



MISSION DE RECHERCHE Droit & Justice



De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil.

Etude de l'opportunité d'une réforme

-

Note de synthèse

-

SEPTEMBRE 2017

-

Réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

Vialla François, Professeur de Droit privé et de Droit de la Santé – Centre
Européen d'Études et de Recherches Droit & Santé (CEERDS – UMR 5815)

De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil.

Etude de l'opportunité d'une réforme

Recherche menée par :

Professeur François VIALLA, Professeur de Droit privé et de Droit de la Santé –
Centre Européen d'Études et de Recherches Droit & Santé (CEERDS – UMR 5815).

Et portée par : La Structure Fédérative de Recherche – Administration, Sociologie et
Médico-Économie de la Santé (SFR-ASMES) du CHRU de Montpellier.

Réalisée avec le concours de :

Justine Fontana-Content, Doctorant, ATER à l'Université Toulouse Capitole.

Léo Roque, Doctorant Ceerds, Juriste au sein du comité de réflexion éthique
d'Occitanie.

Jean-Philippe Vauthier, Juriste assistant à la cour d'appel de Cayenne.

Paul Véron, Docteur en Droit.

Eric Martinez, Directeur du Centre Hospitalier de JONZAC.

Avec la collaboration de :

Professeur Nicolas Laferrière, Université Pontificale de Bueno-aires

Professeure Ursulla Cristina Basset, Université Pontificale de Bueno-aires

Professeur Nicolas Kalfa, CHRU de Montpellier Service de Chirurgie Pédiatrique

Sommaire

Sommaire	3
Introduction	4
Partie I : Etat du droit	11
Partie II : Perspectives d'adaptation	18
Partie III : Perspective d'une suppression	21

Note de synthèse

Introduction

Le présent rapport s'attache à l'analyse des enjeux et logiques d'une réforme possible de la mention du sexe présente à l'état civil, du moment de son assignation à la naissance, jusqu'aux modalités de réassignation. Pour permettre cette analyse, il importe de formuler quelques éclaircissements liminaires, avant que puissent être envisagées les nombreuses questions soulevées quant à l'opportunité d'une telle évolution. Il convient, notamment, de revenir sur le rôle général de l'état civil et de l'état des personnes dans l'ordre juridique actuel.

L'étude des fonctions attribuées à l'état civil et du rôle joué par ce dernier dans l'organisation des rapports sociaux et juridiques apparaît ici centrale pour apprécier l'opportunité d'une évolution du droit. L'état civil se compose d'un ensemble d'éléments identifiants de la personne, tels que le sexe, la date et lieu de naissance, ou encore le prénom et le nom. Quelle est sa portée en droit et quelle est son efficacité réelle au regard des buts qui lui sont assignés ?

Les éléments de l'état permettent de déterminer dans un premier temps des critères identifiants de la personne. Ils permettent d'appréhender de manière certaine sa nature et sa capacité, au regard de son âge, de sa nationalité et encore de son sexe. Ces éléments identifiants contenus dans l'acte d'état civil déterminent aussi la capacité de l'individu à accomplir certains actes et à revendiquer l'application de certains droits.

Cependant, ces éléments d'état civil ne sont pas les seuls critères de la capacité d'une personne ni les seuls éléments qui permettent de l'individualiser. L'état civil participe à la construction de l'identité juridique de l'individu qui constitue l'ensemble « *des éléments dont le droit tient compte pour individualiser les personnes physiques et qui permet de situer l'individu concerné* »². Pourtant, il serait réducteur de considérer que l'état civil est à lui seul constitutif de notre identité

² Sous la direction de R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, au titre « *Identité* », 7e. éd., LEXISNEXIS, 2016.

juridique. Les actes d'état civil participent simplement à l'individualisation des personnes, qui permettra l'exercice des droits et obligations de chacun.

L'état civil individualise le sujet de droit et atteste de son existence juridique et de son identité civile. En conséquence, derrière l'état civil apparaît en creux la question essentielle de « l'identité ». L'analyse étymologique du terme même d'identité permet d'entrevoir que le terme latin *identitas*, provient de *idem* (« le même »). L'identité désigne « *les valeurs et les normes dans lesquelles chaque personne se reconnaît en tant que sujet. Elle désigne également ce qui permet aux autres de le reconnaître* »³. L'ambivalence de la notion d'identité est manifeste, elle est à la fois individuelle et collective, auto-perçue et socialement reconnue. Finalement, la notion d'identité s'intègre dans une dichotomie fondée sur la perception de l'individu et du groupe. Le groupe, la communauté humaine, établit ses normes et des valeurs et en précise les caractères de rattachement. La notion d'identité pose à ce titre la question de sa pérennité, de son immuabilité s'agissant de « *caractéristiques **définitivement** acquises* »⁴.

Les notions de sexe et de genre nécessitent par ailleurs d'être confrontées, dans la mesure où elles tendent à composer cette identité :

Le sexe, selon le Doyen SAVATIER, est considéré comme un élément essentiel de l'état des personnes, bien qu'il ne bénéficie d'aucune définition en droit. Faute d'une approche juridique univoque, la notion en devient équivoque. On peut alors noter que « *La notion même de sexe est particulièrement « insaisissable » et ne fait pas l'objet d'une définition juridique univoque. Le sexe chromosomique ou génétique, le sexe morphologique ou anatomique et le sexe hormonal, ont vu dans le courant du vingtième siècle, naître une « quatrième dimension » sexuelle : le sexe psychologique, voire psychosocial* »⁵. Dans cette perspective le sexe confine, partiellement au moins, au genre. Dès lors, le sexe n'est pas unique mais multiple, ils se divise en composantes objectives, c'est-à-dire, toutes les composantes que la

³ M. QUILLIOU-RIOUAL, *Identité de genre et intervention sociale*, DUNOD, 2014, p. 27.

⁴ J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 14.

⁵ VIALLA, F., « Le transsexualisme », in VIALLA, F. (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2^{ème} éd., 2014, p. 139.

médecine peut constater, et d'une composante subjective, qui elle est construite et qui correspond au sexe psychosocial, c'est-à-dire, le genre.

Le droit n'a pas toujours pris en compte l'intégralité de ces composantes et préférerait se fonder sur les moins immuables, en se référant aux « *critères de la morphologie et de la génétique* »⁶. Mais comme l'a rappelé M. Ph. Reigné, « la référence au sexe chromosomique n'est pas pertinente. Faut-il rappeler que le caryotype ne permet pas d'asseoir la division des êtres humains entre les femmes et les hommes ? Il existe en effet des cas d'inversion sexuelle [...] »⁷.

Le sexe est une notion performative, en effet, comme le souligne T. HAMMARBERG, ancien commissaire aux droits de l'homme, « le sexe de la personne est généralement déterminé à la naissance, puis il devient un fait juridique et social »⁸, le sexe relève donc du genre⁹.

Le genre, dans une acception moderne, intègre une dimension subjective de la distinction entre les genres masculins et féminins. Le genre se définit alors comme les « *qualité[s] de masculinité et de féminité que l'on trouve dans une personne* »¹⁰. Le genre est ambivalent, en effet, il repose à la fois sur une auto-perception de ces qualités de masculinité et de féminité, mais aussi sur la reconnaissance de l'appartenance de la personne à l'une ou l'autre de ces qualités¹¹. Parfois le genre sera une simple expression d'un système¹², parfois encore un simple attribut permettant de délimiter un comportement social¹³. De ces variations naît le constat que le genre oscille dans son acception entre une dimension auto-perçue et un construit social.

⁶ B. PY, *Le sexe et le droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, p. 6.

⁷ Ph. Reigné, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », JCP, 2011, 480

⁸ Droits de l'Homme et identité de genre, Conseil de l'Europe, octobre 2009, document thématique de synthèse : [\[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365\]](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365), p. 5

⁹ Ph.Reigné, Sexe, genre et état des personnes, JCP G 2011, 1140 ; M.Gobert, Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister, JCP G 1990, I, 3475, no 19.

¹⁰ R., STOLLER, « *Sex and Gender : On the development of Masculinity and Femininity* » traduisible par « *Sexe et Genre : sur le développement de la masculinité et de la féminité* », New York, Science House, 1968.

¹¹ J. de GANCK, « Le sexe, une invention moderne ? Histoire des réactions face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine 1830-1914 », Université des femmes, coll. *Cahiers de l'UF*, n°8, 2012, p.109.

¹² M. PICHARD, « *Etat des personnes, genre et identité* », in « *Etat civil, genre, identité* », Journées d'étude « *dimension sexuée de la vie sociale* », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « *Etat civil au-delà des frontières* » et « *Etat civil de demain et transidentité* » ; L., BERINI, M., TRACHMAN, *Le genre, théories et controverses*, Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2014, p.15 ; L., BERINI, *Introduction aux études sur le genre*, 2^{ème} éd., Bruxelles, DE BOECK, 2012, p. 10 ; S. ERRINGTON, « Recasting Sex, Gender et Power : A theoretical and Regional Overview », in J. ATKINSON et S. ERRINGTON, *Power and Difference : Gender in Island Southeast Asia*, 1990, STANFORD UNIVERSITY PRESS, p.3.

¹³ Réappropriation de la définition de A. OAKLEY, *Sex, Gender et Society*, par J., DE GANCK, *op. cit.*, p.8.

La notion d'identité de genre s'entend comme « *l'expérience intime et personnelle de son genre vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps. Celle-ci peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens pharmacologiques, chirurgicaux ou autres. Elle implique aussi d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* »¹⁴

Confronté aux convergences et divergences entre sexe et genre, émergent les problématiques particulières liées aux états d'intersexuation psychique et physique que sont respectivement le transsexualisme et les personnes porteuses de variations du développement génital, les personnes dites intersexes.

La première partie du rapport est consacrée à l'analyse de l'état du droit sur ces questions. Sont ensuite développées deux perspectives d'évolution l'une au titre d'une adaptation du régime actuel, l'autre au titre d'une suppression.

¹⁴Loi argentine, n°26.743, 23 mai 2012, établissant le droit à l'identité de genre, Traduction non officielle réalisée par Transgender Luxembourg.

Partie I : Etat du droit

La première situation envisagée est celle des personnes intersexes, pour lesquelles une « ambiguïté » entre le phénotype et le génotype anatomique, rend difficile voire impossible leur rattachement à l'un des deux sexes.

Comme le précisait la commission nationale d'éthique pour la médecine humaine en Suisse (CNE), « *Par "intersexualité", on comprend une situation dans laquelle le sexe d'une personne ne peut pas être déterminé de façon univoque sur le plan biologique. Cela veut dire que le développement sexuel chromosomique, gonadique et anatomique suit une trajectoire atypique et que les marqueurs de la différenciation sexuelle ne sont pas tous clairement masculins ou féminins* »¹⁵. Ces spécificités se manifestent, par exemple, au niveau des caractéristiques sexuelles secondaires comme la masse musculaire, la pilosité, la stature, ou des caractéristiques sexuelles primaires telles que les organes génitaux internes et externes et/ou la structure chromosomique et hormonale¹⁶. Dans le vocabulaire médical, on parlera de « *disorder of sex development* » (DSD), de « *troubles du développement sexuel* » et, aujourd'hui dans une approche *dépathologisée* de « *variations du développement génital* ». Mais derrière cette terminologie générique se révèle une grande diversité de situations (« hyperplasie congénitale des surrénales (HCS) », « les anomalies de la biosynthèse des androgènes », « le syndrome de l'insensibilité aux androgènes (AIS) », « les dysgénésies gonadiques », « les troubles ovotesticulaires du développement sexuel », « l'hypoplasie des cellules de Leydig »¹⁷. Selon la CNE Suisse, « *L'incidence et la prévalence des DSD varieraient entre 1:3000 et 1:5000* ».

Une évidente difficulté se fait jour quant à l'inscription du sexe à l'état civil. En effet, l'article 57 du Code civil dispose que « *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe de l'enfant [...]* » et qu'il sera dressé dans les cinq jours qui suivent la naissance de l'enfant. Le sexe doit donc, pour les personnes intersexes être déclaré dans l'urgence alors même que le Code civil ne précise à

¹⁵ CNE, Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel, questions éthiques sur « l'intersexualité », Prise de position n° 20/2012, Berne, novembre 2012 ; Ph. Reigné, « Suisse : remise en cause des traitements médicaux pratiqués sur les enfants intersexués », JCP, 2012, act. 1348

¹⁶ « *Droits de l'homme et personnes intersexes* », Rapport du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 2015.

¹⁷ CNE Suisse, préc.

aucun moment que les sexes qui doivent être mentionnés sont exclusivement soit féminin, soit masculin.

À la lumière des nouvelles approches de la notion de sexe comment répondre convenablement à l'exigence de mention du sexe à l'état civil ? En l'état actuel, le droit français semble n'autoriser aucune entorse à la logique de bipartition de l'humanité : « *Tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit obligatoirement être rattaché à l'un des deux sexes* »¹⁸. Avec l'arrêt du 7 mai 2017, la Cour de cassation consacre une approche stricte de la binarité en affirmant qu'elle est « *nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* »¹⁹. La réponse à l'incompatibilité de l'existence des personnes intersexes avec le modèle d'assignation binaire a été donnée par le médecin qui s'est chargée de procéder à des assignations chirurgicales sur des enfants. Une réponse pourrait provenir d'une intervention médicale qui assignerait un sexe masculin ou féminin à l'enfant. Mais ici encore, cette pratique n'est pas sans soulever de difficultés : « *Le traitement chirurgical ne peut jamais être entrepris sans que le diagnostic exact de l'étiologie de l'anomalie sexuelle ait été affirmé et sans l'adhésion de la famille. La réalisation d'une génitoplastie, qu'elle soit féminisante ou masculinisante, est une décision qui pèse lourdement sur le chirurgien et il est impensable que cette décision soit prise sans une sécurité diagnostique fiable qui permet d'anticiper l'évolution post-pubertaire* »²⁰. La pratique de ces interventions, commandées par le besoin de faire coïncider une réalité anatomique avec la mention juridique du sexe à l'état civil, interroge du point de vue médical, éthique mais également juridique. En effet, cette pratique commande d'examiner l'intervention consistant « assigner » médicalement un sexe, au regard de la licéité de l'acte médical. Or, l'article 16-3 alinéa 1 du Code civil dispose qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Le droit civil

¹⁸ CA Paris, 18 janvier 1974 : D. 1974, jurispr., p. 196, concl. GRANJON.

¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2017 (16-17.189) Cass.civ.1^{ère} 16-17.189 4 mai 2017, Rev. Droit et Santé 2017, n°78, obs. J. FONTANA, p.563 ; M. GOBERT, *Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister*, JCP G 2017, doct.716 ; P. LE MAIGAT, Gaz. Pal. 2017, n°19, p. 20 ; M. PÉRON, Petites Affiches 2017, n°120, p.18 ; J-PH. VAUTHIER et F. VIALLA, op-cit., D.2017, p. 1399 ; B. MORON-PUECH, op-cit. ; V. déjà CA Orléans 22 mars 2016, n° 15/03281 : JurisData n° 2016-004932, JCP G 2016, 492 note F. VIALLA ; D. 2016. Jur. 1915, note PH. REIGNÉ, 904 ; B. MORON-PUECH, D. 2016 point de vue ; D. 2017. Pan. 781, obs. J-C. GALLOUX ; J. HAUSER, RTD civ. 2016 n°2, p. 318 ; BLOQUEL B., Gaz.Pal.2016, n°26, p.81 ; M. PERON, Petites Affiches 2016, n°87, p.9 ; J-R. BINET J-R, Dr. Famille 2016, p.50 ; M-X. CATTO, *De la neutralité biologique à la masculinité juridique*, RDLF 2016, chron. n°18, www.revuedf.com ; F. VIALLA, E. MARTINEZ, Rev. Droit et Santé 2016, n°71, p.427 ; TGI Tours 20 août 2015, D. 2015. Jur. 2295, note F. VIALLA, op-cit. ; D. 2016. Pan. 752, obs. J-C. GALLOUX, R. LIBCHABER p.20 et Pan. 915, obs. REGINE ; I. COPPART, RJPF 2015, n°12, p.17 ; B. BLOQUEL, Gaz.Pal.2016, n°1, p.91 ; F. VIALLA, op-cit.

²⁰ *Ibidem*.

et le droit médical s'opposent donc à la licéité présumée de tels actes. La « nécessité juridique » de catégoriser l'individu par le rattachement à un sexe (Art. 57 du Code civil) ne saurait être assimilée à la nécessité médicale exigée dans l'article 16-3 du Code civil.

Le projet s'attache en second lieu au transgénérisme, qui correspond au fait de changer d'identité sexuée. Ainsi, « *convaincue de son appartenance au genre sexuel opposé, [la personne transsexuelle] n'a de cesse de modifier son état sexuel, physique et juridique afin d'adapter l'apparence de son corps à son psychisme* »²¹. Bien que la situation se présente différemment pour les personnes intersexuées, la problématique rejoint également la question de l'adéquation entre le sexe mentionné à l'état civil et celui « vécu et ressenti » par l'individu, c'est à dire le genre.

Le droit français a, à cet égard, considérablement évolué : il a dans un premier temps nié le transsexualisme²² puis, sous la pression d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en 1992²³, la Cour de cassation a dû réviser sa position par deux arrêts d'Assemblée plénière du 11 décembre 1992²⁴,

posant les bases des conditions permettant la rectification du sexe à l'état civil. Avec l'évolution de la jurisprudence, deux conditions avaient été identifiées en 2012 et 2013²⁵. La modification de la mention du sexe à l'état civil nécessitait que le requérant apporte la preuve de la réalité du « syndrome du transsexualisme » et celle de l'irréversibilité de la transformation son apparence. Derrière cette périphrase euphémique (irréversibilité de la transformation son apparence) se profilait une exigence de stérilisation²⁶ qui conduira à une condamnation par la Cour EDH ²⁷:

« le rejet de la demande [...] tendant à la modification de leur état civil au motif qu'ils n'avaient pas établi le caractère irréversible de la transformation de leur apparence

²¹ L. LAMBERT-GARREL, « Le transsexualisme en droit interne français », in MATEU, J., REYNIER, M., VIALLA, F. (dir.), *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, op. cit., p. 177.

²² « *Le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* » : Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990 : JCP 1990, II, 21588, rapp. J. MASSIP, concl. F. FLIPO.

²³ Cour EDH req. N° 57/1990/248/319, 25 mars 1992, B. c. France.

²⁴ Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-12.373 et n° 91-11.900.

²⁵ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490, Cass. Civ. 1^{ère} 13 février 2013 (11-14.515) et (12.11-949), PH. REIGNE, « Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'injuste équilibre », JCP G 2013, 227 ; E. POULIQUEN, *Lamy Droit civil*, avril 2013, p. 42-43 ; I. COPPART, RPJF avril 2013, p. 22-23 ; GALLMEISTER I., D. 2013, p.499, F. VIALLA., « Transidentité: retour à la case 1992? (suite) », *Rev. Droit et Santé* 2013 n°53, p.363, et « La transidentité: une jurisprudence en «équilibre instable» » *Méd droit* (Paris) (2013).

²⁶ V. par ex. PH. REIGNE, *La Cour de cassation et le changement d'état civil des personnes transidentitaires*, Dr. famille 2012 n° 9, 131, p.39.

²⁷ CEDH 5^e ch. 6 avril 2017, n° 79885/12, B. MORON-PUECH, D. 2017, p. 994 et s., J-PH. VAUTHIER et F. VIALLA, D.2017, p.1027 et s.

, c'est-à-dire démontré avoir subi une opération stérilisante ou un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité, s'analyse en un manquement par l'État défendeur à son obligation positive de garantir le droit de ces derniers au respect de leur vie privée »²⁸.

En dépit d'évolutions textuelles (notamment la publication d'un décret qui procède à la « dépsychiatisation » du transsexualisme²⁹), la jurisprudence de la Haute juridiction demeurait figée. Le 27 juin 2013, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) rendait un avis dans lequel elle préconisait, la suppression des conditions médicales et la déjudiciarisation partielle du changement de la mention du sexe à l'état civil (l'homologation de la décision relevant de l'autorité judiciaire)³⁰.

Toutefois, il convient de noter qu'aujourd'hui, la loi du 18 novembre 2016 « de modernisation de la justice du XXI^e siècle »³¹, dite « J21 » est venue modifier profondément les modalités de modification de la mention du sexe à l'état civil, influant ainsi sur la conduite de la présente recherche³².

Le nouveau régime adopté prévoit uniquement trois éléments pour permettre un changement de la mention du sexe à l'état civil et l'article 61-5 du Code civil dispose que :

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

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

²⁸ Rendu postérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi du 18 novembre 2016 (V. infra) l'arrêt est avant tout un message adressé aux pays qui s'inscrivent encore dans une logique de stérilisation V. J-PH. VAUTHIER et F. VIALLA, Ibid.

²⁹ Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 « portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection longue durée « affections psychiatriques de longue durée », JO 10 février 2010, p. 2398 : F. VIALLA, « Transition », RDS 2010, n° 35, p. 210.

³⁰ CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de sexe à l'état civil*, 27 juin 2013 : http://www.cncdh.fr/sites/default/files/27.06.13_avis_sur_lidentite_de_genre_et_sur_le_changement_de_la_mention_de_sexe_a_létat_civil.pdf

³¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 « de modernisation de la justice du XXI^e siècle », JO 19 novembre 2016, texte n° 1.

³² Cf. infra.

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

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Montpellier³³ apporte une précision majeure quant à la preuve de la réalité de la possession d'état du sexe revendiqué. Les magistrats montpelliérains considèrent que la liste des éléments factuels énumérés dans la loi, « *n'est ni exhaustive, ni cumulative* » et que « *l'emploi, par le législateur, des termes « Les principaux de ces faits [...] peuvent être* » » conduit la cour d'appel à affirmer que l'intention des parlementaires n'était aucunement d'exiger la présence cumulée des critères énoncés³⁴.

En outre L'article 61-6 al. 3 du Code civil précise que :

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

Les juridictions civiles, dont la compétence de principe a été maintenue par la loi de novembre 2016, voient leur tâche évoluer dans l'appréciation d'une demande de changement de la mention du sexe. Les juges doivent, dans un premier temps s'assurer de la volonté de la personne, puis l'effectivité de la possession d'état du sexe revendiqué. Les éléments médicaux peuvent étayer la demande mais leur absence n'est plus de nature à motiver un refus. La loi a substitué à une logique médicalisée un ancrage dans la notion de possession d'état. L'évolution législative majeure demeure cependant inachevée. En effet, la loi de novembre 2016³⁵ demeure notamment étonnement muette sur la question de la filiation des enfants nés postérieurement à un changement de la mention du sexe de l'un de leur parent.

De manière générale, il apparaît essentiel d'envisager une adaptation du cadre juridique actuel. Au cœur des débats plusieurs questions majeures demeurent

³³ Montpellier 15 mars 2017, n°16/02291, .Rev. Droit et Santé 2017 n°77, p. 407 et D. 2017, 816, obs. F. VIALLA

³⁴ CA Montpellier 15 mars 2017, n°16/02291, Rev. Droit et Santé 2017 n°77, p. 407 et D. 2017, 816.

³⁵Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle

en suspens. Comment respecter les droits des personnes intersexes à l'égard de l'état civil (rupture d'une logique binaire, suspension exceptionnelle de l'exigence d'une mention du sexe, *etc.*) et sur la question essentielle de la protection de l'intégrité corporelle.

La mention initiale du sexe à l'état civil et ses évolutions au cours de la vie de la personne doivent-elles demeurer dans le champ de la compétence judiciaire ou une déjudiciarisation est-elle opportune ?

Quelle place accorder respectivement à l'auto-perception du genre et à la possession d'état ?

Quelles conséquences doivent être anticipées en cas d'évolution du cadre légal, notamment dans le champ du droit de la famille et particulièrement sur les questions de filiation.

La logique binaire n'étant pas circonscrite aux seules règles encadrant l'état civil, quels dispositifs pourraient être fragilisés par une évolution du droit sur ces questions (parité ; discrimination).

Le maintien d'une stricte binarité ne conduit-il pas à faire de l'état civil un « lieux » de revendication, l'état civil devenant un enjeu de reconnaissance sociale voire identitaire.

Un éventuel maintien de la mention du sexe à l'état civil doit-il être accessible à tous ou peut-on envisager que certains documents d'état civil (copie / extraits) ou d'identité (CNI ; passeport) n'en fasse plus mention. Quelles institutions ou administrations (pénitentiaire ; hospitalière) peuvent réellement justifier d'une légitimité à s'informer sur le sexe de leur interlocuteur et à catégoriser les personnes en fonction de leur sexe, pour quel usage (statistiques ?) ?

Pour analyser la pertinence d'une réforme face à ces questionnements multiples, le rôle du sexe à l'état civil doit être apprécié et relativisé :

Son rôle est aujourd'hui plus limité qu'auparavant. Dans l'individualisation et « l'identification » des individus, l'existence d'autres moyens de démontrer la réalité de l'identité (biométrie) rend quelque peu obsolète la mention du sexe. La déclaration du sexe, et non plus la constatation par l'officier d'état civil, fragilise cette mention.

Lorsque la recherche de l'identité genrée de la personne sera considérée comme légitime (parité) un mécanisme déclaratoire, fondé sur l'auto-perception et/ou la considération sociale ne peut-il suffire ?

Les règles encadrant la parité et celles relatives à la lutte contre les discriminations ne sont aucunement liées à la persistance de la mention du sexe à l'état civil. La discrimination « raciale » ou religieuse sont parfaitement sanctionnables alors qu'elles ne sont pas des éléments de l'état civil.

Le maintien limité d'une sexuation de certaines règles de droit (parité ; discrimination) ne semble pas conditionné, par la permanence de la mention du sexe à l'état civil.

Dans certains domaines, l'identification sexuée de la personne s'émancipe d'ailleurs de l'état civil, tel est par exemple le cas en matière sportive.

Partie II : Perspectives d'adaptation

L'ensemble des propositions s'intéresse aux aménagements possibles du régime juridique actuel.

Le rapport introduit les perspectives suivantes afin de prendre en considération les situations d'intersexuation :

Une première proposition pourrait consister en la reconnaissance d'un troisième sexe/genre « neutre ». Cette perspective se heurte cependant à plusieurs écueils. La diversité des identités de genre peut apparaître difficilement conciliable avec une mention unique. En outre une telle « catégorie générique » pourrait être source de stigmatisation et d'insatisfaction.

Une alternative envisageable consistant à titre exceptionnel à ne pas « spécifier le sexe » à l'état civil. Il s'agit ici d'une solution permettant le maintien d'une logique binaire sans y contraindre l'ensemble des personnes. Cette voie ne conduit pas à la création d'une troisième catégorie générique. Cette solution sans remettre en cause la binarité de l'état ouvre une perspective de reconnaissance des cas d'indétermination sexuelle. Des pays tels que l'Allemagne et l'Australie se sont engagés dans cette voie. Il ne s'agit pas *per se* de reconnaître une catégorie « neutre » mais de *neutraliser* la mention du sexe à l'état civil. Si la personne présente une VDG à la naissance aucune mention du sexe ne serait spécifiée. Si ultérieurement la personne souhaite être reconnue dans l'un des genres (F ou M) cette possibilité doit pouvoir lui être ouverte. Une voie déjudiciarisée (déclaratoire) semble opportune. Si la VDG est révélée plus tardivement, une « neutralisation » de la mention du sexe doit pouvoir être initiée par les titulaires de l'autorité parentale ou par la personne elle-même. Il faudra aussi envisager de préciser à quel moment la personne présentant une VDG peut légitimement se prononcer. Le critère de « degré de maturité » présent dans certain texte (relatif au consentement au traitement notamment CSP Art. L1111-4) présente l'avantage de la souplesse, mais il est d'usage malaisé du fait de sa subjectivité. Un critère plus objectif peut être trouvé dans l'âge de la personne : majorité (18 ans), 16 ans, 13 ans ? Une piste peut être trouvée dans les dispositions de la loi de novembre 2016 qui précise que la

demande de changement de la mention de sexe peut être déposée par « *Toute personne majeure ou mineure émancipée* »³⁶.

Dans l'hypothèse où serait envisagée une « neutralisation » de la mention du sexe à l'état civil la question se poserait de savoir si celle-ci doit être temporaire (jusqu'à la décision de la personne) ou, ce qui semble préférable, si elle peut être définitive dès lors que sa situation personnelle conduit le sujet à ne pas pouvoir/vouloir se déterminer. La question se posera encore de savoir si ce mécanisme doit relever de l'exception (pour les personnes présentant une VDG) ou s'il doit être généralisé.

Une clarification doit être envisagée s'agissant des atteintes à l'intégrité corporelle physique des personnes intersexes. Il ne s'agit aucunement de poser un interdit absolu mais de rappeler que tout acte médico-chirurgical s'inscrit dans un cadre strict (nécessité médicale ; proportionnalité bénéficié risque *etc.*)

Le rapport introduit aussi des éléments concernant les personnes transgenres :

Une déjudiciarisation des demandes peut être envisagée.

L'officier d'état civil nous semble présenter les qualités requises pour procéder au contrôle prévu par les dispositions nouvelles du Code civil. La volonté et le consentement de la personne sont dans d'autres occurrences vérifiées par l'officier d'état civil. Dans le cadre du mariage, par exemple, l'échange des consentements est opéré devant l'officier d'état civil en présence de témoins. S'agissant du contrôle de la réalité de la possession d'état, les témoignages semblent pouvoir être valablement recueillis par l'officier d'état civil. La logique d'un contrôle *a priori* par le juge peut se muer en la possibilité d'un éventuel contrôle judiciaire *a posteriori*.

La déjudiciarisation s'inscrit alors dans une logique accrue d'autodétermination avec une adaptation des règles déclaratoires à l'état civil, comme il est possible de le voir dans certains pays. En Argentine, le changement de la mention du sexe est réalisé sur simple demande sans que l'officier ne puisse s'opposer à ce changement.

³⁶ Code civil Art. 61-5.

Parmi les questions posées par l'évolution du droit celles relatives à la filiation apparaissent les plus délicates. La démedicalisation de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil fait, en effet, naître de nouvelles problématiques que le législateur n'a pas anticipé.

Au titre de la filiation de l'enfant et dans le cas de l'établissement de cette dernière postérieurement au changement de sexe d'un des parents, des améliorations sont concevables. La corrélation entre le sexe des parents et le statut de père et de mère sur l'acte civil de l'enfant apparaît essentiel et introduit une série d'alternative au régime actuel. D'une part, une proposition introduisant la possibilité de supplanter le régime relatif au père et mère par une reconnaissance à l'état civil du titre unique de « *parent* », qui pourrait venir limiter l'impact d'un changement de sexe de l'individu. D'autre part, une réforme du régime de l'établissement de la filiation n'apparaît pas opportune dans la mise en oeuvre d'une adéquation du sexe des parents à l'acte de naissance de l'enfant, mais une réflexion sur le régime actuel est toutefois à entreprendre.

Dans le cadre de ces aménagements et par l'analyse produite, le maintien d'une binarité fondée sur le sexe dans l'état civil ne concourt finalement qu'à une instrumentalisation de l'état civil, dans un but de reconnaissance sociale. La nécessité d'une réflexion portant sur un retour à la finalité première de l'état civil apparaît des plus souhaitables.

Partie III : Perspective d'une suppression

Par l'analyse de ces perspectives, le régime actuel pour les rédacteurs de ce rapport apparaît encore insuffisant. Toutefois, et face à l'ampleur des modifications à apporter aux différents régimes impactés par la question du sexe à l'état civil, la solution et l'opportunité d'une suppression totale et partielle du sexe à l'état civil interroge et peut apparaître comme une entreprise complexe mais présentant des avantages identifiables.

Dans le cadre de la mise en œuvre d'une suppression du sexe à l'état civil, plusieurs éléments permettent de relativiser l'impact de la suppression et de souligner la capacité du système à s'adapter. Du fait de la nature profondément probatoire de l'acte d'état civil et en minorant son rôle comme outil de reconnaissance sociale des individus dans l'affirmation de leur identité, il apparaît possible de supprimer sa mention dans l'acte civil et de réduire sa portée et son inscription dans les documents administratifs l'utilisant. Du fait de l'impact limité mais de la nécessité de déterminer un ensemble de règles d'adaptation plusieurs propositions sont effectuées pour améliorer et envisager la suppression du sexe à l'état civil.

Ces adaptations éventuelles du régime à une suppression du sexe à l'état civil sont de nature structurelle mais aussi légale :

Premièrement, un travail d'uniformisation des modalités d'affirmation de son identité de genre dans le reste du droit français apparaît essentiel pour déterminer clairement les modalités d'établissement d'une capacité ou d'un droit fondé sur cet élément. L'uniformisation doit être proposée par la mise en œuvre d'éléments de détermination du genre. Dans un régime où l'identité de genre apparaît déclaratoire et fondée sur la réalité anatomique à la naissance, le contrôle de la conformation à un sexe peut évoluer. Les évolutions dans l'identité du genre, peuvent passer par un mécanisme de reconnaissance sociale établi en cas de contestation de la déclaration. Mais il est aussi possible de mettre en œuvre un régime fondé sur un régime d'auto-perception de son identité.

Pourtant, la disparition du sexe à l'état civil ne résoudra pas la question de la place des personnes inter-sexes dans la société. Et des démarches analogues à la

première proposition de maintien apparaissent nécessaires. L'application se réalisera dans ce cas de figure au niveau des documents administratifs incidents à l'acte d'état civil. Tel que peut l'être l'établissement de certaines pièces d'identité. Deuxièmement, un travail d'adéquation avec la suppression du sexe doit être effectué au titre d'une conformation avec les règles internationales et notamment régionales. C'est-à-dire, dans le respect des règles relatives à l'autonomie de l'individu et fondées sur le respect de sa vie privée et familiale.

Enfin, un travail de renforcement des règles relatives au titre de la protection face aux pratiques antidiscriminatoires, est incontournable du fait de la nécessaire reconnaissance des personnes intersexuées.

Par l'ampleur et les conséquences qu'aurait une suppression du sexe, des aménagements structurels apparaissent nécessaires pour assurer la bonne application d'un nouveau régime.

Au niveau structurel des propositions sont avancées dans cette éventualité:

La mise en œuvre d'un régime clair d'application de la loi dans le temps fondé sur l'absence de mention du sexe dans les registres d'état civil pour les enfants nés après la loi, et un maintien dans les actes de naissance antérieurs mais basé sur un régime d'interdiction de diffusion et d'exclusion des extraits.

La mise en place d'une réflexion globale sur la pertinence de l'usage du sexe dans certaines bases de données administratives et dans la mise en œuvre d'une démarche statistique.

La mise en œuvre générale d'une suppression de la mention du sexe dans les documents administratifs d'identité dans la mesure où de telles modifications sont possibles. Notamment, dans le cadre spécifique du passeport international et des règles internationales relatives à l'identification des passagers. Dans le cas des documents ne pouvant se passer de la mention, assurer une capacité rapide de modification de la mention.

La mise en œuvre d'un régime spécial de rectification des données administratives continue d'user de la mention au sexe pour établir une capacité. Et la suppression de toutes les mentions au sexe ne comportant un intérêt légitime dans le régime général.