurs familles; le conjoint de monsieur Voghel n'entrait pas dans ces catégories. Il est à retenir l'interprétation qui fut faite des termes « vie maritale », « époux », car dans l'éventualité où le mariage d'un transsexuel ne serait pas reconnu, il se retrouverait dans une situation juridique analogue à celle vécue par un homosexuel⁶¹... Dans le cas de Voghel, il fut décidé que la discrimination basée sur l'orientation sexuelle n'était pas couverte par la Charte des droits du Manitoba et qu'il ne s'agissait pas non plus, dans les faits, de discrimination

59. James J. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 50, pp. 140-141. Par ailleurs, l'étude effectuée par les chercheurs Fleming, MacGowan & Costos, impliquant 22 couples dans lequel l'un des conjoints était transsexuel femme-à-homme et un groupe témoin où les deux conjoints étaient hétérosexuels conclut le contraire. À cet égard ceux-ci concluent que : « their relationships are qualitatively similar to those of non transsexual, heterosexual couples », in Michael FLEMING, Brandford MACGOWAN, Daryl COSTOS, « The Dyadic Adjustment of Female-to-Male Transsexuals », (1985) 14/1 *Archives of Sexual Behavior*, 47-55, p. 54.

60. « Chris Voghel vs. the Government of Manitoba », (1983) 4 *Canadian Human Rights Reporter*, Décision 320, par. 14151-14188.

61. Parmi les faits mis en preuve, le paragraphe 14155 traite du mariage de M. Voghel et de M. North en 1974. Celui-ci ne fut pas reconnu par les autorités du registre de l'état civil et la Cour de comté de Winnipeg a rejeté la requête présentée dans le but d'obliger les autorités d'inscrire le mariage dans les registres.

sexuelle ou de discrimination fondée sur le statut marital. Notons que le Québec est l'une des seules provinces à avoir reconnu l'orientation sexuelle comme motif de discrimination dans sa Charte. La notion de discrimination sexuelle, contenue à la *Charte canadienne des droits et libertés* n'engloberait aucunement la discrimination basée sur l'orientation sexuelle⁶².

Certes, la réalité des transsexuels diffère objectivement de celle que vivent les homosexuels. Cependant, dans la mesure où leurs droits respectifs peuvent et sont souvent bafoués, il y existe un terrain commun entre les deux, particulièrement pour ce qui est du droit au mariage. Nous refusons systématiquement de reconnaître la validité du mariage entre deux personnes du même sexe. Le seul motif qui empêcherait la reconnaissance du droit au mariage par un transsexuel serait qu'implicitement il n'y aurait pas reconnaissance de sa nouvelle identité juridico-civile. Il s'ensuit que le transsexuel se trouverait dans une situation où tout en lui reconnaissant son nouvel état civil, la jouissance de ce droit pour les fins du mariage lui serait refusée. Il s'agirait donc d'une discrimination basée sur l'orientation sexuelle et quant à l'état civil. Le parallèle entre le transsexuel et l'homosexuel n'est donc pas hypothétique, il est fondé sur des réalités communes. Le droit québécois ne présente-t-il pas une contradiction lorsqu'il reconnaît d'une part le nouvel état civil mais refuse au transsexuel l'exercice d'une des composantes de ce droit, qu'est le droit au mariage⁶³?

C. LES RAPPORTS AVEC LES ENFANTS NÉS OU À NAÎTRE

Les enfants dont l'un des parents (ou les deux) serait transsexuel devraient-ils bénéficier des mêmes droits à l'égard de leurs parents que les enfants dont les parents sont hétérosexuels. À cet effet, les parties du *Code civil du Bas-Canada* et du *Code civil du Québec* traitant de la filiation, de l'autorité parentale, de la garde et des droits patrimoniaux devraient-ils, en principe, voir leur application sans heurt?

L'« intérêt de l'enfant » est le critère premier à prendre en considération. L'attribution de la garde en principe ne devrait pas se

62. À cet effet, retenons les remarques de Walter Tarnopolsky qui est d'avis que : « Courts in the United States have held that the Civil Rights Act does not protect homosexuals, lesbians, or transsexuals. The only two authorities on this point in Canada would seem to indicate that the same interpretation applies here », Walter S. TARNOPOLSKY, *Discrimination and the Law in Canada*, Richard de Boo Ltd., 1982, p. 256.

63. Une chose est certaine, un mariage entre deux transsexuels ne poserait aucun problème juridique, peu importe l'interprétation qu'on donnerait au « sexe », car même dans l'éventualité d'une non-reconnaissance de la nouvelle identité des conjoints pour les fins du mariage, l'on tiendrait compte de leur ancienne identité, donc sexe, qui permettrait néanmoins un mariage...

poser différemment à l'égard du parent transsexuel qu'elle ne l'est quant aux parents hétérosexuels. Les mêmes critères d'appréciation pourraient être retenus à l'endroit des deux. L'orientation sexuelle ne devrait en aucun cas être le facteur déterminant à moins que celle-ci ne vienne causer préjudice aux enfants⁶⁴.

Plusieurs jugements se sont prononcés sur le droit de garde lorsqu'il y était fait mention de l'orientation sexuelle des parents. Dans l'arrêt *Johnston c. Rochette*⁶⁵, le père des enfants demandait à ce que lorsque la mère, homosexuelle, exerçait ses droits de sortie avec ses enfants, ceux-ci s'effectuent hors la présence de l'amie de madame. Le dilemme, tel que perçu par la cour était le suivant :

Le problème précis est donc de déterminer si du fait que l'intimée et son amie sont homosexuelles, en l'absence de tout fait susceptible de traumatiser les enfants, il y a lieu de maintenir la prohibition suggérée par l'époux⁶⁶.

Le juge Marcel Nichols rappelle que la *Charte des droits et libertés de la personne* interdit toute discrimination basée sur l'orientation sexuelle en vertu de son article 10⁶⁷. Il a refusé de donner suite à la demande du père.

La capacité de l'ancienne épouse (maintenant devenue un homme) d'assumer la garde des enfants fut mise en cause dans l'arrêt *Christian c. Randall*. Ainsi, il fut considéré que :

The fact that the former wife was going through a transsexual change from female-to-male, had changed her name, has married a woman, and had earlier suffered financial reverses, did not justify change of custody to the father in view of the high quality environment and home life of the former wife and children, and in the absence of showing that their emotional development had been impaired⁶⁸.

64. Nous croyons important de souligner que, de par la nature même du phénomène, il est fort possible que le transsexuel soit, à certains égards, incapable d'être parent. « Suffice it to say that individuals with severe gender identity disorder typically fail, because of the very nature of their disorder, to mate and breed. If they do succeed, in the physical act of procreating, it is by no means justifiable that they should have done so, since their psychological predicament is conducive to impaired parental and family life for the children procreated »; James J. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 50, p. 130. Voir également pp. 140-141, où l'auteur ajoute que les transsexuels semblent manquer d'« instinct maternel » et que lorsque confrontés à une situation où il est question d'adoption, ils préfèrent plutôt adopter de jeunes enfants que des nourrissons.

65. *Johnston c. Rochette*, [1982] C.S. 407.

66. *Id.*, p. 408.

67. *Id.*, commentant un autre arrêt, le juge Nichols, à la page 40 ajoute : « Dans l'affaire *Monette c. Sylvestre*, le juge Denis Durocher rappelait que l'homosexualité n'est pas en soi un empêchement au droit de garde d'un parent et qu'il s'agit là d'un fait qui doit être analysé comme l'une des composantes des facteurs reconnus pour la détermination de la garde des enfants. »

68. Cité dans James MORTON, « The Transsexual and the Law », (1984) 134 *New Law Journal*, July 27, pp. 621-622.

L'orientation sexuelle fut également soulevée dans une affaire que nous avons entendue devant le Tribunal de la jeunesse⁶⁹. Le tribunal avait à décider si un enfant âgé de trois ans et demi devait voir sa sécurité et son développement déclarés compromis pour les motifs qu'il était gardé par des personnes dont le comportement ou le mode de vie risquait de lui créer un danger physique ou moral⁷⁰. L'enfant était gardé par le père, un homosexuel qui était également un transsexuel en phase de questionnement. Le tribunal a considéré qu'il ne fallait pas attribuer plus d'importance au facteur de l'orientation sexuelle, mais que ce facteur devait être apprécié par rapport à l'ensemble des faits soumis⁷¹. Pour le tribunal, l'intervention ne se fera que dans certaines circonstances :

S'il est évident que la simple homosexualité d'un parent ne permet pas l'intervention du tribunal, fondée sur les prescriptions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, il est tout aussi évident que la « pornographie » pure pratiquée par le parent sera elle-même un motif d'intervention suffisant. Par « pornographie », on entend ici les actes sexuels ou jeux sexuels trop osés, pratiqués devant l'enfant. Mais cette constatation peut être faite, qu'il s'agisse d'un couple homosexuel ou au contraire d'un couple hétérosexuel. Comme tel l'homosexualité n'a donc rien spécifiquement à voir avec cette « pornographie »⁷².

En principe, le parent transsexuel ne devrait pas être victime de son orientation sexuelle lorsqu'un tribunal doit se prononcer sur son droit de garde ou autre attribut de l'autorité parentale. N'oublions pas que la *Charte des droits et libertés de la personne* prohibe la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'état civil. Qui plus est, ce critère devrait être écarté dès qu'il devient évident que les enfants ne subissent aucun préjudice du fait qu'un parent ayant une orientation sexuelle différente exerce ses droits à leur égard.

Les droits des enfants ne sont pas autrement affectés pour ce qui est des questions relatives au patrimoine compte tenu des dispositions spécifiques contenues dans la *Loi sur le changement de nom*, du *Code civil du Bas-Canada* et du *Code civil du Québec*.

69. 500-41-000731-847, T.J. Montréal (juge Michèle RIVET), 18 avril 1985.

70. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, par. 38e).

71. Le tribunal note qu'en matière de garde dans le cadre du divorce : « [...] l'homosexualité n'est pas pertinente en soi dans l'attribution de la garde ou l'organisation des droits de visite ou de sortie. La doctrine et la jurisprudence retiennent "l'influence déviante" que le parent peut avoir sur son enfant par son attitude et le "scandale social" suscité par l'entourage. L'affichage par le parent de son orientation sexuelle, son militantisme et sa fréquentation de personnes appartenant au milieu gai, sont des facteurs de risque qui conduisent les tribunaux à refuser la garde d'un enfant. Dans l'appréciation de la preuve, le facteur important devient la discrétion dont le parent fait montre en regard de son orientation sexuelle. » *Supra*, note 69, pp. 8-9.

72. *Id.*, p. 14.

Nous pouvons nous questionner, cependant, quant à l'effet du changement d'état civil d'un parent sur la filiation des enfants. Qu'en sera-t-il pour l'enfant dont le parent change de prénom et de sexe : cet enfant aura-t-il une filiation par rapport à deux mères ou pères, ou celle-ci restera-t-elle définitivement établie quant à sa lignée originale ?

D. LES AUTRES RÈGLES POUR LESQUELLES LE DROIT FAIT UNE DISCRIMINATION ENTRE L'HOMME ET LA FEMME

La reconnaissance par les tribunaux du changement d'état civil aura certainement une importance lorsque le transsexuel sera confronté à diverses réalités de la vie sur lesquelles ceux-ci doivent souvent se prononcer. Les tribunaux respecteront-ils ce changement ou préféreront-ils tenir un discours conforme à notre perception du « sexe » ? Pouvons-nous supposer que la norme de tolérance de la société servira de paravent à certains pour justifier une non-reconnaissance de la réalité transsexuelle ? Il demeure certain que si les tribunaux refusent de reconnaître la nouvelle identité du transsexuel, en dépit de la législation édictée et malgré les dispositions de la *Charte*, certaines dispositions du *Code criminel* pourraient affecter directement cette identité.

Prenons l'exemple qui pourrait se présenter en vertu de l'article 23 du *Code criminel*. À cet effet, le paragraphe 23(1) définit ce que constitue un complice après le fait. Le paragraphe 23(2) spécifie qu'une personne mariée, dont le conjoint a été partie à une infraction n'est pas complice après le fait lorsqu'elle reçoit, aide ou assiste celui-ci en vue de lui permettre de s'échapper. Dans l'éventualité où le conjoint d'un transsexuel ou le transsexuel lui-même serait partie à une infraction, cette défense pourrait ne pas lui être possible. Si le statut du transsexuel, modifié conformément à la loi, n'était pas reconnu, alors implicitement son mariage serait déclaré nul... et les termes du paragraphe 23(2) *C. cr.* ne recevraient pas application⁷³.

Nos tribunaux doivent se prononcer sur l'interprétation qu'il faut faire de l'élément « sexe » lorsque celui-ci devient un élément important du litige. De quel « sexe » devons-nous tenir compte : du sexe objectif ou du sexe subjectif ? Jusqu'à ce que nos tribunaux se prononcent sur l'interprétation, ou l'importance que le « sexe » aurait quant aux infractions

73. D'autres situations sont susceptibles de susciter l'application du *Code criminel*. Ainsi : art. 319 *C. cr.* (faux-semblant) pour ce qui est de l'identité « objective » du transsexuel (sexe biologique/chromosonale par rapport à identité « subjective », sexe modifié, etc.); par. 335(1) *C. cr.* (faire une déclaration que l'on sait être fausse); art. 157 *C. cr.* (grossière indécence); art. 256 *C. cr.* (mariage feint); al. 450(1)i) *C. cr.* (arrestation sans mandat dans le but de vérifier l'identité); ces dispositions créent autant d'infractions ou situations potentielles pouvant affecter directement le transsexuel.

du *Code criminel* et quant à l'exercice d'autres droits et obligations de la vie civile, il nous est possible d'observer le traitement qui fut donné à ces questions par des tribunaux étrangers.

Dans un arrêt anglais, *R. c. Tan and others*⁷⁴, les critères émis dans l'arrêt *Corbett* ont été repris pour maintenir le verdict de culpabilité contre un transsexuel (homme-à-femme) accusé d'avoir « vécu des fruits de la prostitution »⁷⁵.

An essential ingredient of the offences [...] was that Gloria Greaves was a man. It was accepted that Gloria Greaves was born a man and remained biologically a man, albeit he had undergone both hormone and surgical treatment, consisting in what are called « sex change operations », consisting essentially in the removal of the external male organs and the creation of an artificial vaginal pocket.

In *Corbett v. Corbett* (or see *Ashley*) (1970) 2 All E R 33, (1971) P 83, it was held that a person who was born a man and remained biologically a man, was a man for the purposes of marriage, and thus that a form of marriage between a man and another person born a man was a nullity, no matter that such last-mentioned person had undergone operative and other sex change treatment.

It was, however contended that for the purposes of s. 30 of the *Sexual Offences Act 1967* another test should be applied; that, if the person had become philosophically or psychologically or socially female, that person should be held not to be a man for the purposes of the sections and that, on this basis, the evidence should be inconclusive and the counts ought to have been withdrawn from the jury.

We reject this submission without hesitation. In our judgment, both common sense and the desirability of certainty and consistency demand that the decision in *Corbett v. Corbett* should apply for the purpose, not only of marriage, but for a charge under s. 30 of the *Sexual Offences Act* [...].⁷⁶

Quel traitement est réservé au transsexuel en cas d'incarcération ? Dans une affaire très récente, un transsexuel, (homme-à-femme) fut accusé de meurtre au deuxième degré suite à un incendie criminel survenu dans une église du centre-ville de Montréal en date du 25 mai 1987 et ayant causé la mort de deux pompiers appelés sur les lieux pour combattre l'incendie. Les médias⁷⁷ nous ont appris que Wilhelmina Tiemersma, âgée de 38 ans était détenue en milieu carcéral pour femmes. Cette cause sera sûrement à suivre afin de voir quel état civil sera reconnu

74. *R. c. Tan and others*, (1983) 2 All E R 12.

75. Dans les circonstances, cette infraction ne pouvait être une infraction commise par une femme.

76. *Supra*, note 74, p. 19.

77. *La Presse*, mercredi 27 mai 1987; on a largement fait état du fait que Mme Tiemersma, organiste de l'Église en question était un transsexuel. Les médias ont saisi l'occasion d'en faire une affaire à sensation...

par les tribunaux et advenant qu'elle soit reconnue coupable, quel traitement lui réservera-t-on?

Le problème carcéral des transsexuels a été abordé en droit américain notamment dans « The Transsexual and the law »⁷⁸ qui rapporte deux affaires à ce sujet. Ainsi, dans *Mostyn v. State of California*⁷⁹ une transsexuelle a obtenu une injonction interlocutoire afin qu'elle ne soit pas incarcérée dans une institution pour hommes, soutenant que sa vie serait en danger si elle demeurerait dans un tel lieu. La cour a acquiescé à sa demande et a également recommandé qu'elle soit gardée dans une unité de ségrégation administrative d'un hôpital afin qu'elle puisse continuer de recevoir son traitement hormonal. Dans *White v. State of Iowa*⁸⁰, un détenu du pénitencier pour hommes *Iowa State Penitentiary* poursuivait l'état afin qu'il puisse subir une opération de changement de sexe alors qu'il était détenu en prison. White a soutenu que le refus par la direction du pénitencier d'acquiescer à sa demande constituait un traitement cruel et inusité.

La *Charte des droits et libertés de la personne*⁸¹ interdit toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'état civil. À ce jour, une seule cause touchant aux droits d'un transsexuel a été plaidée en vertu de la Charte québécoise. Dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Anita Anglsberger*⁸², une action contre la propriétaire d'un restaurant qui avait refusé l'accès d'un transsexuel (homme-à-femme) dans son établissement a été accueillie en partie. Le juge Pierre Durand explique que :

La défenderesse a fait un procès d'association entre dame D. et des travestis ou prostitués. Cette dernière était une personne honorable et on ne pouvait l'humilier intempestivement d'une façon imprudente. La défenderesse admet être plus prudente depuis cet incident. La défenderesse confond transsexué et travesti. Ce n'est donc pas intentionnellement qu'elle a refusé les services de son restaurant à dame D.; c'est pourquoi elle ne peut être condamnée à des dommages exemplaires [...] ⁸³.

La cour a conclu que dans les circonstances, il y avait eu discrimination à l'égard de dame D.

Dans le cas sous étude, l'état civil déposé comme pièce P-3 indique que dame D., est une personne du sexe féminin et la défenderesse, par un

78. Rapportées dans James MORTON, *loc. cit.*, *supra*, note 68, p. 621.

79. *Mostyn c. State of California*, UPI, April 14, 1983; In « The Transsexual and the Law », *loc. cit.*, *supra*, note 68.

80. *White c. State of Iowa*, UPI, April 4, 1984; In « The Transsexual and the Law », *loc. cit.*, *supra*, note 68.

81. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10.

82. *Commission des droits de la personne du Québec c. Anita Anglsberger*, [1982] C.P., pp. 82 à 85.

83. *Id.*, p. 84.

jugement basé sur des préjugés, a refusé de reconnaître son état civil alors qu'elle était vêtue sobrement avec toutes les caractéristiques d'une personne du sexe féminin. Elle a donc discriminé en vertu de l'article 10 quant à son *état civil*⁸⁴.

Dans cette affaire le tribunal a retenu comme motif de discrimination l'état civil, et non l'orientation sexuelle; en aurait-il fait autant advenant que dame D. n'aurait pas été un transsexuel en « règle »?

Plusieurs arrêts américains font état de la discrimination faite aux transsexuels. Ainsi dans *Ulane v. Eastern Airlines*⁸⁵, Ulane fut congédié par les lignes aériennes lorsque son employeur eut connaissance qu'il était transsexuel.

The decision to fire Ulane was not for legitimate safety reasons, but because the Airline was concerned about the image of having a transsexual flying its aircraft.⁸⁶

Un arrêt britannique, *E.A. White v. British Sugar Corporation*⁸⁷, fait état d'une transsexuelle (femme-à-homme) qui fut congédiée lorsque son employeur a découvert la « vérité » sur son identité. White a allégué la discrimination sexuelle quant aux raisons de son congédiement. Le tribunal a cependant décidé que :

[...] If the applicant had been a man and had he held himself out to the respondents as a female and been employed as such and used the female toilet facilities and the like and it had been discovered that he was a man, the Tribunal had no hesitation in deciding that in the circumstances the respondents would have dismissed him. Accordingly, in the present case there was no discrimination on the ground of the applicant's sex.⁸⁸

Dans l'arrêt *Richards v. United States Tennis Association*⁸⁹, le Dr Renée Richards (un transsexuel homme-à-femme) demandait l'émission d'une injonction interlocutoire afin d'empêcher l'association de tennis de l'obliger de subir un test « sexe chromatin » avant de lui donner droit de participer au tournoi de tennis. Après une étude assez complète de diverses considérations permettant au tribunal d'établir si en l'occurrence le Dr Richards était une femme ou un homme, le tribunal a décidé que :

In this court's view, the requirement of defendants that this plaintiff pass the Barr body test in order to participate in the women's singles of the U.S. Open is grossly unfair, discriminatory and inequitable, and violative of her rights

84. *Id.*, p. 85.

85. *Ulane v. Eastern Airlines*, 28 FEP 1438, (1982).

86. Publié dans « The Transsexual and the Law », *loc. cit.*, *supra*, note 68, p. 622.

87. *E.A. White v. British Sugar Corporation*, [1977] I.R.L.R. 121.

88. Rapportée dans David PANNICK, « Homosexuals, Transsexuals and the Sex Discrimination Act », 1983, *Public Law*, pp. 279-302 et pp. 289-290.

89. *Richards c. United States Tennis Association*, 400 N.Y.S. 2d 267 (1977).

under the *Human Rights Law* of this state [...] It seems clear that defendants knowingly instituted this test for the sole purpose of preventing plaintiff from participating in the tournament. The only justification for using a sex determination test in athletic competition is to prevent fraud, i.e. men masquerading as women, competing as women.

This court rejects any such suggestion as applied to plaintiff. This court is totally convinced that there are very few biological males, who are accomplished tennis players, who are also either preoperative or post-operative transsexuals.

When an individual such as plaintiff, a successful physician, a husband and father finds it necessary for his own mental sanity to undergo a sex reassignment, the unfounded fears and misconceptions of defendants must give way to the overwhelming medical evidence that this person is now female.⁹⁰

L'admissibilité au remboursement pour les frais encourus lors de la chirurgie nécessaire pour la transformation sexuelle fut abordée par les tribunaux américains. Dans la cause *Pinneke v. Preisser*, le tribunal a conclu que les services fournis à Verna Pinneke devaient être couverts par l'assurance-maladie.

Furthermore, Iowa's policy is not consistent with the objectives of the Medicaid statute. Without any formal rulemaking, proceedings or hearings, the Iowa Department of Social Services established an irrebuttable presumption that the procedure of sex reassignment surgery can never be medically necessary when the surgery is a treatment for transsexualism and removes healthy, undamaged organs and tissue. This approach reflects inadequate solicitude for the applicant's diagnosed condition, the treatment prescribed by the applicant's physicians, and the accumulated knowledge of the medical community.⁹¹

La vérité juridique du transsexuel est et sera ambiguë et précaire aussi longtemps que l'État ne légiférera pas sur tout ce qui touche la reconnaissance de la « nouvelle sexualité », c'est-à-dire toutes les formes de sexualité qui dévient de la norme hétérosexuelle acceptée et codifiée. Serait-il envisageable de créer un nouveau sexe? Serait-il souhaitable d'étendre et légaliser divers champs d'activités réservées exclusivement aux couples hétérosexuels à tout couple, peu importe ses composantes? La société d'aujourd'hui est-elle assez « mûre » pour faire face à de tels changements qui secoueraient les bases mêmes de notre société et qui remettraient en question des valeurs « fondamentales »?

90. *Id.*, p. 272.

91. *Pinneke v. Preisser*, 623 F. (2d) 546 (1980), à la page 549. L'on a cependant refusé de donner droit à une demande au même effet dans *Rush v. Johnson* 565 F. supp. 856 (1983). Une cause devant la C.A.S. fait également écho des problèmes rencontrés par les transsexuels lorsqu'ils font une demande d'aide matérielle : voir 120 (1981) C.A.S. 999.

La question du transsexualisme met en relief tout l'aspect de la vérité « biologique » par rapport à la vérité « psychologique »⁹². La question fondamentale qui doit être posée est à savoir quelle vérité devrait prévaloir. Quel intérêt doit l'emporter sur l'autre : celui de la société ou celui de l'individu?

Une non-reconnaissance du statut du transsexuel, engagé dans des relations hétérosexuelles en fait implicitement un homosexuel dans la mesure où celui-ci entretiendrait des relations avec des personnes du même sexe que son sexe « original ». Cette affirmation est importante lorsque nous tentons d'appréhender les discriminations éventuelles et présentes desquelles le transsexuel est et pourrait être victime. Aussi, est-il important de suivre l'évolution de la jurisprudence sur le concept de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Ne perdons pas de vue que la nouvelle identité du transsexuel n'est qu'une panacée qui est de plus en plus remise en question par les spécialistes dans ce domaine. En effet, le traitement n'enraye pas la « maladie » qu'est le transsexualisme⁹³.

Le statut du transsexuel sera-t-il remis en question si un jour le corps médical se prononce à l'unanimité contre les bienfaits de la thérapie actuelle? La situation du transsexuel reste précaire, autant quant à sa vérité « juridique » que quant à sa vérité « psychologique » et son identité.

92. À cet égard est-il possible de faire un parallèle avec d'autres notions telles : parents biologiques c. parents psychologiques, telle que soulevée en matière de garde ou même par rapport au phénomène des mères porteuses?

93. À cet effet voir : Leslie M. LOTHSTEIN, « Sex Reassignment Surgery : Historical, Bioethical, and Theoretical Issues », (1982) 139 *American Journal of Psychiatry* 417-426; SHORE, « The Former Transsexuals : A Case Study », (1984) 13/3 *Archives of Sexual Behavior* 277-285; KORLIN, UDDENBERG, « Longterm follow-up of "Sex Change" in 13 Male-to-Female Transsexuals », (1986) 15/3 *Archives of Sexual Behavior* 187-210; FLEMING, MACGOWAN, and COSTOS, « The Dyadic Adjustment of Female-to-Male Transsexuals », (1985) 14/1 *Archives of Sexual Behavior* 47-55. D'autres articles traitant du transsexualisme sous d'autres aspects : Ethel GROFFIER, « De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois », (1975) 6 *R.D.U.S.*, pp. 114-149; BRODY, MCCORMICK, SMITH, TOULMIN, « Marriage, Morality & Sex-Change Surgery : Four Traditions in Case Ethics », (1981) 11 *Hastings Center Reporter*, 8-13; P.J. PACE, « Sexual Identity and the Criminal Law », 1983 *Criminal Law Review* 317-321; Timothy HURLEY, « Constitutional Implications of Sex-Change Operations : Mind over Matter? », 1984(5) *Journal of Legal Medicine* 633-664.