



# MISSION DE RECHERCHE **Droit & Justice**



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

Etude de l'opportunité d'une réforme

-  
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 :

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

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, Docteur en droit privé, 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

Professeur Ursulla Cristina Basset, Université Pontificale de Bueno-aires

Professeur Nicolas KALFA, CHRU de Montpellier Service de Chirurgie Pédiatrique

Jean-Sebastien Sauvé, Docteur en droit Université de Montréal

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice. Son contenu n'engage que

la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

## **Sommaire**

<b><u>Partie I Etat du droit</u></b>	23
Chapitre I : Le contexte antérieur à la loi de modernisation	23
<b>Section I : Les premières marques d'évolutions du régime</b>	23
Section II : L'ouverture aux questions transidentitaires	30
Chapitre II : Le nouveau cadre juridique	33
Section I : La loi de modernisation de la justice	34
Section II : L'universalisme de la binarité	44
Partie II L'opportunité d'aménagement de la mention du sexe à l'état	55
Chapitre I : Les aménagements de la mention du sexe à l'état civil : entre neutralité, neutralisation rationalisée et mutabilité	55
Section I : Entre neutralité absolue et neutralité rationalisée	56
Section II : Perspectives d'une mutabilité renforcée de l'état	66
CHAPITRE II : L'aménagement de l'état civil de l'enfant face à la filiation	75
Section I : L'opportunité des aménagements	76
Section II : Les perspectives d'évolutions	77
<b><u>PARTIE III : Opportunité d'une suppression</u></b>	83
Chapitre I : La valeur limitée du sexe en outil de police civile	83
Section I : Le sexe composante d'un acte authentique	84
Section II : Une mention du sexe émancipée de l'acte d'état civil	86
Chapitre II : L'adaptation du droit à une éventuelle suppression de la mention du sexe	89
Section I: Uniformisation des modalités de démonstrations de son identité	89
Section II : Etablissement de norme d'adaptation structurelle	92
Conclusion	94
BIBLIOGRAPHIE	97

## Abréviations

**Act.** : Actualités  
**A.D.N.** : Acide désoxyribonucléique  
**Aff.** : Affaire  
**A.J.D.A.** : Actualité juridique Droit administratif  
**AJ Fam.** : Actualité juridique Famille  
**al.** : Alinéa  
**A.L.D.** : Affection Longue Durée  
**A.M.P.** : Assistance médicale à la procréation  
**A.N. Rép. Min.** : Assemblée Nationale, Réponse ministérielle  
**Ass. Plén.** : Assemblée plénière  
**B.O.** : Bulletin Officiel  
**Bull.** : Bulletin  
**Bull. Civ.** : Bulletin civil  
**Bull. Crim.** : Bulletin criminel  
**C.A.** : Cour d'appel  
**C.C.A.M.** : Classification commune des actes médicaux  
**C.C.N.E.** : Comité consultatif National d'éthique  
**C.D.S.A.** : Cahiers du droit de la santé  
**CE** : Conseil d'État  
**CE Ass.** : Conseil d'État, arrêt d'assemblée  
**C.E.C.O.S.** : Centre d'études et conservation d'ovocytes et de sperme  
**CE Sect.** : Conseil d'État, arrêt de section  
**C.E.D.H.** : Cour européenne des Droits de l'Homme  
**Cf.** : *Confer*  
**Ch.** : Chambre  
**Chron.** : Chronique  
**C.H.R.U.** : Centre Hospitalier Régional Universitaire  
**C.H.U.** : Centre Hospitalier Universitaire  
**C.I.D.E.** : Convention internationale des droits de l'enfant  
**C.I.M.** : Classification internationale des maladies  
**Civ. 1<sup>ère</sup>** : Première chambre civile de la Cour de cassation  
**Civ. 2<sup>ème</sup>** : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation  
**C.J.C.E.** : Cour de Justice des communautés européennes  
**C.J.U.E.** : Cour de Justice de l'Union Européenne  
**C.N.A.M.** : Caisse Nationale d'Assurance Maladie  
**C.N.C.D.H.** : Commission nationale consultative des droits de l'Homme  
**C.N.I.** : Carte nationale d'identité  
**C.N.O.M.** : Conseil National de l'Ordre des Médecins  
**Coll.** : Collection  
**Comm.** : Commentaire  
**Concl.** : Conclusions  
**Cons. Const.** : Conseil constitutionnel  
**Crim.** : Chambre criminelle de la Cour de cassation  
**C.R.M.R.** : Centre de référence maladies rares  
**C.S.P.** : Code de la santé publique  
**C.S.S.** : Code de la sécurité sociale  
**C. Civ.** : Code civil  
**D.** : Recueil Dalloz  
**D.D.H.C.** : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen  
**Doctr.** : Doctrine  
**Dir(s).** : Directeur(s)  
**D.P.N.** : Diagnostic prénatal  
**Dr.** : Docteur  
**Dr. Fam.** : Revue de droit de la famille  
**D.S.D.** : *Disorder of Sex Development*

**D.S.M.** : Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux  
**D.U.D.H.** : Déclaration universelle des droits de l'Homme  
**E.A.S.A.** : *European Association of social anthropology*  
**éd.** : Édition  
**Fasc.** : Fascicule  
**FtM** : Transition *Female to Male*  
**G.A.C.E.D.H.** : Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme  
**G.A.J.A.** : Grands arrêts de la jurisprudence administrative  
**Gaz. Pal.** : Gazette du Palais  
**Grde ch.** : Grande chambre  
**H.A.S.** : Haute autorité de santé  
**Ibid.** : *Ibidem*  
**I.G.R.E.C.** : Instruction générale relative à l'état civil  
**J. Cl.** : Jurisclasseur  
**J.A.F.** : Juge aux affaires familiales  
**J.C.P.** : La semaine juridique  
**J.C.P. G.** : La semaine juridique – Édition générale  
**J.O.** : Journal officiel  
**J.O.R.F.** : Journal officiel de la République française  
**Jur.** : Jurisprudence  
**J21** : Loi de modernisation de la justice du XXIème du 18 novembre 2016  
**L.E.H.** : Les Études Hospitalières  
**L.G.B.T.** : Lesbienne, Gay, Bisexuel, Transsexuel  
**L.G.B.T.I.** : Lesbienne, Gay, Bisexuel, Transsexuel et Intersexe  
**L.G.D.J.** : Librairie générale de droit et de jurisprudence  
**L.P.A.** : Les petites affiches  
**MtF** : Transition *Male to Female*  
**Obs.** : Observations  
**O.M.S.** : Organisation Mondiale de la Santé  
**O.N.G.** : Organisation non gouvernementale  
**O.N.I.A.M.** : Office national d'indemnisation des accidents médicaux  
**Op. cit.** : *Opus citatum*  
**Ord.** : Ordonnance  
**P.M.A.** : Procréation médicalement assistée  
**P.U.A.M.** : Presse de l'Université Aix-Marseille  
**P.U.F.** : Presse Universitaire de France  
**Q.P.C.** : Question prioritaire de constitutionnalité  
**Req.** : Requête  
**R.C.P.** : Réunion de concertation pluridisciplinaire  
**R.D.H.** : Revue des droits de l'Homme  
**R.D.S.** : Revue Droit&Santé  
**R.D.S.S.** : Revue de Droit sanitaire et social  
**Rec.** : Recueil Lebon  
**Rec. Lebon** : Recueil Lebon  
**R.I.D.C.** : Revue internationale de droit comparé  
**R.J.P.F.** : Revue juridique Personnes et Famille  
**R.T.D. Civ.** : Revue trimestrielle de droit civil  
**Soc.** : Chambre sociale de la Cour de cassation  
**t.** : Tome  
**T.G.I.** : Tribunal de grande instance  
**Trans'** : Transsexuel  
**Trib. civ.** : Tribunal civil  
**U.E.** : Union européenne  
**v.** : Voir  
**V.D.G.** : Variation du développement génital  
**V.D.S.** : Variation du développement sexuel  
**Vol.** : Volume

## Éléments de définition

**Démédicalisation** : suppression d'une condition d'ordre médical dans le cadre d'une procédure.

**Etat civil** : Mécanisme juridique d'identification et d'individualisation des personnes. Outil de police civile permettant l'identification de l'individu, il est mis en œuvre dès la naissance et prendra fin à la mort, avec l'acte de décès. Il permet aussi une reconnaissance de l'identité de la personne.

**Genre** : Qualité[s] de masculinité et de féminité permettant de distinguer l'homme et la femme.

**Identité** : Éléments caractéristiques permettant d'individualiser une personne.

**Identité de genre** : La perception intime et personnelle du genre par l'individu, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps.

**Intersexe** : On qualifie d'intersexes les personnes qui, compte tenu de leur sexe chromosomique, gonadique ou anatomique, n'entrent pas dans la classification établie par les normes médicales des corps dits masculins et féminins. 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 hormonale<sup>1</sup>.

*« 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 »<sup>2</sup>.*

**Orientation sexuelle** : Le désir sexuel, l'attirance érotique pour des personnes en fonction de leur sexe.

**Sexe** : Élément permettant de réaliser la distinction entre les personnes, mâle et femelle. Le sexe se divise en composantes objectives et en une composante subjective.

**Possession d'état** : Originellement, la possession d'état ne concerne que l'établissement de la filiation. Elle est définie à l'article 311-1 du Code civil et « s'établit par la réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une

---

<sup>1</sup> « Droits de l'homme et personnes intersexes », Rapport du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 2015.

<sup>2</sup> CNE, Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel, questions éthiques sur « l'intersexualité », Prise de position n° 20/2012, Berne, nov. 2012 ; PH. REIGNÉ, Suisse : remise en cause des traitements médicaux pratiqués sur les enfants intersexués, JCP 2012. Act. 1348.

personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ». Elle se compose traditionnellement de trois éléments : le *tractatus*, le *nomen* et la *fama*.

La possession d'état de sexe a été instaurée en droit français par l'article 61-5 du Code civil issu de la modernisation de la Justice du XXIème siècle du 18 novembre 2016. Dès lors, « 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 est connue peut en obtenir la modification ».

Ainsi, le *tractatus*, ou le traitement de la personne par son entourage et la société, implique que l'individu doit être traité comme appartenant au sexe opposé. Le *nomen*, c'est-à-dire, le nom, implique que la personne se fait appeler par un prénom réputé appartenir au genre opposé (l'emploi d'un prénom épïcène n'est pas un obstacle à cette caractérisation). Enfin, la *fama*, la réputation, implique quant à elle, que la personne soit réputée appartenir à l'autre sexe.

En matière d'identité sexuée, la possession d'état demeure limitée par la binarité sexuée.

## INTRODUCTION

Le présent rapport s'attache à l'analyse des enjeux et logiques d'une réforme possible de la mention du sexe à l'état civil. Pour permettre cette analyse, il importe de formuler quelques éclaircissements liminaires, avant que puissent être abordées les questions relatives 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 centrale pour apprécier l'opportunité d'une évolution du droit sur la question. L'état civil se compose d'un ensemble d'éléments identifiants de la personne, tels que le sexe, la date et le lieu de naissance et du décès, ou encore le prénom et le nom. Il précise la situation d'une personne, à la fois sur le plan familial et social.

L'état civil possède une dimension d'ordre public, sa principale fonction étant de permettre l'identification juridique de la personne. Au-delà, l'état civil joue un rôle d'individualisation et contribue à conférer à l'individu son identité juridique. Il constitue également un moyen de preuve. Le registre d'état civil est un acte authentique soumis au contrôle de l'autorité publique. Dressé par l'officier d'état civil, il garantit la pertinence des informations qui y figurent. Il possède également un caractère impératif. Ainsi, l'officier d'état civil, ou même le notaire, doivent impérativement se fonder sur ce document pour attester d'éléments de capacité. Son intensité probatoire est importante : « *scripta publica probant se ipsa* », (*les écrits publics font preuve par eux-mêmes*).

L'importance sociale de l'état civil apparaît en négatif lorsqu'on envisage son absence. La présence des actes civils contribue à instituer le sujet de droit. 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* »<sup>3</sup>. L'ambivalence de la notion d'identité est manifeste, elle est à la fois individuelle et collective. 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 des normes et des valeurs et en précise les caractères de rattachement. La notion d'identité serait mue par une volonté d'assurer l'immutabilité des « *caractéristiques définitivement acquises* »<sup>4</sup>.

**À cette première dimension de l'identité s'ajoute la volonté de reconnaître et de garantir la singularité de chaque individu. En ce sens, il existe autant d'identités que de membres de la communauté humaine<sup>5</sup>. Pour autant, l'identité statutaire ou civile ne saurait être confondue avec l'identité sociale ou subjective<sup>6</sup>.**

L'identité civile se construit dans un ensemble de critères juridiques permettant l'attribution de certains caractères dans un objectif de police civile : nom, prénom, sexe et date de naissance. L'état civil remplit avant tout un objectif de sécurité.

L'identité sociale, quant à elle, est perçue à la fois par l'individu lui-même et par le groupe social (famille ; amis ; relation de travail, etc) auquel il appartient. En outre, l'identité statutaire s'attache à des éléments présents et reconnus dans le groupe comme constitutifs de l'état des personnes<sup>7</sup>. Elle permet d'assurer la dépendance avec l'état qui a la charge de déterminer ces règles d'individualisation<sup>8</sup>.

La personnalité juridique (la reconnaissance de la qualité de sujet de droit) est effective dès la naissance, l'acte de naissance, première pierre de l'état civil, apparaît comme « *une pièce maîtresse* »<sup>9</sup>.

Ainsi, la personne apparaît *ab initio* « *conditionnée* » par l'existence des actes d'état civil, les normes internes exigeant que tout individu sans état civil s'en voit fournir un. Au plan international, dans un but de protection, deux grands corps de règles prévoient la nécessaire production par les États d'un acte d'état civil identifiant, quels que soient les individus :

- L'Article 8 2° de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit que « *si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible* » ;

---

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

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

<sup>5</sup> J. POUSSON-PETIT (dir.), *Ibid.*, p. 25 ; M., QUILLIOU-RIOUAL, *op. cit.*

<sup>6</sup> A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes » dans *Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004.

<sup>7</sup> J., BECQUART, *Les mots à sens multiples en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, Thèse, Lille, 1928, p. 99 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens.*, Montchrestien, Domat, 2001, n°530 et s. ; A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p. 249.

<sup>8</sup> J. POUSSON-PETIT (dir.), *Ibid.*, p. 19.

<sup>9</sup> C., CHILAND, *Changer de sexe*, ODILE JACOB, 1997, p. 185.

- L'article 27 de la Convention de Genève précise, quant à lui, que « *les Etats contractants délivreront des pièces d'identité à tout réfugié se trouvant sur leur territoire et qui ne possède pas un titre de voyage valable* ».

Les éléments de l'état civil permettent de déterminer, dans un premier temps, des critères identifiants de la personne. Ils permettent d'appréhender sa nature et sa capacité, au regard de son âge, de sa nationalité ou 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 critères qui permettent de l'individualiser.

L'état civil peut être défini comme l'ensemble « *des éléments dont le droit tient compte pour individualiser les personnes physiques et qui permet de situer l'individu concerné* »<sup>10</sup>. Il serait néanmoins réducteur de considérer que l'état civil est seul élément constitutif de notre identité juridique. Si les actes d'état civil participent certes à l'individualisation des personnes, laquelle est, notamment, nécessaire pour connaître leurs droits et leurs obligations, une position tendant à assimiler l'état de la personne et l'état civil<sup>11</sup> n'apparaît pas pleinement satisfaisante.

Dans la prise en compte de l'état civil, plusieurs auteurs préconisent cependant son intégration large et plénière comme élément général de l'état des personnes<sup>12</sup>. Dans cette analyse, l'état de la personne équivaut aux éléments présents dans son état civil<sup>13</sup>.

D'agissant du sexe sa pertinence comme élément de l'état des personnes est discutée<sup>14</sup> et il est possible de s'interroger sur l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil.

Envisager une évolution des éléments pertinents de l'état civil ne conduit aucunement à remettre en cause son existence.

L'utilité de l'état civil demeure essentielle : certaines informations nécessitent un enregistrement précoce : la date de naissance, pour assurer les règles de capacité des majeurs et des mineurs, le nom de famille, les éléments relatifs à la filiation, permettant la mise en œuvre des obligations à la charge des parents. Néanmoins, même si l'état civil, ne constitue en droit qu'un outil probatoire, attestant notamment de la capacité des personnes à réaliser des actes juridiques, il est notable qu'il se voit utilisé comme un outil de reconnaissance sociale des individus<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Sous la direction de R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, au titre « *Identité* », 7e. éd., LEXISNEXIS, 2016.

<sup>11</sup> J. CARBONNIER, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, PUF, 21e édition, 2000, n° 76, p. 135.

<sup>12</sup> H. CAPITANT, V° état civil in *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 2001

<sup>13</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER, *Traité pratique de droit civil français*, T. 1, Les personnes, LGDJ, 1952, n° 13 qui écrivent « *on appelle état d'une personne certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques* ».

<sup>14</sup> M. GOBERT, « *Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution)* », *RTD civ.* 1992, p. 489.

<sup>15</sup> Sur la question des personnes transgenres, J. COURDURIERS, « *Re-naître à l'autre sexe – Changement de prénom et de sexe à l'état civil* », *États civils en questions – Nom, papiers et sentiment de soi*, sous la direction de A. FINE, Paris, édition du CTHS, 2008, p. 225-242.

Dans cette perspective, une interrogation demeure sur la façon dont est perçue la notion de sexe à l'état civil.

Définir la notion de sexe nécessite de s'interroger sur son origine mais aussi sur les différents approches qui lui sont attachés. L'étymologie du terme sexe apparaît étonnamment difficile à délimiter, de la même manière sa définition légale reste insaisissable<sup>16</sup>. Plusieurs sources sont envisagées pour le mot sexe. Le latin use du terme *sexus*, dont la source latine est à rechercher dans *secare* qui signifie couper, diviser. Le sexe divise donc ! Le terme peut aussi être rapproché du grec « hexis », qui signifie « l'état d'une personne ». Par conséquent, le sexe, originellement, s'intègre dans une division. Le sexe « trancherait » entre l'état d'homme et l'état de femme. Le dictionnaire Littré retient pour sa part la définition suivante :

« *Différence constitutive du mâle et de la femelle dans les animaux et les plantes. Le sexe mâle. Le sexe femelle. Beaucoup de plantes réunissent les deux sexes dans leurs fleurs* ».

Les évolutions des sciences « dures » et celles des sciences sociales ont conduit à ne plus circonscrire le sexe dans une simple réalité anatomique<sup>17</sup> lorsqu'il s'agit d'opérer une distinction entre les identités d'homme et de femme. La science découvre dans le sexe des modalités d'expressions diverses. Les premières furent objectives avec la composante chromosomique, l'identité sexuelle pouvant ainsi être recherchée dans le génome humain et par la présence d'une 46ème paire de chromosomes XX ou XY, cette identité génétique n'étant alors en aucun cas liée à l'expression de l'individu. Le sexe hormonal est également présent. Il permet de distinguer les sexes par la sécrétion d'hormones nécessaires à la reproduction. Enfin, l'approche phénotypique du sexe permet d'établir une distinction fondée sur les manifestations visibles du sexe principal mais aussi secondaire, telles que la pilosité, la pomme d'Adam, la largeur du bassin etc.

D'autres modalités de distinctions, plus subjectives, apparaissent à l'époque contemporaine. Le sexe, parfois qualifié de psychosocial, est alors déterminé par le sentiment d'adhésion ou de rejet partiel ou total de l'individu à une catégorie d'appartenance, mais aussi par la conduite sociale de l'individu, conforme à des canons masculins ou féminins<sup>18</sup>.

Au plan juridique, la loi ne définit pas la notion de sexe<sup>19</sup>, il est considéré comme une « *catégorie juridique institutionnalisée mentionnée à l'état civil* »<sup>20</sup>, présente dès

---

<sup>16</sup> Contexte « *En l'absence de définition légale* (M.-L. RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 655), la notion de sexe se révèle « *insaisissable* ». Son abord juridique est particulièrement hésitant (D. 2012. 1648, note F. VIALLA) ».

<sup>17</sup> L. LEVENEUR, *La différenciation des sexes en droit privé contemporain, Le sexe, la sexualité et le droit*, Actes du XVIIe colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, p. 77

<sup>18</sup> Autrement les « *expressions de genre* ». V. E., SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective*, Conseil de l'Europe, nov. 2013, p. 8.

<sup>19</sup> M.-L. RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 655.

<sup>20</sup> A.-M., LEROYER, « *L'état civil au prisme du genre : un révélateur de discriminations* », propos recueillis à l'occasion des 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'émission de l'acte de naissance<sup>21</sup>. Il figure dans le Code civil de 1804<sup>22</sup>, créant l'état civil moderne.

Le sexe considéré comme un élément essentiel de l'état des personnes souffre cependant de son absence de définition légale. Faute d'une approche juridique univoque, la notion en devient équivoque. Un auteur relève que « *les définitions juridiques, tant doctrinales que jurisprudentielles se fondent essentiellement sur les deux critères de la morphologie et de la génétique* »<sup>23</sup>. Comme le rappelle M. 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 [...]* »<sup>24</sup>.

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 »<sup>25</sup>.

**Dans cette perspective le sexe confine, partiellement au moins, au genre. M. Hammarberg, commissaire européen aux droits de l'Homme soulignait que « Le sexe de la personne est généralement déterminé à la naissance, puis il devient un fait juridique et social »<sup>26</sup>. De manière voisine, M. Reigné considère que « le sexe juridique, compris dans l'état des personnes, est un sexe social ; il relève donc entièrement du genre »<sup>27</sup>.**

Les évolutions du sexe comme élément de distinction entre les catégories « femmes » et « hommes », font échos à l'émergence du concept de « Genre ». La première définition du Genre a été donnée, dans une optique médicale, par John Money, le genre étant pour lui, chez chaque individu, les « *deux faces d'une même pièce de monnaie* »<sup>28</sup> : d'une part le « *rôle du genre* » comme la représentation sociale, d'autre part « *l'identité de genre* » comme le sentiment intime, les deux constituant le « *coeur de l'identité de genre* ».<sup>29</sup>

### **Money définissait ainsi la notion de genre :**

---

<sup>21</sup> Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

<sup>22</sup> Art. 57, Code civil de 1804 : « *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, professions et domicile des père et mère, et ceux des témoins* ».

<sup>23</sup> B. PY, *Le sexe et le droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, p. 6.

<sup>24</sup> Ph. Reigné, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », JCP, 2011, 480

<sup>25</sup> VIALLA, F., « Le transsexualisme », in VIALLA, F. (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 139.

<sup>26</sup> 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>], p. 5

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> C. FORTIER et L. BRUNET, « Changement d'état civil des personnes trans en France : du transsexualisme à la transidentité », dans *Droit des familles, genre et sexualité*, ANTHEMIS, 2012, p.163

<sup>29</sup> J. MONEY et A. EHRHARDT, "Man and woman, boy and girl : the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity", Baltimore, *Johns Hopkins University Press*, 1972. J. MONEY, psychologue dans le service d'endocrinologie pédiatrique de l'hôpital John Hopkins de Baltimore,

« *L'identité de genre est l'expérience privée du rôle de genre, et le rôle de genre est la manifestation publique de l'identité de genre. Tous deux sont comme les deux côtés d'une même pièce de monnaie, et constituent l'unité du noyau de l'identité de genre. L'identité de genre est le fait d'être le même, l'unité et la persistance de l'individualité en tant que mâle, femme, ou androgyne, à un plus ou moins grand degré, spécialement telle qu'elle est éprouvée dans la conscience de soi et le comportement* ». <sup>30</sup>

Toutefois l'approche de John Money se voit critiquée du fait que la seconde partie de sa théorie qui institue dans l'identité de genre à la naissance l'élément structurant face au rôle de genre adopté par l'individu par la suite. John Money est un partisan du sexe comme déterminant de « *l'élevage* »<sup>31</sup> de l'enfant, l'attribution d'un sexe chez l'enfant en étant la médiane. L'application de sa théorie veut qu'en modifiant l'identité à la naissance le rôle serait ainsi reconstruit. Cependant, le scandale survenu à la suite de « l'affaire » David Reimer a nuí aux travaux de Money. Victime d'un accident lors d'une circoncision, un jeune enfant, David Reimer, a subi une pénectomie. Il fut ensuite décidé de l'ablation des testicules et de « l'assignation » de l'enfant dans un sexe féminin. Cependant, à la suite des chirurgies et de l'éducation genrée reçue par ses parents, le jeune David, appelé Brenda, se trouva dans une situation de mal-être identitaire extrême le poussant à l'adolescence à entreprendre un parcours de réversion pour revenir à une identité anatomique masculine. Il mettra fin à ses jours en 2004. Ces éléments eurent un fort impact critique sur la théorie de Money et plus généralement sur les pratiques d'assignations utilisées sur des personnes atteintes d'une variation du développement sexuel. Par-delà l'approche médicale du genre, d'autres travaux eurent pour objectif d'assurer la mise en œuvre d'une conception revisitée du genre.

L'ensemble des études américaines ancrent le « *gender* », le genre, dans une approche anglo-saxonne. La traduction exacte du *gender* est elle-même source de difficultés<sup>32</sup>. Le terme anglais n'ayant qu'un seul sens, la polysémie du terme en français peut induire certaines confusions<sup>33</sup>. En effet, aux termes anglais « *male and female* » (mâle et femelle), les documents français substituent les termes d'homme et de femme ou masculin/féminin (qui grammaticalement relèvent du genre). Le sens commun français expose ainsi que le genre est un « *ensemble d'êtres ou d'objets*

---

<sup>30</sup> Cité par C. CHILAND, op-cit. pp. 16-17 ; cf. J. MONEY, « The concept of Gender Identity Disorder in Childhood and Adolescence and After 37 years », in *Gender Identity and Development in Childhood and Adolescence*, A two-day International Conference at St. George's Hospital, London, CONFERENCE PROCEEDINGS, 1992, pp. 3-31, pp. 12-13.

<sup>31</sup> Il s'agit d'anglicisme introduit en France par les "gender studies"

<sup>32</sup> D'ailleurs, la Commission générale de terminologie et de néologie a proscrit le terme de genre dans la langue française, v. L., LAUFER, F., ROCHEFORT (dir.), *Qu'est-ce que le genre ?*, Paris, Payot, coll. Petite Bibliothèque Payot, 2014., p.10. Il a été, un temps question de « *tempérament* », faisant référence aux traits de caractère, les tendances à la douceur ou à la violence ou encore la créativité pour désigner le « *gender* », or, cette notion de tempérament se trouve incompatible avec le but des études sur le genre : la déconstruction des stéréotypes. En effet, ces tempéraments constituent les traits de caractères attendus chez l'homme ou la femme, soit, l'objet de la déconstruction, v. M., MEAD, *Mœurs et Sexualité en Océanie*, Paris, PLON, 1963. Sur l'évolution du genre en France, v. E., FASSIN, « *L'empire du genre. L'histoire politique ambiguë d'un outil conceptuel* », *L'Homme*, 2008, p. 187-188 ; L., PARINI, « *Le concept de genre : constitution d'un champ d'analyse, controverses épistémologiques, linguistiques et politiques* », *Socio-logos*, 5, 2010.

<sup>33</sup> En français, le genre touche à la grammaire, au naturaliste, à la littérature ou encore au langage commun. V. I., LÖWY, H., ROUCH, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du Genre*, n°34, p. 5.

ayant la même origine ou liés par la similitude d'un ou de plusieurs caractères »<sup>34</sup>. Le genre Français s'émancipe alors de la vision américaine qui tend à trouver dans le « gender » un élément complémentaire au sexe anatomique, chromosomique ou physiologique.

Face à l'approche transversale du « gender » américain, la Commission nationale de terminologie et de néologie avait conclu, en 2005, à l'inutilité de l'intégration de la notion car les références au sexe binaire demeuraient ; le genre ne constituant pour certains que l'expression du « *statut social en fonction du sexe construit par toutes les sociétés, qu'elles reconnaissent deux sexes ou davantage* »<sup>35</sup>.

L'acception moderne du genre intègre une dimension subjective dans la distinction entre masculins et féminins. Le genre s'exprime alors comme une « *qualité[s] de masculinité et de féminité que l'on trouve dans une personne* »<sup>36</sup>. Du fait de cette volonté de définir dans le genre les qualités inhérentes à la masculinité ou la féminité, plusieurs nuances furent établies, redéfinissant les contours de la notion. Parfois, le genre s'inscrit dans un régime fondé sur une auto-perception de ses qualités, par un sentiment ou une identité<sup>37</sup>. Parfois le genre sera une simple expression d'un système<sup>38</sup>, voire un simple attribut permettant de délimiter un comportement social<sup>39</sup>. De ces variations naît le constat que le genre oscille dans son acception entre une dimension auto-perçue et un construit social.

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* »<sup>40</sup>.

Confronté à ces convergences et divergences des notions de sexe et de genre, émergent les problématiques particulières du transgenre et de l'état d'intersexuation.

---

<sup>34</sup> D., BORILLO, « Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ? » in A., SCHUSTER, *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Forum, 2011 [En ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01243071>]. Consulté le 2 janvier 2016], p.42.

<sup>35</sup> C., CHILAND, op-cit., p. 68

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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<sup>ème</sup> 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.

<sup>39</sup> Réappropriation de la définition de A. OAKLEY, *Sex, Gender et Society*, par J., DE GANCK, op. cit., p.8.

<sup>40</sup> Loi argentine, n°26.743, 23 mai 2012, établissant le droit à l'identité de genre, Traduction non officielle réalisée par Transgender Luxembourg.

Au titre du transsexualisme de multiples approches, acceptions et définitions sont proposées entre transidentité, transgenre<sup>41</sup> ou encore dysphorie de genre. Pour appréhender ces « variations » terminologiques et notionnelles plusieurs ouvrages tentent d'illustrer une définition de ses éléments. Parmi ces ouvrages il paraît possible de citer *La Transcyclopédie* ou encore le numéro spécial de la revue *National Geographic* consacré au Genre.

Il convient de noter qu'une approche anthropologique permet de constater que les personnes transsexuelles ou transgenres se voient reconnaître une identité propre dans d'autres sociétés. Ainsi en est-il à titre d'exemple des *rae rae*<sup>42</sup> polynésiens. Dans ce champ notionnel vaste, il apparaît utile d'établir une grille de lecture des éléments nombreux touchant à la transidentité. La transidentité trouve un synonyme courant dans le terme transgenre quand elle vise des « *sujets qui se sentent généralement appartenir à un seul genre, mais ce genre est différent du genre biologique dans lequel ils sont nés* »<sup>43</sup>.

La transidentité apparaît dès lors comme voisine du transsexualisme. La personne transsexuelle se distingue par une volonté plus affirmée de changer de genre. Le transsexuel se dévoile par la mise en œuvre d'une démarche de transition dont le but est d'appartenir sans retour au sexe opposé<sup>44</sup>. Dans ce cas, pour l'individu transsexuel, la volonté d'ôter toute confusion avec son sexe véritable engendre cette prise de position. Un terme commun de « trans » est envisageable pour aborder la question des personnes transgenres mais aussi transsexuelles, mais sera limité ici à la situation des personnes transsexuelles<sup>45</sup>.

Enfin, le terme parfois utilisé de dysphorie de genre cantonne le transsexualisme à un mal-être psychique. La dysphorie de genre s'inscrit dans une acception pathologique du transsexualisme permettant toutefois une prise en charge par le régime de sécurité sociale au titre d'une affection longue durée (ALD) hors-listes. Nonobstant cette pathologisation du transsexualisme, il convient de rappeler que, depuis 2010, la prise en charge ne s'effectue plus au titre des troubles psychiatriques. De ce fait, il sera préférable d'utiliser les termes de transsexualisme et de transgenre au détriment de celui de dysphorie de genre.

Il faut ici préciser que le transsexualisme ne peut être considéré comme une variante de genre sans *disorders of sex development* (D.S.D)<sup>46</sup>. La question des états d'intersexuations doit faire l'objet d'une approche et de développements autonomes,

---

<sup>41</sup> Sur un point terminologique au sujet des transsexuels, l'ensemble de ces individus constitue la communauté transgenre qui comprend précisément les « *transsexuels déjà ou pas encore opérés, mais aussi des personnes qui choisissent de ne pas subir d'opération ou qui n'ont pas accès à la chirurgie* », puis ils deviennent transsexualisés une fois que le changement juridique de sexe a eu lieu. V. T., HAMMARBERG (Commissaire aux droits de l'Homme), *Droits de l'homme et identité de genre*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009.

<sup>42</sup> F. BAUER, *Raerae de Tahiti : rencontre du troisième type*, Haere po, 2016

<sup>43</sup> L.-E, PETTITI, « *Les transsexuels* » PUF, coll. « *Que sais-je ?* », 1992, p.78.

<sup>44</sup> R. KÜSS Le sentiment « *profond et inébranlable* », , op. cit., p.819.

<sup>45</sup> Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans\* et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg*, Novembre 2012, p. 45.

<sup>46</sup> Il est également question de G.I.D. pour « *gender identity disorder* ». H.F.L., MEYER-BAHLBURG, « Lignes de conduite pour le traitement des enfants ayant des troubles du développement du sexe », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 56(2008), p. 339., en opposition aux variantes de genre avec D.S.D. que constitue l'intersexuation physique, dont sont porteuses les personnes dites intersexes.

même si les questions de droit soulevées peuvent apparaître comme relativement voisines.

Parallèlement à l'abord du genre, l'approche de la notion de « sexe » évolue. L'évolution des connaissances scientifiques conduit à faire de la catégorisation binaire des individus, dans un sexe mâle et un sexe femelle, une véritable gageure. Les nuances dans les expressions du sexe engendrent des problématiques autour de l'état d'intersexuation.

Dorénavant, les avancées en matière de déterminisme sexuel permettent de mettre en exergue les « *variations naturelles de l'espèce humaine* »<sup>47</sup>. Ces différentes variations de l'état furent exposées comme :

« *Un éventail de conformations anatomiques qui ne relèvent pas des catégories standards « mâle » et « femelle » et qui peuvent résulter de variations chromosomiques, hormones, gonadiques ou génitales* ». <sup>48</sup>

Ces personnes aux caractéristiques sexuées différentes sortent donc des règles qualifiantes qui distinguent homme et femme<sup>49</sup>. Longtemps reléguées au statut d'Hermaphrodites, leurs positions dans la société relèvent parfois d'une « *tragic joke of nature* »<sup>50</sup>. Toutefois, les qualifications contemporaines de ces individus évoluent. À l'utilisation de qualificatifs génériques, tels que personnes atteintes de « *troubles* » ou de « *désordres* », se voit préférée l'expression de « *personnes possédant une variation du développement sexuel (V.D.S)* »<sup>51</sup>.

Les travaux portant sur l'état d'intersexuation et ceux abordant le transsexualisme, insistent sur la nécessaire distinction des approches. Ils présentent cependant socle commun dans l'identité de genre confrontée à la sexuation binaire de l'état civil. L'état civil, ancré dans le principe de l'indisponibilité, s'illustre par son incapacité à inclure les demandes des personnes confrontées, à quelque titre que ce soit, à l'impasse que constitue l'assignation sexuée originelle.

Il convient ici de s'attarder sur certains termes et principes gouvernant l'état civil et singulièrement sur le principe d'indisponibilité qui ne saurait être confondu avec l'intangibilité, l'immutabilité et d'autres notions voisines.

---

<sup>47</sup> M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p. 88.

<sup>48</sup> Traduit par nous-même. A. B., BARATZ, « Intersex/Differences of Sex Development : Clinicians and Community Collaborating for Change », *Dialogues in Pediatric Urology*, déc. 2016, p.4.

<sup>49</sup> E., SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective*, Conseil de l'Europe, nov. 2013, p. 8.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> La terminologie à employer reste encore aujourd'hui controversée dans un souci de rendre ces variations humanistes et non stigmatisantes. V. M., GOBERT, *Ibid.* ; I.A., HUGHES, C., HOUK, S.F., AHMED, P.A., LEE, LWPEES Consensus Group, ESPE Consensus Group, *Consensus statement on management of intersex disorders*, Arch. Dis. Child., 2006 ; 91, 554-63. Aussi, tour à tour dans un souci de diversité lexicale nous utiliserons les termes intersexes ou personnes porteuses de V.D.G., nous espérons sincèrement ne pas froisser les sensibilités et faisons à toutes fins utiles que l'existence même de ces travaux suffisent à démontrer l'intérêt bienveillant porté sur ces sujets.

Le dictionnaire de l'Académie française définit et précise le mot « *intangible* » qui désigne « *Qui ne peut subir d'atteinte, d'altération ; qui doit rester intact* »<sup>52</sup>. « *Disponible* » désigne ce « *dont on peut user à son gré (...). Qui est libre, dégagé de toute contrainte* ». S'il est précédé du préfixe, in-, pour marquer la négation, alors « *indisponible* » marque l'impossibilité « *d'user à son gré* ».

Les immortels du Quai Conty, soulignent qu'en droit « *indisponible* » détermine ce « *dont la loi ne permet pas de disposer* », en d'autres termes ce qui ne peut varier par le seul effet de la volonté de l'individu ou d'un groupe social. Dans le même sens, les dictionnaires du vocabulaire juridique précisent que :

- « *l'indisponibilité de l'état des personnes* » est un « *principe en vertu duquel l'état civil et la capacité des personnes ne peuvent faire l'objet d'une convention* »<sup>53</sup> ;
- « *l'indisponibilité* » est « *l'état d'un bien, d'un droit ou d'une action qui échappe au libre pouvoir de la volonté individuelle par interdiction ou restriction d'en disposer* »<sup>54</sup>.

La question du sexe à l'état civil se voit liée à cette idée que l'identité sexuelle étant déterminée dans les premiers temps suivant la naissance, le principe d'indisponibilité conduit à une forte réticence à l'endroit de toute modification future. Le cadre juridique de l'état civil se révèle alors relativement hermétique à la considération de l'auto-perception de son identité par la personne. Pourtant, le droit n'est pas toujours figé et des évolutions ont été induites par la réception de la notion de genre. Le genre étant un construit, déterminé et ouvert, il permet de voir dans le sexe un élément d'expression de la volonté personnelle doublée d'une reconnaissance sociale. Toutefois, même si la réception timide du genre ouvre la question de la disponibilité de l'état, le droit demeure le plus souvent fidèle à la notion de sexe.

Les dernières évolutions au titre de la loi de modernisation pour une justice du 21<sup>ème</sup> siècle de novembre 2016, mais encore la loi sur le mariage pour tous de 2013, virent les notions de sexe, de genre et d'identité bouleversées. Le rôle de l'état civil n'est pas épargné par ces mutations : « *l'état civil [...] est emporté peu à peu dans le tourbillon de l'autonomie de la volonté* »<sup>55</sup>. Les travaux de Justine Fontana<sup>56</sup> démontrent aussi que :

*« Là où auparavant l'état civil remplissait une mission d'identification des individus au service de la sécurité juridique, à l'aide du traditionnel triptyque indisponibilité, immutabilité et imprescriptibilité, aujourd'hui, il semble en passe de devenir le lieu privilégié d'exercice des droits relatifs à l'identité de genre,*

---

<sup>52</sup>V. aussi l'approche du Centre national de ressources textuelles et lexicales : <http://www.cnrtl.fr/definition/intangible> : « *Que l'on ne doit (ou ne peut) pas changer, modifier ; auquel on ne doit pas porter atteinte. Synon. immuable, inviolable* ».

<sup>53</sup>R. CABRILLAC. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 7e. éd., LEXISNEXIS, 2016.

<sup>54</sup>S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23e éd., DALLOZ, 2016.

<sup>55</sup>J. HAUSER, « *Transsexualisme : changer à quelles conditions* », *RTD civ*, 2008, p.271.

<sup>56</sup>Thèse de J. FONTANA, (soutenue au moment de la publication du rapport)

*comme c'est déjà le cas dans d'autres pays, parfois moins progressistes que le nôtre* ».

Face à ces évolutions, l'état civil se transforme en « *une institution traditionnelle confrontée à la vie contemporaine qui exige efficacité et exactitude, mais reste aussi gardienne de la vie privée des individus* »<sup>57</sup>, notamment au titre de l'identité de genre. La démarche fondée sur la « compréhension » du droit envers les personnes trans et intersexes favorise une évolution du rôle de l'état civil comme si « *les règles juridiques [n'étaient] plus perçues comme de simples questions de police administrative : elles sont investies psychologiquement par les individus et conduisent à des revendications juridiques* »<sup>58</sup>. L'état civil devient alors « enjeu » de reconnaissance.

La notion de sexe et de genre performatif ou bi-catégorisation de genre<sup>59</sup> renvoient à ce changement de rôle de l'état civil, et disposent que le sexe est appréhendé par rapport au but poursuivi. *On dit le sexe à la naissance* pour permettre la réalisation de l'éducation genrée. « *On dit le genre pour faire le genre* »<sup>60</sup>. Cette acception relative au rôle performatif, dans le cadre d'une analyse anthropologique et sociétale, permet de s'interroger sur l'approche juridique de la question du sexe à l'état civil tendrait à s'intégrer de la manière suivante : « *Dit-on le sexe/genre pour faire le droit, la capacité ?* »

En réponse, une auteure expose que l'acte d'inscription de l'officier de l'état civil est aussi performatif<sup>61</sup>. Il engendre des effets en droit mais aussi des effets sur la place de l'individu dans la société. Mais aujourd'hui, l'énoncé performatif ne dessert plus un rôle juridique identifié. L'officier a-t-il besoin de « performer »<sup>62</sup> le sexe social et civil quand la dimension civile du sexe n'a plus réellement d'effets ?

Il serait possible de répondre que « *l'état civil [...] n'est plus seulement un moyen de preuve mais remplit un rôle essentiel dans la constitution de l'identité psychologique* »<sup>63</sup>. L'institution de l'état civil permettrait donc la reconnaissance sociale<sup>64</sup>. D'imposé il deviendrait revendiqué !

La passation de l'état civil en outil de constitution de l'identité psychologique<sup>65</sup>, qui peut parfois s'analyser en une véritable « *privatisation* »<sup>66</sup>, interroge sur la pertinence de cette évolution, mais renforce encore la nécessité d'assurer une réflexion globale sur l'opportunité d'une réforme.

## Modalités de Recherche

---

<sup>57</sup> J. AUDIER, *Vie privée et actes de l'état civil*, Études offertes à Pierre Kayser, p. 5.

<sup>58</sup> P. MURAT, *Droit de la famille*, DALLOZ, 2016, p.51-52.

<sup>59</sup>C. FORTIER et L. BRUNET, « Changement d'état civil des personnes trans en France : du transsexualisme à la transidentité », dans *Droit des familles, genre et sexualité*, ANTHEMIS, 2012, p.163.

<sup>60</sup> J.-L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, SEUIL, coll. Points Essais, 1970.

<sup>61</sup> J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, Paris, LA DÉCOUVERTE, 2005, pp. 263-264.

<sup>62</sup> Anglicisme signifiant « réaliser »

<sup>63</sup> D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, préf. F. TERRÉ, p.1.

<sup>64</sup> A.-M. LEROYER, op-cit., p.270.

<sup>65</sup> A., FINE (dir.), *Etats civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi*, Paris, EDITIONS DU CTHS, 2008, p. 7.

<sup>66</sup> J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011, p.46.

Afin de comprendre comment cette interrogation générale a été abordée dans le cadre de la présente étude, il convient de revenir sur les modalités de travail réalisé.

## **Hypothèses de départ**

Le contexte de la soumission du projet tenait au constat que depuis quelques années, la notion de genre attisait les passions, opposant les revendications d'une neutralité dans l'appréhension de l'identité sexuelle de la part des uns, aux inquiétudes de dérives de la part des autres. D'un point de vue juridique, la notion de genre restait d'interprétation et d'acceptation délicates, même si la consécration du terme par la Convention sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes, dite Convention d'Istanbul<sup>67</sup>, a pu conduire à considérer que « *l'intégration du genre dans notre ordre juridique est dorénavant inévitable* »<sup>68</sup>. Elle relève toutefois d'un véritable enjeu de société, spécialement au travers de la question de la mention du sexe à l'état civil. Aussi, deux situations problématiques ont pu être relevées en la matière, l'hypothèse de l'intersexuation et celle du transsexualisme, qui sans être confondues doivent être abordées d'emanière transversale.

### ***Les possibilités d'une réponse globale***

Qu'il s'agisse de l'hypothèse des personnes dites intersexuées ou de celle des personnes transsexuelles, la problématique soulevée par la mention du sexe à l'état civil renvoyait à l'adéquation ou l'inadéquation entre, d'une part le sexe *médicalement ou socialement* reconnu, et d'autre part, le sexe *juridiquement* établi.

D'un point de vue juridique et compte tenu des différentes questions posées, deux aspects doivent être soulevés :

- La pertinence des conditions d'établissement et de rectification/modification de l'acte de naissance s'agissant de la mention du sexe ;
- La pertinence du recours à l'intervention médicale au regard des conditions de licéité de celui-ci.

L'analyse de ces deux points initiaux permet une approche des mécanismes juridiques d'inscription et de réinscription de la mention du sexe sur l'acte de naissance.

## **Méthodologie retenue pour la recherche**

Compte tenu des hypothèses dégagées, la méthodologie retenue pour la recherche prévoyait que l'étude se divise en deux phases successives sur une durée totale de 24 mois : une phase exploratoire (Phase 1) et une phase d'analyse et de propositions (Phase 2).

---

<sup>67</sup> Convention du Conseil de l'Europe signée par la France le 11 mai 2011 et ratifiée le 4 juillet 2014.

<sup>68</sup> J. CHARRUAU « L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA* 2015, p. 127. Il faut également noter que le Parlement européen comporte une Commission des droits de la femme et de l'égalité des *genres*, qui prépare chaque année un rapport dont l'objet est d'évaluer les progrès faits pour l'égalité des genres.

La phase exploratoire visait à établir un état des lieux le plus complet possible de la question. Elle se divisait ainsi en deux tâches complémentaires : une analyse théorique portant sur les aspects doctrinaux, législatifs et jurisprudentiels, dans une perspective nationale, internationale et de droit comparé (tâche 1) ; et une analyse pratique destinée à mener des recherches de terrain (tâche 2).

La phase d'analyses et de propositions devait permettre de répondre aux objectifs formulés par le présent projet de recherche au regard de la première phase. Elle consistait en la rédaction de recommandations.

Malgré l'évolution législative et jurisprudentielle en cours de réalisation de la recherche qui a nécessité un certain réajustement des opérations, la première partie exploratoire nous a permis d'exposer les différentes législations et d'analyser les éléments qui bâtissent l'argumentation sur éventuelles modifications légales à apporter. Le rapport aborde diverses législations étrangères dont l'étude apporte des éléments de réflexion sur les perspectives d'évolution du système français. À titre d'exemple, dans le cadre d'une proposition visant à la protection du mineur face aux actes médico-chirurgicaux d'assignation, la loi Maltaise prévoyant expressément une protection face à ces atteintes sera précisée.

Au-delà d'une simple approche comparée, ce rapport est entrepris dans une approche pluridisciplinaire. De telles questions ne peuvent être l'affaire que du droit, l'opportunité d'une réforme ne se cantonnant pas à cet élément. En outre la question touche la société dans son intégralité, la bicatégorisation entre les hommes et les femmes pouvant, par exemple, remettre en cause la conception classique de famille.

En outre, plus qu'une étude, le rapport confronte le droit et ce qu'est devenue la société dans les nouvelles exigences de ses composantes qu'elles soient impliquées ou simplement concernées par ces évolutions. La confrontation touchera aussi ce que « dit le droit » face aux actes médico-chirurgicaux réalisés.

À ce titre, de multiples entretiens ont été menés :

- Au CHRU de Lille, de Paris et de Bordeaux dans les divers services de ces hôpitaux ;
- Au CHRU de Montpellier sur le cas des jeunes intersexes, au sein du comité d'éthique d'établissement et au sein du service de chirurgie pédiatrique ;
- Dans les villes de Paris, Montpellier, Bordeaux et Lille, par des entrevues avec des personnes transsexuelles, qui pour préserver leur vie privée seront protégées dans ce rapport par un principe d'anonymat ;
- À l'association « Angell » à Montpellier, l'association de jeunes LGBT+ de Montpellier, qui assure un accueil et une permanence pour les jeunes LGBT et des actions de d'information et de prévention dans les lycées de la région ;
- À l'association « Refuge », association accueillant des jeunes personnes mises à la rue du fait de leur homosexualité ou de leur identité de genre. Un tel rapport ne

pouvant se faire qu'en prenant compte des demandes des acteurs eux-mêmes et de ceux qui en assurent la prise en charge ;

- À la Cour d'appel de Montpellier plusieurs réunions se sont tenues tant avec les magistrats du siège qu'avec le Parquet

- Au sein de l'Université Pontificale de Buenos Aires en Argentine avec la participation du Professeur Nicolás Lafferriere et de la Professeure Ursulla Basset Directrice du Centre de Recherche en Droit de Famille Université Catholique Argentine et Directrice de Recherche en Sciences Juridiques, Université Austral ;

- Avec Monsieur Jean Sébastien Sauvé, docteur en droit spécialisé sur la question du « genre » en droit canadien, à l'Université de Montréal ;

- Avec le Professeur Bernhard Kre e, (FernUniversit t Hagen Allemagne) ;

- Avec l'équipe du Professeur Bruno Py (Université de Lorraine).

En sus de ce travail d'entretiens, une étude sur les usages des termes sexués par le législateur fut réalisée, l'objectif étant de référencer l'ensemble des occurrences des termes abordant le sexe ou le genre des individus dans les Codes et les lois postérieures à 1995. Les termes utilisés afin d'établir cette étude furent les termes « Sexe », « Homme », « Femme » et « Genre ». Le résultat de cette analyse a permis de catégoriser les évolutions quantitatives des références à ces termes dans un référentiel chronologique, mais aussi en fonction de leur utilisation.

Le travail a aussi nécessité une étude approfondie du droit français et de son évolution au cours des dernières années. Récemment encore, l'adoption de la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle a soulevé un certain nombre d'interrogations. Qu'en est-il, par exemple de sa potentielle application aux personnes intersexes<sup>69</sup> quelles sont ses conséquences en matière de filiation et de prise en charge des actes médicaux. Il est alors apparu nécessaire de dresser un état des lieux du droit positif avant de se livrer à l'abord des possibles réformes.

---

<sup>69</sup> B. MORON-PUECH, « La loi de modernisation de la justice au XXIème siècle et les personnes intersexuées », *Recueil Dalloz*, 24 novembre 2016, n 40.

## **Partie I Etat du droit**

La question de l'opportunité du maintien d'un *statu quo* quant à la mention du sexe à l'état civil, ou d'une réforme s'intègre dans une vision rénovée de la possession d'état, liée à un contexte récent riche d'avancées diverses (Chapitre 1), offrant de nouvelles perspectives d'évolution (Chapitre 2).

### **Chapitre I : Le contexte antérieur à la loi de modernisation**

Les critères et la nature même de l'état civil ont subi, à l'occasion de diverses réformes et de positionnements jurisprudentiels, un véritable bouleversement du rôle qui lui était classiquement attribué. La loi de modernisation de la justice du XXIème siècle s'inscrit comme un élément fort et marquant qui nécessite de repenser encore le droit et le genre. Une analyse contextuelle apparaît dès lors nécessaire en déclinant le *post* de l'*ante* loi de modernisation.

#### **Section I : Les premières marques d'évolutions du régime**

Plusieurs facteurs ont contribué à l'évolution législative de 2016, conduisant, nous le verrons, à une démedicalisation de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil. La jurisprudence relative aux personnes trans et la loi pour le mariage pour tous s'inscrivent comme les premières marques d'une mutation. Ces évolutions majeures pour le changement de sexe supposent de consacrer une partie de ce rapport à une rétrospective des évolutions jurisprudentielles (§1) et légales (§2) à ce sujet.

##### **Paragraphe I : Les jurisprudences sur le transsexualismetranssexualisme**

Dans le silence de la loi<sup>70</sup> il revient à la jurisprudence de fixer le cadre juridique de la transidentité. Les juridictions peineront à concilier les principes d'indisponibilité du corps et de l'état des personnes, d'inviolabilité du corps, du droit au respect de la vie privée et des droits des patients. Le législateur est récemment sorti de son mutisme par la loi du 18 novembre 2016<sup>71</sup> qui, en dépit d'importantes précisions, se révèle source d'incertitudes nouvelles.

---

<sup>70</sup> S. PARICARD, « Le transsexualisme, à quand la loi ? » *Dr. fam.* 2012. Étude 2, p. 13 ;

V. LARRIBAU-TERNEYRE., « Transsexualisme et couple », in Dossier Transsexualisme et droit de la famille, *Dr. fam.* 2013. 34 préc. ;

L. LAMBERT-GARREL., « Le transsexualisme en droit interne » in *Regards croisés sur le genre* LEH oct.2010, Dir. J. MATEU, M. REYNIER et F. VIALLA, p. p.178

<sup>71</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, Art.56 ; F. VIALLA., « Etat civil (changement de sexe) : « Démédicalisation de la procédure », *D.* 2016, p.1561 et *D.* 2016, p. 2351 ; B. MORON-PUECH, *D.*2016, p. 2353

Les juridictions françaises seront longtemps fort réticentes à l'endroit de la transidentité. Sous l'influence du droit européen des droits de l'Homme<sup>72</sup>, la jurisprudence interne évoluera mais persistera dans son abord pathologique des questions relatives à la transidentité. Le corps des personnes transidentitaires subira de ce fait d'irréversibles atteintes.

Longtemps, l'hostilité à l'égard des demandes de changement de sexe à l'état civil dominera la jurisprudence conduisant les juridictions à nier la transidentité elle-même mais aussi à refuser de reconnaître juridiquement les conséquences des actes médico-chirurgicaux parfois accomplis. Ainsi une juridiction de première instance a pu considérer que les interventions réalisées « *ont été chez un sujet né et resté de sexe masculin, artificiellement créatrices et non révélatrices de féminité* »<sup>73</sup>. Dans un arrêt de la Cour de cassation on peut, ainsi, lire : « *La cour d'appel avait relevé qu'en dépit des opérations auxquelles elle s'était soumise, Nadine n'était pas de sexe masculin* »<sup>74</sup>. En 1990, la Cour de cassation affirmait que, quand bien même il serait médicalement établi et reconnu, le transsexualisme ne peut s'analyser en un 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* »<sup>75</sup>. Les praticiens prêtant leur concours à ces interventions s'exposaient juridiquement, et certaines juridictions brandissaient la menace face à ces « *modifications corporelles artificiellement obtenues par des procédés dont certains pourraient tomber sous le coup de la loi pénale* »<sup>76</sup>. M. L'Avocat général Lindon écrivait que « *Tout chirurgien opérant une transsexuelle serait passible de l'article 316 du Code pénal punissant de la réclusion à perpétuité le crime de castration* »<sup>77</sup>.

**Au commencement, les foudres du droit pénal menaçaient ceux qui concouraient à une modification du corps des personnes transidentitaires. Paradoxalement, la jurisprudence en viendra, ensuite, à exiger ce qu'elle prohibait.**

---

; Ph.REIGNÉ, JCP G 2016, 2365 ; A. MARAIS, « Le sexe si que je veux, quand je veux », JCP G 2016, 1164, p.2010.

<sup>72</sup> F. VIALLA., *Le droit français sous influence ?*, Les Études Hospitalières 2011, *La mondialisation du droit de la santé*, Dir. Bélanger M., www.bnds.fr

<sup>73</sup> CA Limoges, 4 juin 1975, D.1975, somm. p.121 ; CA Paris 18 janvier 1974, D. 1974, p.196, concl. Granjon ; F.VIALLA, *Transsexualisme et transidentité*, dans *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, LGDJ 2014, 2ème Ed. Dir. F. VIALLA, p.139-168

<sup>74</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 nov. 1983, n° 82-13.808 Bull. civ. I, n° 284, p. 253 ; D.S 1984, p.165, note EDELMANN, JCP 1984, II, 20222, concl. Sadon, note Penneau J.; F. VIALLA op-cit. ; « *Il n'entre pas dans notre propos de dresser exhaustivement l'évolution jurisprudentielle sur la question* »

V. toutefois Cass.1<sup>ère</sup> civ., 16 déc. 1975, D. 1976, p.387 2<sup>e</sup> esp. Note LINDON ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 31 mars 1987, Bull. n°79, p.59 ; Cass.1<sup>ère</sup> civ., 31 mars 1987, Bull. n°116, p.87 ; D.1987, p.445, note P. JOURDAIN ; JCP 1988, II, 21000, note AGOSTINI. Cette décision sera à l'origine du revirement de la CEDH en 1992 ; Cass.1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 1988, Bull. n°176, p.122 ; Gaz. Pal. 1989, 1, p.417, note AGOSTINI ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 mai 1989, Bull. n°189, p.125]

<sup>75</sup> Espèces du même jour, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mai 1990, D.1991, jur. P.169, rapp. MASSIP ; JCP 1990, II, 21588, rapp. MASSIP, concl. FLIPO ; Gaz.Pal. 1991, 1, p.34, RTD civ. 1991, p.289, note J. HAUSSER

<sup>76</sup> TGI de la Seine, 18 janvier 1965, JCP 1965, II, 14 421, concl. Fabre

<sup>77</sup> L. LAMBERT-GARREL, op-cit., p. 185 B. PY, *Mutilations sexuelles et droit pénal*, dans *Les assises du corps transformée*, Regards croisés sur le genre, LEH, 2010 p. 185 sous la dir. de J. MATEU, M. REYNIER, F. VIALLA, p.119 et s.

En 1992, sous l'influence du juge européen de droits de l'Homme<sup>78</sup> la jurisprudence interne fut contrainte d'évoluer. Elle le fit par deux arrêts d'Assemblée plénière<sup>79</sup> mais « *Les conditions émises par la Cour de cassation étaient cependant inscrites dans une logique pathologique et une nécessaire réassignation chirurgicale synonyme d'agénésie* »<sup>80</sup>. La haute juridiction réclamait d'une part, la preuve d'un « *syndrome du transsexualisme* », d'autre part, l'effectivité d'un « *traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique* » dont les effets conduisaient la personne à prendre « [...] *une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social* ». Lorsque ces conditions cumulatives étaient réunies, « *le principe du respect, dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle l'apparence. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification* ».

L'approche « *pathologisante* » et « *psychiatrisante* »<sup>81</sup> était fréquente et majoritaire : « *des exposés effectués par les spécialistes, se dégage une seule certitude : le transsexualisme est une maladie ou plus exactement un syndrome [...], et une leçon d'humilité : la science actuelle demeure impuissante à guérir le transsexuel* »<sup>82</sup>. Elle sera, parfois, contestée et combattue : « *en dépit de toute classification allant dans le sens contraire, l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées* »<sup>83</sup>.

La mutilation des corps était une exigence fréquente des différents systèmes de droit et on pouvait constater que « *Les procédures de reconnaissance du genre ont pour point commun - lorsqu'elles existent - de comporter des exigences juridiques et médicales lourdes aux contours souvent mal définis [...] de toute évidence contraires au respect de l'intégrité physique de la personne* ». »<sup>84</sup>. Le Commissaire européen aux droits de l'Homme relevait à propos des procédures imposées aux personnes trans qu'elles se « *caractérisent par de longues séries de tests physiques, psychiatriques et psychologiques au cours desquelles l'intégrité de la personne n'est pas toujours respectée, comme par exemple lorsqu'un psychiatre procède à un examen génital* »<sup>85</sup>.

Au-delà du corps, c'est la personne dans son ensemble qui était confrontée à cette violence : « *Il existe une part de violence symbolique dans le fait de ne pas s'en tenir à la parole de la personne concernée et aux certificats médicaux des chirurgiens attestant de l'opération. D'autre part, il existe un viol de l'intimité dans le fait de se dénuder devant un expert qui va regarder son sexe « sous toutes les coutures », alors*

---

<sup>78</sup> CEDH 25 mars 1992 B. c/ France, aff.57/1990.248/319, série A, n°231C ; D.1993, jur. p.101, note J-P MARGUÉNAUD ; JCP 1992, II, 21955, note TH. GARE ; RTD civ. 1992, p.540, obs. J. HAUSSER ; F. VIALLA, op-cit.

<sup>79</sup> Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, n°91-11.900 et 91-12.373 ; JCP 1993, II, 21991, concl. Mr JEOL, note G.MÉMETEAU ; Gaz.Pal. 1993, 1, p.180, concl. M. JÉOL ; RTD civ. 1993, p.325, obs. J. HAUSER

<sup>80</sup> F. VIALLA., *L'irréversibilité en question*, D. 2012, p. 1648

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> J. RUBELLIN-DEVICHI, in *Le transsexualisme*, Groupe d'études du droit médical, Actes de la réunion du 17 juin 1983, *Droit et éthique médicale*, vol. 1, Masson 1984, p.17

<sup>83</sup> V. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ; [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org), p. 24].

<sup>84</sup> T. HAMMARBERG, Document de synthèse, *droits de l'homme et identité de genre*, p.15

<sup>85</sup> T. HAMMARBERG, Document de synthèse, *droits de l'homme et identité de genre*, p.15

même que la personne qui vient d'être opérée, bien souvent, n'assume pas encore totalement son nouveau corps sexué »<sup>86</sup>.

Les débats étaient dès lors ancrés autour de la question de « l'irréversibilité » : « Tout tourne autour de cette notion, laissée cependant à l'appréciation des états. Qu'entend-on par transsexualisme irréversible ? La réponse à cette question se situe ici sur un plan médical, et non plus juridique »<sup>87</sup>. En se fondant sur la circulaire de 2010 certaines juridictions du fond n'exigeront plus la preuve d'une « réassignation » chirurgicale<sup>88</sup>. Cette position demeurerait cependant minoritaire, la plupart des décisions maintenant l'exigence<sup>89</sup>. Une insécurité juridique et une inégalité de traitement étaient manifestes. On illustrera cette affirmation en reproduisant deux attendus de décisions de juridictions du fond rendus en 2016 :

—« le traitement hormonal, (...) peut entraîner le caractère irréversible de la transformation exigé par la jurisprudence, lorsqu'il entraîne une impossibilité définitive de procréer dans son sexe d'origine »<sup>90</sup>

—« nonobstant la conservation de l'utérus et de ses annexes, les témoignages et avis médicaux susvisés établissent la réalité du syndrome transsexuel dont Claire Melaine F. est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; qu'il y a lieu, dans ces conditions, de faire droit à sa demande de modification du sexe mentionné dans son acte de naissance ». <sup>91</sup>

La haute juridiction maintint sa ligne, par deux arrêts du 7 juin 2012<sup>92</sup>, elle persiste « dans une approche particulièrement limitative de l'irréversibilité »<sup>93</sup>, en posant deux conditions à la recevabilité d'une demande de changement de sexe à l'état civil. Il faut d'abord que soit établi, par le requérant, « au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel », il faut ensuite, que le demandeur prouve le « caractère irréversible de la transformation de son apparence ». Cette position est réitérée dans ses deux arrêts du 13 février 2013<sup>94</sup>.

---

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> HAS, Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, nov.2009, p. 47 ; <http://www.has-sante.fr> ; PH. REIGNE, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », JCP G 2011 n° 17, 480.

<sup>88</sup> CA Versailles, 22 mars 2012, n° 11/03116 : JurisData n° 2012-005712, V. F. VIALLA, op-cit., p. 1648 et *Du sexe au genre*, JCP G 2012, libres propos 122, p.230 et s. ; V. aussi *La fin annoncée de la « réassignation chirurgicale » ?*, obs. sur CA Nancy, Chambre civile 3, 2 septembre 2011, n° 11/02099, n° 09/02179, Rev. Droit et Santé 2012, n°46, 284 à 286,

<sup>89</sup> V. *Transidentité*, Rev. Droit et Santé 2011, n°42, p. 442 à 443, obs. sur A, Chambre civile 1, 3 janvier 2011, n°1/2011, 09/00931, CA Nancy, Chambre civile 3, 11 octobre 2010, n°10/02477, 09/02179, CA Paris, pôle 1, Chambre 1, 4 février 2010, n°09/21756, CA Paris, pôle 1, Chambre 1, 27 janvier 2011, n°10/04525 ; *Transidentité suites...*, Rev. Droit et Santé 2012, n°48, p. 513 à 516, obs. sur CA Versailles, 22 mars 2012, n° 11/03116 : JurisData n° 2012-005712, CA Limoges, 20 mars 2012, n° 10/01188 : JurisData n° 2012-005346, [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr)

<sup>90</sup> TGI Montpellier 24 mars 2016, F.VIALLA « Transidentité : quid novi ? « Nihil, ferè nihil, minus nihilo » ? » *Les Petites Affiches* 2016, n°151

<sup>91</sup> CA Metz, 11 Octobre 2016 : n° 16/00634, 16/00669 not. F.VIALLA RDS 2017 n°76

<sup>92</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 7 juin 2012, n° 11-22.490 et n° 10-26.947 ; PH. REIGNE, *Droit de la famille* 2012, n°9, comm. 131, p. 37-40 ; F. VIALLA, D. 2012 p. 1648 ; S. PARICARD, *RDSS* 2012 p. 880 ; J. HAUSER, *RTD civ.* 2012 p. 502.

<sup>93</sup> F. VIALLA, op-cit.

<sup>94</sup> Cass. Civ.1<sup>ère</sup> 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

On peut alors « [...] légitimement se demander comment la transformation de « l'apparence » peut être irréversible<sup>95</sup> [...] Il apparaît à la lecture des positions de la HAS et celle de la Cour de cassation que la stérilisation des personnes transidentitaires semble bien être la condition de recevabilité du changement d'état »<sup>96</sup>. Comme le relève M. Philippe Reigné,

*« Il s'agit donc de rendre stériles les personnes transidentitaires afin d'éviter de reconnaître qu'un enfant puisse naître de deux mères ou de deux pères, selon les indications portées sur l'acte de naissance de ses parents et ainsi d'assurer la cohérence et la sécurité des actes d'état civil »<sup>97</sup>.*

La symbolique des actes réalisée est évidente :

*« Chez l'homme, c'est le pénis érectile et le sperme qui sont considérés comme l'insigne du masculin, ainsi que le montre le traitement médical proposé aux trans MtoF marqué par la « castration », terme qui est employé par les médecins eux-mêmes. Et comme ce n'est pas le pénis en soi qui représente l'emblème du masculin mais bien le pénis en érection, la castration proprement dite va être précédée d'une castration chimique qui va mettre à mal la fonction érectile du sujet. [...] Il en va de même pour les trans FtoM aussi bien sur le plan hormonal que chirurgical, puisque la personne doit d'abord avoir réalisé une mammectomie et une hystérectomie avant d'envisager une phalloplastie. Il s'agit de s'assurer que l'individu a bien perdu «ce qui fait » sa féminité, à savoir ses seins et son utérus, avant de lui permettre d'acquérir éventuellement l'insigne du masculin qu'est le pénis »<sup>98</sup>.*

La périphrase euphémique récurrente, « l'irréversibilité de la modification de l'apparence », s'apparente à un leurre<sup>99</sup> masquant une exigence, moins avouable<sup>100</sup>. Le TGI de Montpellier<sup>101</sup> affirmait, nous l'avons vu, qu'un « [...] traitement hormonal, [...] peut entraîner le caractère irréversible de la transformation exigé par la jurisprudence, **lorsqu'il entraîne une impossibilité définitive de procréer dans son sexe d'origine** ».

**Les conditions émises par la jurisprudence conduisent à constater que « les personnes qui veulent changer juridiquement de genre le payeront donc de leur fécondité. Cette solution eugénique n'honore pas le droit français »<sup>102</sup>. M. Hammarberg soulignait que l'« on ne peut que s'alarmer du fait que ces dernières - les personnes transidentitaire - semblent former le seul groupe en**

---

case 1992? (suite) », *Rev. Droit et Santé* 2013 n°53, p.363, et « La transidentité: une jurisprudence en «équilibre instable» » *Méd droit* (Paris) (2013).

<sup>95</sup> PH. REIGNE, op-cit., *JCP G* 2013, 227.

<sup>96</sup> F. VIALLA, *Ibid.*

<sup>97</sup> V. PH. REIGNE, *La Cour de cassation et le changement d'état civil des personnes transidentitaires*, *Dr. famille* 2012 n° 9, 131, p.39.

<sup>98</sup> C. FORTIER, op.cit. p.271-272.

<sup>99</sup> F. VIALLA, op-cit.

<sup>100</sup> F. VIALLA, op-cit., p. 1648 et « Les troubles du droit confronté au corps : la question de la transidentité », In *Corps et Patrimoine*, Dir. G. NICOLAS, CDSA, n° 18, 2014, p. 283-299, [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr)

<sup>101</sup> TGI Montpellier 24 mars 2016, 15/ 03425, obs. F. VIALLA *Rev. Droit et Santé* 2016, n°72, [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr). et « Transidentité : quid novi ? « Nihil, ferè nihil, minus nihilo » ? » op-cit.,

<sup>102</sup> PH. REIGNE, *JCP G* 2011 n° 17, 480

**Europe soumis à une stérilisation prescrite légalement et imposée en pratique par l'Etat »<sup>103</sup>.**

La réassignation chirurgicale étant finalement fortement associée à l'idée de stérilisation, ce qui n'eut d'effet que d'interroger encore plus la doctrine sur le point de l'atteinte aux droits de l'Homme.<sup>104</sup> Différentes institutions déplorèrent fréquemment jusqu'à la loi de 2016, les errances dans la qualification de ce caractère irréversible entre nécessité de la constatation d'une chirurgie ou la seule absence de fécondité induite par des hormonothérapies.<sup>105</sup>

Consciente de cette réalité la Cour EDH<sup>106</sup> a condamné la France :

*« 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, 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 »<sup>107</sup>.*

En dépit de sa position sur la question de la stérilisation, l'arrêt s'inscrit dans une *« approche biologisante de l'identité sexuée »*<sup>108</sup>.

L'exigence jurisprudentielle de médicalisation n'était pas sans heurter un certain nombre de principes juridiques. L'article 16-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>109</sup> dispose que l'atteinte à l'intégrité corporelle requiert l'existence d'une *« nécessité médicale »* pour la personne mais encore son consentement préalable. La nécessité juridique, née des exigences jurisprudentielles, ne saurait se confondre avec la nécessité médicale imposée par le droit !

Sur le terrain du consentement, ne peut-on pas considérer que poser la *« réassignation »* chirurgicale comme une condition du changement de la mention de sexe entraîna à un forçage de la volonté. M. T. Hammarberg soulignait que *« Le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou tout autre opération chirurgicale, c'est oublier que les personnes transgenres ne*

---

<sup>103</sup> T. HAMMARBERG, op-cit., p.15

<sup>104</sup> V. PH. REIGNE, *« Trouble dans la jurisprudence. L'état civil face au transgendérisme »*, note ss. Nancy, 11 oct. 2010, JCP 2010. 1205 ; F. VIALLA, op-cit., p. 230 ; Transidentité, *Rev. dr. et santé* 2011, n° 42, p. 442, obs. ss. Nancy, 3 janv. 2011, n° 09/00931 et 11 oct. 2010, n° 09/02179, Paris, 4 févr. 2010, n° 09/21756, et 27 janv. 2011, n° 10/04525.

<sup>105</sup> Recomm. n° 1117 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; P. REIGNÉ, *« La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence »*, JCP 2011 480 ; F. VIALLA, op. cit., p. 151 s.

<sup>106</sup> CEDH 5<sup>e</sup> 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.

<sup>107</sup> 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.

<sup>108</sup> B. MORON-PUECH, D. 2017, p. 994 et s.; J-PH. VAUTHIER Et F. VIALLA, D.2017, p.1027 et s.

<sup>109</sup> Code civil Art ; 16-3 : *« 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 consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir »*

*souhaitent pas toutes subir de telles interventions* »<sup>110</sup>. **Le droit au refus de « soin » était, pour les personnes transidentitaires, bafoué au nom ... du droit !**

La jurisprudence de la Cour de cassation, dont le classicisme fut souligné<sup>111</sup>, laissait peu augurer d'une évolution. Mais, c'était sans compter sur l'initiative de parlementaires qui ont introduit la question à l'occasion des débats consacrés à la modernisation de la Justice du XXIème siècle.

Longtemps les débats ont été confinés dans une optique fortement médicalisée de l'irréversibilité<sup>112</sup> qui n'était ni pour la Cour de cassation. Ni la Haute Autorité de la Santé (HAS) une question de droit<sup>113</sup>. Le sexe s'avérait encore cantonné au régime probatoire, le refus de se soumettre à une expertise entraînant un rejet de la demande. Les expertises se voyaient ordonnées pour faire la démonstration de la réalité du syndrome et celle de la prise en charge thérapeutique.

La circulaire ministérielle de 2010<sup>114</sup> fut mise à mal par ces interprétations jurisprudentielles successives. La question de l'expertise fut bien évoquée à l'Assemblée Nationale<sup>115</sup> et par certains auteurs<sup>116</sup>, mais la médicalisation de la procédure ne fut remise en cause que plus tard lors des débats législatifs de 2016.

Paragraphe II : La loi sur le mariage pour tous

Au-delà des débats renouvelés par la mise en œuvre de la loi de novembre 2016, une avancée d'une importance majeure fut réalisée avec la loi sur le mariage des personnes de même sexe. En arrière-plan de la jurisprudence rendue sur la question de la transidentité (notamment quant aux conditions d'irréversibilité) apparaissait la question du lien matrimonial antérieur des personnes souhaitant obtenir un changement de la mention de sexe à l'état civil. Unis dans les liens du mariage, alors toujours de nature hétérosexuelle, le changement de sexe d'un époux posait question ; certaines juridictions exigeant la preuve de la dissolution du lien matrimonial pour accéder à une demande de changement de la mention du sexe.

---

<sup>110</sup> T. HAMMARBERG, Document de synthèse, *droits de l'homme et identité de genre*, précité, p.18

<sup>111</sup> S. PARICARD, « Transsexualisme : la Cour de cassation sonnerait-elle le glas de la libéralisation ? », *RDSS* 2012 p. 880

<sup>112</sup> HAS, « *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France* », nov. 2009, p. 47 ; [http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2009-12/rapport\\_transsexualisme.pdf](http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2009-12/rapport_transsexualisme.pdf).

<sup>113</sup> HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, préc., p. 47.

<sup>114</sup> Cir. DACS n° CIV/07/10, préc. ; V. *Rev. dr. et santé* 2010, n° 36, « DROIT EN TRANSITION... SUITE. » p.379.

<sup>115</sup> M. PÉRAT évoquait ainsi des « *expertises médicales humiliantes et coûteuses* », Question n° 65910, JO 8 déc. 2009, p. 11633 ; Réponse JO 2 mars 2010, p. 2452 ; L. CHATEL, porte-parole du gouvernement, « *le ministre entend simplifier les démarches en écartant le recours systématique aux expertises* », JO Sénat Q, 19 mai 2010, p. 3402 ; Question n° 0832S, M. BLONDIN, JO Sénat Q, 25 févr. 2010, p. 411 ; Réponse JO Sénat, 29 mars 2012, p. 796 ; Question écrite n° 21624, M. BLONDIN, JO Sénat, 22 déc. 2011, p. 3261 : « *La circulaire propose en outre de ne solliciter une mesure d'expertise que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur* » ; F. VIALLA, *Rev. dr. et santé* 2010, n° 35, « Transition ». p.210 s. ; V. J. HAUSER, préc., *RTD civ.* 2010 759 ; V. M. BRUGGEMAN, « Transsexualisme et changement de l'état civil : des évolutions jurisprudentielles à prévoir ? », *Dr. fam.* 2010. Alerte 50.

<sup>116</sup> A. ADERGALE, « Transsexualisme : l'expertise pas obligatoire... mais tout comme ! », *DDS* 2012, p. 283.

En ne faisant plus peser sur le mariage une « *condition* » d'hétérosexualité « *civile* » des époux, une évolution devenait envisageable par un « *effet de ricochet bénéfique du projet de loi « mariage pour tous* » »<sup>117</sup>.

Ces dispositions légales nouvelles constituaient une vraie ouverture du débat sur les questions transidentitaires.

**Au-delà de la question relative à la transidentité, la loi de 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe marque la fin de l'un des actes juridiques les plus sexués du cadre normatif français.** Dans les mouvements législatifs tendant à l'amélioration des droits des femmes et de l'égalité des hommes et des femmes, les textes tendaient dès lors vers une déssexualisation des formulations. La loi pour le mariage des personnes de même sexe engage indéniablement un processus de neutralisation d'une institution jusqu'alors fortement conditionnée par le sexe. Le mariage apparaissait comme un « *bastion* » conduisant à faire du sexe une mention essentielle de l'état civil. Jusqu'à la loi de 2013, tout débat sur la pertinence de la présence du sexe à l'état civil se heurtait à l'argument relatif à sa nécessité pour dresser l'acte de mariage.

## Section II : L'ouverture aux questions transidentitaires

Les débats relatifs à la (dé)médicalisation et à la (dé)judiciarisation des procédures de changement de la mention de sexe à l'état civil demeuraient vifs (§1) tant en droit interne que dans d'autres systèmes juridiques (§2).

Paragraphe I : Débat relatif à la démedicalisation et la déjudiciarisation.

Alors, nous avons vu, que la jurisprudence persistait dans une approche ancrée dans la « *pathologisation* » de son approche de la transidentité<sup>118</sup>. Des voix cependant se sont élevées pour réclamer une évolution du droit afin qu'il soit envisagé une démedicalisation voire une déjudiciarisation des procédures<sup>119</sup>. Ainsi, en 2013, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDDH) considérait qu'était « *nécessaire une refonte de la législation française* »<sup>120</sup>, elle appelait à une « *démedicalisation* » et une « *déjudiciarisation* » partielle des procédures de changement de sexe à l'état civil<sup>121</sup>.

Longtemps l'approche « *pathologique* » sembla soutenue par la position adoptée en la matière par l'Organisation Mondiale de la Santé dans sa Classification

---

<sup>117</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, op-cit. p.11 et s.

<sup>118</sup> Cass., ass. plén., 11 déc. 1992, n 91-11.900 et no 91-12.373, D. 1993. 1 ; GAJC, 12e éd., 2007, no 25-26 ; RTD civ. 1993. 97, obs. J. HAUSER ; JCP 1993. II. 21991, concl. M. JÉOL et note G. MÉMETEAU ; Gaz.Pal. 1993. 1. 180, concl. M. JÉOL ; F. VIALLA, *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, LGDJ 2009, p. 112 Voir supra p. 17 et s

<sup>119</sup> CNCDDH, avis, 27 juin 2013, [www.cncddh.fr](http://www.cncddh.fr) ; P. REIGNÉ, JCP 2013. 861.

<sup>120</sup> CNCDDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, 27 juin 2013, [www.cncddh.fr](http://www.cncddh.fr) ; Décision cadre du Défenseur des Droits, MLD-MSP 2016-164, 24 juin 2016, <https://www.defenseurdesdroits.fr> p. 1 ; Ph. REIGNE, op-cit., JCP 2013. 861.

<sup>121</sup> CNCDDH Avis précité p.6 ; la CNCDDH publiera un nouveau communiqué le 6 juin 2016, [www.cncddh.fr](http://www.cncddh.fr) ; Lazerges C., Rev. Droit et Santé 2016, n° 73, Éditorial, [www.bnds.fra](http://www.bnds.fra)

Internationale des Maladies<sup>122</sup> (CIM10), mais aussi par celle retenue par l'American Psychiatric Association et son controversé « *Diagnostical and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM IV)* ». Ce socle a conduit la France à intégrer la transidentité dans les affections longues durée 23 « *troubles anxieux graves* » jusqu'en 2010.

Pourtant, les principes de Yogyakarta établissaient déjà l'idée « *qu'en dépit de toute classification allant dans le sens contraire, l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées* ». <sup>123</sup>

De manière analogue, des auteurs s'étonnaient de l'absence de réelle volonté de réforme et du mutisme du législateur français<sup>124</sup> :

*« Le législateur français jusqu'à présent n'a pas voulu intervenir et déjà en 1989, le Rapport Braibant, portant avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme préconisait de ne pas légiférer sur la question. Le législateur abandonne depuis lors la question à la jurisprudence, ce qui donne les errements que l'on a soulignés. La Haute Autorité de Santé en 2009 a pointé les imperfections du système français et énoncé qu'il semblait opportun de reprendre le dispositif français actuel. Il est peut-être temps d'intervenir, alors par ailleurs que de nombreux pays européens ont fait ce choix de légiférer »*<sup>125</sup>.

Certains reprochant l'exigence d'une condition de stérilité sous le couvert de l'obligation de réassignation chirurgicale<sup>126</sup>. Des institutions telles que la HAS avaient aussi proposé la prise en charge de la réflexion par le législateur<sup>127</sup>. La position doctrinale apparut parfois relayée par un assouplissement, très relatif, de la jurisprudence telle que celle « *atténuant* » le principe de réassignation à la stérilité induite par les traitements hormonaux<sup>128</sup>.

Rappelons que la Cour EDH<sup>129</sup> a condamné récemment encore l'exigence même implicite de stérilisation :

*« 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, c'est-à-dire démontré avoir subi une opération stérilisante ou un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité, s'analyse en*

---

<sup>122</sup> « F64 Troubles de l'identité sexuelle (F64.0 Transsexualisme ; F64.1 Transvestisme bivalent ; F64.2 Trouble de l'identité sexuelle de l'enfance ; F64.8 Autres troubles de l'identité sexuelle et F64.9 Trouble de l'identité sexuelle, sans précision ».

<sup>123</sup> Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ; [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org), p. 24.

<sup>124</sup> S. PARICARD, op-cit. ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, op-cit.

<sup>125</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Transsexualisme et couple*, op. cit. p. 14

<sup>126</sup> TGI Montpellier, 24 mars 2016, RDS 2016, n° 72, p. 584, obs. F. VIALLA ; notons que le TGI se réfère à « *l'intangibilité - sic - de l'état des personnes* », PH. REIGNÉ, JCP 2011. 480 ; HAMMARGERG T., précité, p.15

<sup>127</sup> Rapport de la HAS, « *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France* » 18 février 2010.

<sup>128</sup> « *le traitement hormonal(...) peut entraîner le caractère irréversible de la transformation exigé par la jurisprudence, lorsqu'il entraîne une impossibilité définitive de procréer dans son sexe d'origine* », TGI Montpellier, 24 mars 2016

<sup>129</sup> CEDH 5<sup>e</sup> 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.

*un manquement par l'État défendeur à son obligation positive de garantir le droit de ces derniers au respect de leur vie privée »<sup>130</sup>.*

Néanmoins la rigueur de la jurisprudence interne rendait incontournable l'intervention du législateur, au même titre qu'une certaine « pression » internationale.

Paragraphe II : Contexte international favorable (Argentine, Danemark<sup>131132</sup> Malte<sup>133</sup> , Irlande <sup>134</sup>)

Si la question ne fut appréhendée qu'en 2016 par le législateur français, les législations étrangères étaient étudiées avec intérêt. Les travaux sénatoriaux exposèrent déjà la nécessité d'un processus légal dès 2012 pour la question des personnes transgenres<sup>135</sup>. Ce premier rapport dresse un constat sur l'état des législations internationales sur la question.

Face à l'évolution induite par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et à la suite de la condamnation de la France<sup>136</sup>, la jurisprudence française semblait en réel décalage par rapport aux réponses légales apportées par d'autres pays. L'étude du contexte juridique international, européen notamment, permet cependant de remarquer une absence de consensus sur la question.

Au niveau européen plusieurs pays adoptent des législations pour prendre en compte la position de la Cour EDH et pour affirmer leur propre conception de la place du sexe comme élément de l'état des personnes. Certains s'orientent ainsi vers une nécessaire stérilisation de l'individu pour prétendre au changement avec les pays comme le Danemark<sup>137</sup> et la Suède<sup>138</sup>.

D'autres émirent dans leurs législations des nuances concernant les exigences chirurgicales.

La Belgique, par la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité<sup>139</sup> modifia le Code civil pour prévoir une prise en compte du changement de sexe déjudiciarisé mais nécessitant la fourniture d'éléments démontrant la stérilisation. Dorénavant, en signe d'évolution la loi du 25 juin 2017 relative aux transgenres<sup>140</sup> autorise le changement sans réassignation. Le changement de sexe reste néanmoins irrévocable.

---

<sup>130</sup> 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*.

<sup>131</sup> <http://www.ft.dk/samling/20131/lovforslag/l182/index.htm>

<sup>132</sup> <http://yagg.com/2014/06/13/changement-detat-civil-des-trans-le-danemark-sinspire-de-largentine/>

<sup>133</sup> gender identity gender-expression sex characteristics act malta2015

<sup>134</sup> GENDER RECOGNITION ACT 2015

<sup>135</sup> Note sur « *La modification de la mention du sexe à l'état civil* » demandée par Mme Esther BENBASSA, sénatrice à la DIRECTION DE L'INITIATIVE PARLEMENTAIRE ET DES DÉLÉGATION, mai 2012

<sup>136</sup> Arrêt Botella c/France, CEDH 25 mars 1992, série A, n° 231 C.

<sup>137</sup> La loi sur la santé n° 913 du 13 juillet 2010 et le règlement sur la stérilisation et la castration, y compris dans la perspective n° 14 du 10 janvier 2006 d'un changement de sexe : Sundhedsloven nr 913 af 13/07/2010 , loi sur la santé n°913 du 13 juillet 2010 et Navneloven nr 524 af 24/06/2005, loi sur le nom n°524 du 24 juin 2005

<sup>138</sup> Loi n° 1972-119 sur la détermination (fastställelse) de l'appartenance sexuelle, Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall

<sup>139</sup> Loi relative à la transsexualité du 10 mai 2007 n°2007009570

<sup>140</sup> Loi du 25 juin 2017 Loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets

Les Pays-bas à partir de 2014<sup>141</sup> actent la fin de la prise en compte d'un critère stérilisant par la loi améliorant les droits des personnes transgenres. Le texte vient réformer la loi du 21 décembre 2000 qui n'autorisait le changement sans résignation qu'à la condition que la mesure ne soit pas sûre d'un point de vue médical ou psychologique<sup>142</sup>.

Le Portugal<sup>143</sup>, dans la loi du 15 mars 2010, autorise de tels changements sans condition médicale, les lois postérieures eurent pour objectif de venir renforcer la protection des personnes trans dans le milieu du travail<sup>144</sup> mais aussi dans la lutte contre les pratiques discriminatoires<sup>145</sup>.

L'Espagne également, n'envisage qu'une prise en charge hormonale de la dysphorie de genre<sup>146</sup>. Concernant la prise en compte de la lutte contre les discriminations fondée sur le genre, la compétence relevant des pays autonomes d'Espagne. La mise en œuvre de ces pratiques est parcellaire. Toutefois, il est à noter que de nombreux états ont déjà effectué cette transition. C'est le cas de Navarre<sup>147</sup>, puis de Barcelone et de Madrid.

En dehors de l'Europe, c'est l'Argentine<sup>148</sup> et l'Uruguay<sup>149</sup> qui s'inscrivent en précurseurs. Les deux régimes mentionnent explicitement que la chirurgie de réassignation n'est pas obligatoire. Il est aussi à souligner que le positionnement particulier en Amérique latine sur la question du genre durant cette période s'illustre aussi par le travail de la justice des droits de l'Homme au niveau régional et cristallisé autour de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme.

Par conséquent, la sphère internationale et les législations étrangères s'orientent vers la mise en œuvre de régimes spéciaux pour la question du changement de sexe et introduisirent également la nécessité d'une prise en considération de la question par le gouvernement.

## Chapitre II : Le nouveau cadre juridique

---

<sup>141</sup> Loi sur les droits des personnes transgenre, votée le 3 novembre 2013

<sup>142</sup> Section 13 du livre 1er du Code Civil Néerlandais, consacrée à « la décision judiciaire de la mention du sexe sur l'acte de naissance, article 28 à 28 c.

<sup>143</sup> Loi n° 7 du 15 mars 2011 créant la procédure de modification du sexe et du prénom au registre civil, Lei n° 7/2011 n° 7 de 15 de Março cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registro civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registro Civil

<sup>144</sup> Loi sur l'intégration de disposition antidiscriminatoire dans le code du Travail Portugais du 16 janvier 2016

<sup>145</sup> Loi sur les crimes de haine envers les trans du 21 janvier 2013

<sup>146</sup> Loi n° 3 du 15 mars 2007 sur la rectification de l'enregistrement de la mention relative au sexe des personnes / Lei 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas relative au sexe de la personne.

<sup>147</sup> LEY FORAL 12/2009, de 19 noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Loi 26.743 établissant le droit à l'identité de genre de la personne du 23 mai 2012, Ley 26.743 Establécese el derecho a la identidad de género de las personas. Promulgada: Mayo 23 de 2012

<sup>148</sup> Loi 26.743 établissant le droit à l'identité de genre de la personne du 23 mai 2012, Ley 26.743 Establécese el derecho a la identidad de género de las personas. Promulgada: Mayo 23 de 2012

<sup>149</sup> Loi n° 18620 du 12 octobre 2009 sur le droit à l'identité de genre et au changement de nom et de sexe dans les documents d'identification, Ley n° 18620 derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios [12 de octubre de 2009]

Démontrant l'actualité des problématiques abordées dans le présent rapport, les deux dernières années ont été riches en rebondissements juridiques. C'est, tout d'abord, la loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle (Section 1) qui modifie en profondeur le cadre juridique relatif au changement de la mention du sexe à l'état civil<sup>150</sup>. Le texte, s'il n'opère pas une déjudiciarisation de la procédure, entérine sa démedicalisation et inscrit la question dans la notion de possession d'état. Le constat cependant doit être dressé du caractère incomplet et inachevé de la loi qui laisse en suspens un certain nombre de questions.

Signe d'une « valse hésitation » du droit parallèlement à l'évolution législative une décision de la Cour de cassation a réaffirmé le caractère incontournable de la binarité des sexes (Section 2) qu'elle qualifie de « *nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* »<sup>151</sup>. Cette décision impose alors que les personnes présentant une Variation du Développement Sexuel (VDS) soient, parfois artificiellement, assignées dans l'un ou l'autre des sexes juridiquement imposés. Une rupture entre le discours médical et juridique se fait jour.

## Section I : La loi de modernisation de la justice

Pour déterminer la portée de la loi de modernisation sur la modification de la nature même du sexe à l'état civil en introduisant une distinction entre « sexe social » et « sexe biologique », il convient d'aborder le contexte dans lequel le texte a été adopté (§1) pour comprendre ses effets dont certains ont été très imparfaitement anticipés (§2). Si la loi n'opte pas pour une déjudiciarisation de la procédure elle s'inscrit résolument dans le mouvement de démedicalisation.

### Paragraphe I : Une production complexe

Le mutisme du législateur a souvent été remarqué :

*« Face à ces questions, la loi française est pourtant restée délibérément silencieuse. Le sénateur Henri Caillavet avait toutefois présenté deux propositions de loi en 1981 et 1982 qui ont été respectivement rejetées. L'objectif visé était d'autoriser les traitements chirurgicaux pour les personnes*

---

<sup>150</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, Art.56 ; F. VIALLA, op-cit., p.1561 et D. 2016, p. 2351 ; B. MORON-PUECH, D.2016, p. 2353 ; P. REIGNE, JCP G 2016, 2365 ; A. MARAIS, op-cit.

<sup>151</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2017 (16-17.189) Cass.civ.1<sup>ère</sup> 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 ; Le Maigat P., Gaz. Pal. 2017, n°19, p. 20 ; M. PERON, Petites Affiches 2017, n°120, p.18 ; J-PH. VAUTHIER et F. VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », D.2017, p. 1399 ; B. MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », D. 2017, p.1404 ; 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. REIGNE, 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 ; B. BLOQUEL, Gaz.Pal.2016, n°26, p.81 ; M. PERON, Petites Affiches 2016, n°87, p.9 ; J-R. BINET, Dr. Famille 2016, p.50 ; M-X. CATTI, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique », RDLF 2016, chron. n°18, www.revuedlf.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, Neuter « Substitution à l'état civil de la mention « sexe neutre » à celle « de sexe masculin » ; 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, « Hic, Haec, Hoc », Rev. Droit et Santé 2016, n°69, p.90,

*présentant un syndrome du transsexualisme afin de leur reconnaître la faculté de changer juridiquement de sexe sur les registres d'état civil. (...) A l'inverse, en 1985, un rapport intitulé « Le transsexualisme, étude nosographique et médico-légale », de J. Breton, Charles Frohwith et Serge Pottiez recommandait de ne pas légiférer pour éviter que ces revendications ne se propagent. En 1989, le Conseil d'Etat dans son rapport Braibant, du nom du président de la section, abordant la question du transsexualisme, prônait également la méfiance. Néanmoins, il encourageait à demi-mots la mise en place d'une série de mesures favorables au changement de sexe dès lors qu'il était médicalement et socialement justifié »<sup>152</sup>.*

L'appel à l'intervention du législateur était relayé par la doctrine « *Il est peut-être temps d'intervenir, alors par ailleurs que de nombreux pays européens ont fait ce choix de légiférer. [...] Dans la mesure où la Cour de cassation ne remplit pas sa fonction unificatrice, où le Conseil constitutionnel en l'absence de toute disposition législative à lui soumettre ne sera sans doute pas rapidement saisi d'une QPC et où la Cour européenne reste en retrait, une loi, en France serait utile »<sup>153</sup>.*

Avant son introduction par voie d'amendement<sup>154</sup>, le projet de loi de modernisation de la justice du XXIème siècle ne contenait aucune disposition abordant la question du changement de la mention du sexe à l'état civil. Comme le Garde des Sceaux le faisait remarquer « *ce sujet important ne fait l'objet d'aucun texte dédié. C'est la Cour de cassation qui a défini le changement de sexe, lequel est conditionné à la démonstration de son caractère irréversible (...) Bien qu'une circulaire de la chancellerie ait cherché à préciser cette jurisprudence, son application reste très variable selon les juridictions. L'amendement vise donc un objectif légitime, celui de mettre fin à une insécurité juridique »<sup>155</sup>.*

Le texte adopté en première lecture était en fort décalage par rapport aux propositions de l'amendement initial. « *S'il faisait place à la notion de possession d'état de l'autre sexe, il demeurerait ancré dans une approche pathologique de la transidentité et dans une médicalisation des procédures. Après l'échec de la commission mixte paritaire, le projet revenait donc devant le Palais Bourbon »<sup>156</sup>.* Après la décision du Conseil constitutionnel<sup>157</sup>, le texte est entré en vigueur. Il a

---

<sup>152</sup> L. LAMBERT-GARREL, dans *Regards croisés sur le genre*, op-cit., pp. 178-179 ; S. PARICARD, op-cit. et « *Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ?* », La Revue des droits de l'homme 2015, Dossier thématique : Corps, genre et droit, <http://revdh.revues.org/1640> ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, op-cit.

<sup>153</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, Ibid., p.34 ; Sénat, note Législation Comparée 223, mai 2012 ; V. M. BRUGGEMAN, *Transsexualisme et changement de l'état civil : des évolutions jurisprudentielles à prévoir ?*, Dr. fam. 2010. Alerte 50 ; GRANET F., « *Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les états membres de la CIEC* », Dr. Famille déc. 1998, p.4 ; S. PARICARD, op-cit., art. préc

<sup>154</sup> Assemblée Nationale, Amendement n°282 rectifié, article n°18 QUATER, 12 mai 2016 ; <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3726/AN/282.asp> ; F. VIALLA, D. 2016, 1561

<sup>155</sup> J.J. URVOAS, garde des sceaux, Assemblée nationale, 2<sup>e</sup> séance jeudi 19 mai 2016, Modernisation de la justice du XXIe siècle, Article 18 quater, Amendement 282 rectifié,

<sup>156</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, Art.56 ; F. VIALLA, op-cit., p.1561 et D. 2016, p. 2351 ; B. MORON-PUECH, D.2016, p. 2353 ; PH. REIGNÉ, JCP G 2016, 2365 ; A. MARAIS, op-cit., p.2010.

<sup>157</sup> Cons. Const., 17 nov. 2016, n°2016-739 DC ; B. MORON-PUECH, *L'homme enceint et le conseil constitutionnel : une rencontre manquée*, RDLF 2016, chron. n°28, [www.revuedf.com](http://www.revuedf.com) ; D. 2016, 2351 obs. F. VIALLA et Rev. Droit et Santé 2017 n°76 p. 230.

d'ores et déjà été mis en œuvre<sup>158</sup>. Un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier<sup>159</sup> 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* » : « *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 énoncés.

La loi de 2016 rompt avec la jurisprudence antérieure, comme l'a justement relevé la Cour EDH<sup>160</sup>.

Le principal effet de la réforme fut produit par la mise en place d'un régime de démedicalisation de la procédure relative au changement de sexe.<sup>161</sup> La loi de modernisation de 2016 prévoit que : « *Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe à l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification* ».

### 1. Le refus de déjudiciarisation

En juin 2013, la Commission Nationale Consultative Des Droits De l'Homme (CNCDH) rendait un « *avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil* »<sup>162</sup>. Elle prônait « *[...] une déjudiciarisation partielle de la procédure [qui] apparaît donc la mieux à même de garantir une procédure rapide et respectueuse des droits des personnes transidentitaires. La procédure se ferait ainsi en deux temps : elle consisterait d'abord en une déclaration auprès d'un officier d'état civil, avec production d'au moins deux témoignages attestant de la bonne foi du requérant, la qualité de ces témoignages devant faire l'objet d'une attention particulière. Ainsi, ils ne devront pas émaner de personnes ayant un lien d'alliance, de parenté ou de subordination avec le requérant. Cette première démarche devrait ensuite être contrôlée et validée par un juge du siège grâce à une procédure d'homologation. La législation encadrant le changement de sexe à l'état civil devrait alors spécifier deux éléments : d'une part, les délais dans lesquels l'homologation doivent avoir lieu, afin de garantir la rapidité de la procédure ; d'autre part, les motifs pour lesquels le juge est en mesure de refuser l'homologation pour ce genre de requête, ces motifs devant être explicitement limités au caractère manifestement frauduleux de la demande et au manque de discernement du requérant* ».

---

<sup>158</sup> CA Montpellier 15 mars 2017, n°16/02291, Rev. Droit et Santé 2017 n°77, p. 407 et D. 2017, 816, obs. F. VIALLA.

<sup>159</sup> CA Montpellier 15 mars 2017, n°16/02291, Rev. Droit et Santé 2017 n°77, p. 407 et D. 2017, 816, obs. F. VIALLA.

<sup>160</sup> CEDH 5<sup>e</sup> 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.

<sup>161</sup> F. VIALLA, op-cit., p. 1561.

<sup>162</sup> (Résultats du vote : 30 voix pour, 4 voix contre, 8 abstentions) PH. REIGNÉ, *La CNCDH et la situation des personnes transidentitaires* », JCP G., 861; [http://www.cncdh.fr/sites/default/files/27.06.13\\_avis\\_sur\\_lidentite\\_de\\_genre\\_sur\\_le\\_changement\\_de\\_la\\_mention\\_de\\_sexe\\_a\\_l\\_etat\\_civil.pdf](http://www.cncdh.fr/sites/default/files/27.06.13_avis_sur_lidentite_de_genre_sur_le_changement_de_la_mention_de_sexe_a_l_etat_civil.pdf) ;

Lors des débats de la loi de modernisation, les avis des porteurs du projet furent de ne pas porter atteinte à la valeur du sexe à l'état civil. C'est donc une initiative des parlementaires qui est à l'origine de l'évolution législative<sup>163</sup>.

L'amendement envisageait la création d'une nouvelle section au sein du Chapitre 2 du Titre premier du Livre premier du Code civil<sup>164</sup>. La procédure relevait, pour les auteurs de l'amendement, de compétence du Procureur de la République :

*« Il repose sur l'autodétermination du demandeur, qui invite le procureur de la république compétent à « constater » qu'il « se présente et est connu » dans un sexe ne correspondant pas à celui qui est inscrit à l'état civil.*

*Le demandeur produit à l'appui de sa demande les documents de son choix permettant d'établir ce constat, sans qu'aucune condition médicale ne soit exigible ni suffisante à rejeter la demande. Le procureur de la république ordonne sous trois mois la modification de l'état civil. Une procédure de saisine du TGI est prévue dans les seuls cas où le procureur motive un doute sérieux sur la sincérité des documents produits »*<sup>165</sup>. Assurément la consécration de « l'autodétermination » envisagée dans l'amendement est loin de faire consensus<sup>166</sup>.

Lors des débats en première lecture<sup>167</sup> puis en seconde lecture à l'Assemblée Nationale<sup>168</sup> de nombreuses divergences furent mises en lumière entre le Sénat et l'Assemblée. Le Sénat et le Garde des Sceaux furent les principaux défenseurs de la judiciarisation<sup>169</sup>.

Au Palais Bourbon, le Garde des sceaux défendit le principe de la compétence du TGI dans « [...] un objectif de sécurité juridique essentiel, tout en maintenant un cadre suffisant pour garantir le respect de l'immutabilité [sic] de l'état des personnes atteintes, qui est disproportionné ». La compétence du TGI est prônée « en raison de l'importance de ce dernier principe [« l'immutabilité –sic- de l'état des personnes atteintes »], le Gouvernement propose un deuxième sous-amendement, n° 401, destiné à maintenir la compétence du tribunal de grande instance, celle du droit commun, qui s'exerce pour toutes les demandes de modification de l'état civil portées en justice. Il n'y a pas de raison qu'une action en matière de filiation doive être portée devant le tribunal, alors qu'une action aux fins de faire modifier la mention de son sexe à l'état civil ne le doit pas »<sup>170</sup>.

---

<sup>163</sup> Assemblée Nationale, Amendement n°282 rectifié, article n°18 QUATER, 12 mai 2016, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3726/AN/282.asp>

<sup>164</sup> Section 2 bis, intitulée « De la modification de la mention du sexe à l'état civil » composée de cinq nouveaux articles de 61-5 à -9.

<sup>165</sup> Exposé sommaire de l'Amendement 282 rectifié, Article 18 Quater du projet de loi, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3726/AN/282.asp>

<sup>166</sup> J.HAUSER, « Un sexe évolutif ? Du transsexualisme, du trans-genre et des prénoms », RTD Civ. 2010 p. 759 « ... faire du sexe un élément soumis à la pure autonomie de la volonté, ce qui permettrait à tout un chacun d'afficher le sexe qu'il désire et d'en changer quand il veut ».

<sup>167</sup> AN, 2e séance du 19 mai 2016, art. 18 quater : « un cadre suffisant pour garantir le respect de l'immutabilité - sic - de l'état des personnes atteintes ».

<sup>168</sup> AN, 1re séance du 12 juill. 2016, art. 18 quater : « L'amendement proposé (...) heurte frontalement le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, le sexe étant un des éléments fondamentaux de celui-ci ».

<sup>169</sup> Rapp. n° 839 de M. Y. DÉTRAIGNE, fait au nom de la commission des lois, art. 18 quater : il insistait, ensuite, sur la nécessaire préservation de la compétence du tribunal de grande instance.

<sup>170</sup> J-J. Urvoas, garde des sceaux, op-cit., Article 18 quater, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2015-2016/20160192.asp#P787824>

Pour le Garde des Sceaux, « *le changement d'état ne doit pas reposer sur une simple déclaration des intéressés. Il faut que la personne puisse démontrer qu'elle considère appartenir de manière sincère et continue au sexe opposé à celui mentionné sur son état civil. Le regard social, qui fait porter à une personne son appartenance à l'un ou l'autre sexe ne peut en effet suffire. Il s'agit d'abord du ressenti personnel de celui ou celle qui souhaite ce changement.*

*Dans le cas contraire, une personne simplement travestie, par exemple pour l'exercice de sa profession, mais sans intention réelle de changement de sexe, pourrait accéder à ce dispositif. Cela n'est évidemment l'intention ni des défenseurs de l'amendement ni du Gouvernement »<sup>171</sup>.*

Mais par-delà cette défense de la juridicisation de la procédure le Garde des sceaux envisageait une évolution en rupture avec la jurisprudence : « *parmi les éléments devant entrer en compte, le fait de ne pas avoir subi d'opération chirurgicale ni de stérilisation ne peut faire à lui seul échec à la demande, ce qui permettra de mettre fin à la principale divergence de la jurisprudence (...) au contraire, si les jurisprudences deviennent constantes, et ne peuvent plus s'opposer au rejet du seul fait de l'absence d'opération chirurgicale, maintenir une présence du tribunal apparaît comme une garantie d'une bonne prise en compte de chacun des intérêts fondamentaux qui sont en jeu »<sup>172</sup>.*

## 2. L'acceptation de la démedicalisation

Les députés déclarèrent leur opposition au maintien de la stérilisation face à la possession d'état en considérant que « *le seul fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut suffire à motiver le refus de faire droit à la demande* ».

Le Sénat s'opposa à une démedicalisation complète sans que soit procédé à une vérification médicale. Il proposa une formulation différente en précisant que « *la réalité de la situation (...) est médicalement constatée* », tout en ajoutant que « *le seul fait de ne pas avoir subi d'opération chirurgicale conduisant à une modification des organes génitaux ou à une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ».

Cette formulation n'était pas sans ambiguïté <sup>173</sup> et ne sera *in fine* pas retenue, mais le caractère vif des débats révèle une situation complexe. Plusieurs amendements n'eurent pas de consécration dans le vote final. Des éléments textuels permettant une distinction plus grande dans le texte entre transsexualisme et intersexualité ne survécurent pas à la navette parlementaire, leur portée était purement formelle mais recherchait une reconnaissance de principe de la réalité des personnes intersexes<sup>174</sup>. Ces propositions tendaient à faire rentrer la reconnaissance des problématiques des personnes intersexes face à la rectification de l'état civil. Le Sénateur R. Mazuir

---

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> Ibid.

<sup>173</sup> ACTE DE L'ÉTAT CIVIL, F. VIALLA, « *Loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil* », D.2016, chron. p.2351.

<sup>174</sup> Amendement COM30-31 et 33 proposé par le sénateur R.MAZUIR

proposait dans trois amendements une telle reconnaissance, leur abandon fut regretté<sup>175</sup>.

Le nouveau régime adopté prévoit uniquement trois conditions, non cumulatives<sup>176</sup>, pour attribuer un changement de sexe devant les juridictions du fond.

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 :*

*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 ».*

La suppression du « quatrième de ces faits qui disposait jusqu'alors « 4° Qu'elle a l'apparence physique du sexe revendiqué par l'effet d'un ou de plusieurs traitements médicaux » conduit à l'abandon de la médicalisation de la procédure.

L'article 61-6 al. 3 précise en outre 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 ».*

De ces conditions, il ne reste aux juges qu'à contrôler la réalité du consentement et à apprécier de la réalité sociale. Le juge peut toujours apprécier la demande avec l'appui de documents médicaux même s'ils ne sont plus de nature à motiver son refus. La médicalisation et le caractère biologique de l'appartenance au sexe furent remis en cause et remplacés par un principe de reconnaissance sociale du sexe d'appartenance.

Le texte inscrit résolument la question dans la notion de possession d'état<sup>177</sup>.

Comme le relevait le Garde des sceaux une combinaison de la volonté individuelle et de la reconnaissance sociale est exigée : *« Le premier sous-amendement, n° 400, a trait à la justification de la possession d'état de l'autre sexe et aux preuves destinées à son établissement. Le changement d'état ne doit pas reposer sur une simple déclaration des intéressés. Il faut que la personne puisse démontrer qu'elle considère appartenir de manière sincère et continue au sexe opposé à celui mentionné sur son état civil. Le regard social, qui fait porter à une personne son appartenance à l'un ou l'autre sexe ne peut en effet suffire. Il s'agit d'abord du ressenti personnel de celui ou celle qui souhaite ce changement. (...) La preuve de ces faits, dont la réunion de*

---

<sup>175</sup> B. MORON-PUECH, « les personnes intersexuées dans le projet de loi sur la justice au XXI<sup>e</sup> S. ? » 04/10/2016, <https://sexandlaw.hypotheses.org/49>

<sup>176</sup> CA Montpellier, 3<sup>e</sup> ch. B, 15-03-2017, n° 16/02691 ; D. 2017 p.816 obs. F. VIALLA

<sup>177</sup> C. FORTIER, « La question du transsexualisme en France », dans *Corps et patrimoine*, LEH 2014, Cahier de droit de la santé n°18, Dir. G. NICOLAS, notamment §VI « Le sexe comme "possession d'état" », p. 278 et s. ;

*plusieurs d'entre eux permettra d'établir la possession d'état de l'autre sexe, est en revanche libre. La méthode du faisceau d'indices reste particulièrement adaptée à la multiplicité des situations individuelles. Il est par ailleurs indiqué que, parmi les éléments devant entrer en compte, le fait de ne pas avoir subi d'opération chirurgicale ni de stérilisation ne peut faire à lui seul échec à la demande, ce qui permettra de mettre fin à la principale divergence de la jurisprudence »<sup>178</sup>.*

Peut-on alors affirmer que le sexe juridique est désormais le sexe social, donc une composante laissée à la libre disposition des personnes... lequel peut fluctuer au cours de la vie et donc qui n'est pas immuable ?

La question se pose alors de savoir si la démedicalisation opérée conduit à remettre en cause la possibilité de réaliser les actes médico-chirurgicaux jusqu'alors exigés ?

Nous ne le pensons pas, le texte conduit simplement à ne plus contraindre la personne transidentitaire à la réassignation. Le consentement à l'acte de « soin » recouvre sa plénitude, là où la jurisprudence conduisait à en priver les personnes souhaitant obtenir un changement « juridique » de sexe. Si la procédure est désormais démedicalisée, cela n'est pas synonyme d'une démedicalisation des parcours transidentitaires, ni non plus la disparition de l'ALD hors catégorie. La démedicalisation réalisée conduit, toutefois, à s'interroger sur ses enjeux, sa logique et sa portée. Il semble bien que l'esprit de la loi soit de circonscrire la démedicalisation à la procédure de changement de la mention de sexe à l'état civil et que ne soit pas remis en cause la possibilité pour les personnes de bénéficier de l'ALD et de solliciter une prise en soin médico-chirurgicale. Le texte permet seulement de reconnaître que les situations des personnes transidentitaires ne peuvent être appréhendées *in abstracto*, que chaque parcours est unique et que la volonté et le consentement du sujet doit (re)devenir la pierre angulaire légitimant le recours ou le non recours aux actes médico-chirurgicaux. Notons cependant que le consentement de la personne, s'il est une condition nécessaire à la validité d'un acte médical, n'est pas une condition suffisante<sup>179</sup>. Dès lors face à toute demande de prise en charge, médicale ou chirurgicale, les équipes soignantes s'interrogeront, aujourd'hui comme hier, sur l'existence d'une nécessité médicale pour la personne<sup>180</sup>, sur la proportionnalité « *bénéfice/risque* » des actes envisagés et, bien évidemment sur le caractère libre et éclairé du consentement émis.

Si la loi de 2016 conduit à garantir la protection de l'intégrité corporelle des personnes transidentitaires, elle se révèle sur bien des aspects imparfaite, voire inachevée.

---

<sup>178</sup> J.-J. URVOAS, garde des sceaux, op-cit., Article 18 quater, ; J.-Y. LE BOUILLONNEC, rapporteur. « *Nous sommes donc satisfaits que vous ayez repris la démarche en intégrant la possession d'état. Je me tourne vers le garde des sceaux : une telle introduction permet de résoudre des problèmes de compétences, la possession d'état relevant de la compétence du juge, comme d'ailleurs celle concernant les modifications de l'état civil* ».  
<http://www.assemblee-nationale.fr/14/crj/2015-2016/20160192.asp#P787824>

<sup>179</sup> F. VIALLA., « Le principe du consentement », in E. Martinez et F. VIALLA (dir.), *Les grands avis du CCNE*, préf. D. Sicard, LGDJ, 2013, p. 129-163.

<sup>180</sup> Code civil Art. 16-3

## Paragraphe II : Les conséquences plurielles de la loi de 2016

Ce nouveau régime permettant une dissociation entre la réalité biologique des individus et la réalité civile de leur appartenance à un sexe, fut critiqué par son absence d'anticipation sur les questions de la filiation biologique, mais aussi sur le rôle de son maintien dans les registres d'état civil.

Certains s'opposèrent vivement à cet amendement qui réalisait une ouverture disproportionnée vers l'autonomie des volontés et qui portait atteinte aux règles constitutionnelles<sup>181</sup>. Des parlementaires estimaient que le changement de sexe était de la compétence de l'ordre judiciaire uniquement, et que l'article 66 alinéa 2<sup>182</sup> de la Constitution tendait à s'appliquer. La seconde critique étant constituée par la qualification de ces mentions en cavalier législatifs contraire à l'article 45 de la Constitution<sup>183</sup>. La décision du Conseil constitutionnel<sup>184</sup> mis un terme au débat.

Des auteurs soulèvent malgré tout l'absence d'anticipation sur les situations à venir<sup>185</sup>.

Et comme le soulignait, Astrid Marais<sup>186</sup> :

*« En outre, la démedicalisation du changement ouvre grande la porte « aux hommes enceints ». Le législateur a pourtant omis de fixer les règles de filiation applicables à un enfant dont un homme serait accouché ».*

Le législateur n'a abordé que très imparfaitement et très parcellairement la question de la filiation. Il envisage la situation des enfants nés avant que le parent n'obtienne un changement de la mention de son sexe à l'état civil<sup>187</sup>, mais observe un silence assourdissant pour ceux des enfants qui naîtraient après ! Ce mutisme dans un contexte de démedicalisation de la procédure laisse pendants de nombreux problèmes. Une personne ayant, juridiquement, changé de sexe peut engendrer dans son « sexe biologique », « *au risque de laisser le juge, fort dépourvu quand l'homme enceint sera venu* »<sup>188</sup>. La question ne semble pas avoir été abordée lors des travaux parlementaires et le Conseil constitutionnel ne s'en est pas davantage emparé<sup>189</sup> «

<sup>181</sup> V. les éléments de la saisine du Conseil constitutionnel ; Cons. constit. Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016.

<sup>182</sup> « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* »

<sup>183</sup> « *Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux Assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* ».

<sup>184</sup> CONS. CONST., 17 NOV. 2016, N° 2016-739 ; D 2017, p. 2351 obs. F. VIALLA ; B. MORON-PUECH, op-cit.

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> A. MARAIS., op-cit.

<sup>187</sup> C.civ. Article 61-8 Créé par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 56 : « *La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification* »

<sup>188</sup>A. MARAIS., JCP G 2016, p.2011 art. préc. ; B. MORON-PUECH, *L'homme enceint et le Conseil constitutionnel* [...], préc. ; S. PARICARD., *L'enfant du transsexuel, in Bioéthique et genre*, LGDJ 2014 Dir. s A-F. ZATTARA-GROS., p.213-226; D. VIGNEAU, « *Transsexualisme et filiation* », dans *Dossier Transsexualisme et droit de la famille*, op-cit. p. 15 ; J-Ph. VAUTHIER et F. VIALLA, « *Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier ?* », D. 2017, point de vue, p.1273-1274 et « *Dédoublement de maternité* » Rev.Droit et Santé 2017, n°78, p.553-557.

<sup>189</sup> Cons. Const., 17 nov. 2016, préc

alors que les « sages » en avaient la possibilité. Une association avait soulevé la question en usant de la voie de la « porte étroite » »<sup>190</sup>.

A défaut d'une intervention du législateur, la jurisprudence aura donc la charge de régler ces problèmes de filiation nés des approximations de la loi de novembre 2016. Ces questions ont au demeurant déjà fait l'objet d'une décision du TGI de Montpellier<sup>191</sup>. Avant d'obtenir du TGI de Montpellier, le 3 février 2011, le changement de la mention de son sexe à l'état civil sans que soit exigée la preuve d'une « réassignation » sexuelle, une personne (alors de sexe masculin à l'état civil) a eu deux enfants avec son épouse. Le couple est demeuré uni après que le changement de la mention du sexe de l'époux ait été prononcé et un nouvel enfant est né, « issue des œuvres charnelles des deux épouses ». La filiation de l'enfant est établie, *a matre*, à l'égard de l'épouse accouchée. Pour l'autre « parente », qui est aussi « géniteur », la question est plus délicate. Le « *dédoublement de maternité* »<sup>192</sup> biologique n'est pas à ce jour juridiquement envisageable, seul étant concevable le recours à l'adoption par l'épouse de la mère, solution rejetée par la requérante. Le TGI souligne qu'en l'état du droit positif, le fait que l'enfant soit issu des spermatozoïdes d'une des parentes « ne peut correspondre en droit qu'à une filiation paternelle ». En outre, la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* ne peut jouer puisque le « géniteur » n'est plus le mari de la mère mais son épouse !

La question se pose alors de savoir si le droit interne porte atteinte aux stipulations de la Convention EDH. La requérante invoque les articles 8 et 14 de la Convention. Comme le souligne M. B. Moron-Puech, « Faudra-t-il considérer que, pour des personnes ayant changé la mention de leur sexe à l'état civil, le fait d'engendrer avec leurs gamètes d'origines rendra caduc la décision prononçant le changement de leur sexe ? »<sup>193</sup>. Telle semble être l'analyse du TGI, la requérante ayant « par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique [...] fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'elle est désormais reconnue comme une personne de sexe féminin, et elle doit en assumer les conséquences à savoir soit procéder à une reconnaissance de paternité sur l'enfant et revenir dans son sexe masculin d'origine soit engager une procédure d'adoption plénière [...] et rester dans son sexe féminin ». **Cela nous semble contestable et conduirait à voir réapparaître la condition de stérilisation.** L'utilisation des organes sexuels à des fins de procréation peut-elle conduire à remettre en cause la modification de la mention de sexe à l'état civil ? Compte tenu de la position de la Cour EDH vis-à-vis de la condition d'irréversibilité et de stérilisation<sup>194</sup>, une telle remise en cause conduirait à une stérilisation « sociale » des personnes transidentitaires en leur interdisant, sinon toute sexualité, du moins la possibilité d'engendrer.

Si la Cour EDH devait se prononcer elle pourrait relever la responsabilité en la matière du législateur qui, en supprimant la condition du caractère irréversible de la transformation de l'apparence, a créé une situation sans prévoir un cadre normatif

<sup>190</sup> B. MORON-PUECH, RDLF 2016, préc.

<sup>191</sup> TGI de Montpellier 22 juillet 2016, RG n° 15/05019, J-Ph. VAUTHIER et F. VIALLA, op-cit., p.1273-1274 et op-cit., p.553-557.

<sup>192</sup>A. MARAIS., art. préc

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> Cour EDH, 6 avril 2017, préc

permettant de régler les questions de filiation. La Cour, dans cette perspective, pourrait ainsi estimer que l'ingérence n'est « *pas prévue par la loi* »<sup>195</sup>. Elle pourrait, encore, se placer sur le terrain de la « *sécurité juridique* »<sup>196</sup>. Assurément existe une base légale interdisant une double filiation maternelle biologique, mais l'évolution initiée par la Loi n'est-elle pas insuffisamment précise et prévisible<sup>197</sup> dans ses conséquences ? Cette position permettrait à la Cour de Strasbourg d'éviter de traiter la délicate question de fond et de renvoyer le soin au législateur de préciser la loi conformément au principe de subsidiarité.

La Cour EDH pourrait aussi adopter une démarche volontariste et imposer une obligation positive, inhérente au respect à l'article 8 de la CEDH, d'établir la filiation biologique conforme au sexe social revendiqué, dès lors que le législateur a ouvert une brèche en supprimant la condition d'irréversibilité et en démedicalisant la procédure. La Cour pourrait à nouveau rappeler, comme dans son arrêt X. et autres c. Autriche du 19/02/2013<sup>198</sup>, que

*« le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait, et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser (Karner, précité, § 41, et Kozak, précité, § 98). En outre, étant donné que la Convention est un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, l'Etat doit choisir les mesures à prendre au titre de l'article 8 pour protéger la famille et garantir le respect de la vie familiale en tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale (Kozak, précité, § 98) ».*

On se rappelle, en effet, que la Cour, dans son arrêt Goodwin c. RU de 2002, en se fondant sur une simple tendance internationale et sur l'évolution de la société, avait reconnu une obligation positive de modifier le sexe sur l'état civil et d'autoriser le mariage des personnes transsexuelles. Une même démarche dynamique, fondée sur « *l'ouverture d'esprit* », le « *pluralisme* », la « *tolérance* », notions inhérentes à une « *société démocratique* » selon la Cour, pourrait être envisageable.

Comme on a pu le constater, « *Du reste, il apparaît clairement que la réponse à la question de la filiation des enfants nés au sein d'un couple dont l'un des membres est une personne transidentitaire relève de la compétence du législateur. Oubliant les enseignements de Carbonnier, "il n'est pas bon de se précipiter pour légiférer sur des cas hors du commun"* »<sup>199</sup>, le législateur a créé une situation inextricable en pensant,

---

<sup>195</sup> Première condition de la conventionnalité d'une ingérence prévue par l'art. 8, §2 CEDH.

<sup>196</sup> Principe « *implicite dans la Convention [constituant] l'un des éléments fondamentaux de l'Etat de droit* » : V. CEDH, Riad et Idiab c. Belgique, 24/01/2008, § 78.

<sup>197</sup> Le contrôle de la prévisibilité de la loi est incorporé par la Cour dans son contrôle de proportionnalité, troisième condition mentionnée dans la clause d'ordre public du §2 de l'article 8 : le contrôle de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique.

<sup>198</sup> Cour EDH arrêt X. et autres c. Autriche du 19/02/2013, § 139 question de l'adoption coparentale par un couple homosexuel

<sup>199</sup> CARBONNIER, Droit civil, Introduction, Vol.1, PUF 2004, p.57

*pourtant, faire œuvre utile. En procédant à raison à la démedicalisation du changement de la mention de sexe à l'état civil sans en envisager toutes les conséquences, "le législateur s'est placé dans une situation « d'incompétence négative»<sup>200</sup>. Il serait bien inspiré de remettre l'ouvrage sur le métier afin d'achever son brouillon plutôt que de se défausser sur des juges forts démunis. Assurément sa latitude d'action est des plus réduites, peut-être faudra-t-il envisager de supprimer la référence aux père et mère au profit de celle de parents. Mais alors naîtront d'autres revendications.*

Il faudrait peut-être ici méditer le « *jugement de Salomon* »<sup>201</sup> où la filiation est basée sur les affections que le cœur manifeste et non sur une soi-disant « *vérité biologique* » ou sur les allégations et affirmations formulées. Mais alors naît un autre problème : comment établir une filiation par le cœur et qui en sera juge ?<sup>202</sup>

Il apparaît cependant que seul l'intérêt de l'enfant devrait être au cœur des réflexions en la matière. La revendication d'une qualité de mère ou de père ne doit pas devenir le prétexte à une revendication d'identité personnelle de parent. Pour l'équilibre de l'enfant en revanche, plusieurs questions méritent d'être posées. Dans une fratrie est-il envisageable que les enfants aient, vis à vis d'un même parent, une filiation différente, le parent pouvant être père de certains et mère d'autres enfants ? La filiation établie vis à vis du parent doit-elle toujours demeurer ancrée dans une vérité biologique ou médicalement constatée ou, ici encore, la possession d'état peut-elle jouer ; la filiation étant alors établie en considération du « *sexe social* » reconnu au parent ?

## Section II : L'universalisme de la binarité

En dépit des évolutions légales, la mention du sexe à l'état civil demeure fidèle à une logique binaire, homme / femme (§1). En dépit des évolutions récentes, le droit semble peu préoccupé par la situation des personnes dites intersexes qui ne se reconnaissent pas dans l'une ou l'autre de ces catégories. (§2).

Paragraphe I : Une binarité omniprésente dépassant le cadre de l'état civil.

L'état civil ne s'inscrit pas comme le seul « *bastion* » d'une vision binaire même s'il en demeure l'exemple le plus évident.

Indéniablement nombre de normes, notamment celles codifiées, démontrent l'existence d'une binarité fondée sur le sexe dépassant la seule dimension de l'état civil. Sommairement, ce sont plus de 400 articles codifiés qui comprennent le terme « *sexe* » dans le corps de texte et dans un nombre équivalent de décrets<sup>203</sup>. Ces mentions poursuivent des logiques différentes. Ainsi la mention apparaît souvent comme permettant la construction de données statistiques, comme une modalité de traitement des données personnelles par les administrations. On connaît de multiples

---

<sup>200</sup> A. MARAIS, art. préc. p.2011

<sup>201</sup> Premier livre des Rois chap. 3, v. 16 à 28

<sup>202</sup> J-Ph. VAUTHIER et F. VIALLA, op-cit., p.1273-1274

<sup>203</sup> Résultat de l'étude menée par les rapporteurs sur une analyse des occurrences dans les bases de données légifrance.

hypothèses où le sexe figure dans des formulaires de renseignements de l'administration, notamment.

De nombreux articles mentionnant le sexe ont pour objet d'assurer une parité entre femmes et hommes. Le sexe est donc un outil pour assurer la parité et l'égalité répartition dans les quorum des assemblées, des jurys, des conseils d'administration etc. Au-delà de la question des quorums, c'est aussi le principe de protection contre les violences et les discriminations faites aux femmes qui impose sa mention dans le corpus juridique français.

Les différentes évolutions normatives effectuées ces derniers temps tendent à une inflation du nombre de mentions à l'identité de genre. La volonté d'améliorer la représentation des femmes dans certaines institutions a conduit à l'adoption de textes nombreux. Signe d'une volonté politique forte, une vingtaine de mentions légales<sup>204</sup> imposent à des assemblées le respect de la parité. Cette démarche positive touche un panel large d'institutions et d'assemblées au niveau des collectivités, mais aussi des organes déconcentrés de l'Etat. La démarche tend à inscrire la loi dans une perspective binaire pour lutter contre les inégalités fondées sur le sexe. Une resexuation des règles au titre de la lutte contre les discriminations est constatée<sup>205</sup>.

C'est cependant bien dans le champ de l'état civil que la question de la division binaire de l'humanité par le droit qui se trouve aujourd'hui à la source de multiples interrogations.

## Paragraphe II : La binarité confronté aux exigences de neutralité

Le 7 mai 2017, la Cour de cassation consacre la binarité en affirmant qu'elle est « *nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* »<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup>à titre d'exemple : LOI n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JORF n°0184 du 9 août 2016 ; LOI n° 2016-483 du 20 avril 2016, JORF n°0094 du 21 avril 2016, relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. ; LOI n° 2015-737 du 25 juin 2015, JORF n°0147 du 27 juin 2015 page 10841 portant transformation de l'université des Antilles et de la Guyane en université des Antilles, ratifiant diverses ordonnances relatives à l'enseignement supérieur et à la recherche et portant diverses dispositions relatives à l'enseignement supérieur. ; LOI n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes., JORF n°0179 du 5 août 2014 page 12949 ; LOI n° 2014-1170 du 13 octobre 2014, JORF n°0238 du 14 octobre 2014 page 16601 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt.

<sup>205</sup> D. LOCHAK, « *Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques* », in *Jurisprudence Revue critique* 2011, p. 44.

<sup>206</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2017 (16-17.189) Cass.civ.1<sup>ère</sup> 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. CATTI, *De la neutralité biologique à la masculinité juridique*, RDLF 2016, chron. n°18, www.revuedlf.com ; F. VIALLA, E. MARTINEZ, Rev. Droit et Santé 2016, n°71, p.427 ; TGI Tours 20 août

La Cour énonce :

*« Et attendu que, si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d'un « sexe neutre » aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination »*

La situation de personnes intersexes<sup>207</sup> pose à cet égard plusieurs problématiques.

Comme le soulignait, en Suisse, la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (CNE) en 2012 : *« 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 »*<sup>208</sup>. Dans le champ médical, ces situations sont qualifiées de *« disorder of sex development »* (DSD) ou de *« troubles du développement sexuel »*. Cette *« appellation »* générique masque, en réalité, une grande variété de diagnostics<sup>209</sup>.

Le débat dépasse ainsi les seules sphères juridique ou médicale, elle interrogent aussi le politique<sup>210</sup>. L'intersexuation se distingue ici des questions soulevées par la transidentité. Elle pose la question d'une possible remise en cause de la binarité.

L'inscription du changement de la mention de sexe à l'état civil dans la notion de possession d'état a permis, nous l'avons vu, de satisfaire aux demandes de démedicalisation de la procédure. Paradoxalement la possession d'état pourrait bien nuire aux revendications légitimes des personnes intersexes. *« Assignées »* dans un sexe, ces personnes sont en effet conduites à adopter un comportement social qui pourrait ensuite conduire à considérer comme justifié leur rattachement, même médicalement artificiel, au sexe mentionné à l'état civil. La lecture de l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Orléans permet de s'en convaincre <sup>211</sup> :

---

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.

<sup>207</sup> V. B. MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire Université Panthéon-Assas, 2010, ss la dir. de D. FENOUILLET, Banque des mémoires ; Droits de l'homme et personnes intersexes. Document thématique publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 23 juin 2015, <https://wcd.coe.int>.

<sup>208</sup> CNE, Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel, questions éthiques sur « l'intersexualité », Prise de position n° 20/2012, Berne, nov. 2012 ; PH. REIGNÉ, Suisse : remise en cause des traitements médicaux pratiqués sur les enfants intersexués, JCP 2012. Act. 1348.

<sup>209</sup> Les formes plus connues sont *« l'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 »* ; CNE Suisse, *supra* note 14, l'incidence et la prévalence des DSD varieraient entre 1:3000 et 1:5000

<sup>210</sup> M. BLONDIN (SOC - Finistère) et C. BOUCHOUX (Écologiste - Maine-et-Loire), co- rapporteurs, op-cit.

<sup>211</sup> CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, n° 15/03281 : JurisData n° 2016-004932 ; D. 2016, p. 904, note B. MORON-PUECH ; D. 2016, obs. PH. REIGNE ; AJ fam. 2016 p. 261, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; AJ fam. 2016,

« Attendu qu'en l'espèce Monsieur X présente une apparence physique masculine, **qu'il s'est marié en 1993 et que son épouse et lui ont adopté un enfant,**

• Attendu qu'il demande la substitution de la mention « sexe neutre » ou « intersexe » à la mention « sexe masculin »,

• **Attendu que cette demande, en contradiction avec son apparence physique et son comportement social, ne peut être accueillie,**

• Attendu qu'au surplus, en l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, il n'est pas envisagé la possibilité de faire figurer, à titre définitif, sur les actes d'état civil une autre mention que sexe masculin ou sexe féminin, même en cas d'ambiguïté sexuelle,

• Qu'admettre la requête de Monsieur X reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la création relève de la seule appréciation du législateur,

• Que cette reconnaissance pose en effet une question de société qui soulève des questions biologiques, morales ou éthiques délicates alors que les personnes présentant une variation du développement sexuel doivent être protégées pendant leur minorité de stigmatisations, y compris de celles que pourraient susciter leur assignation dans une nouvelle catégorie ».

Le fait que cette personne, qui selon la Cour d'Orléans, « présente indiscutablement et aujourd'hui encore une ambiguïté sexuelle », se soit comportée socialement comme un homme, un mari et un père, conduit à l'enfermer irrémédiablement dans un genre ou dans l'autre. Une personne intersexe n'ayant pas, du fait de la binarité imposée, d'autres choix que d'accepter le sexe à elle assigné ou de demander un changement de cette mention à l'état civil ! Encore faudrait-il qu'elle souhaite être « assignée » dans l'autre genre et qu'elle soit socialement considérée comme vivant dans cet autre genre. Or, précisément, certaines personnes présentent médicalement une réelle « ambiguïté », et ne se considèrent aucunement comme « l'un ou l'autre ». Rappelons qu'en latin le terme « neuter » est formé de la négation « ne » et du pronom interrogatif « uter » qui signifie « lequel des deux ». « Neuter » peut donc ainsi s'entendre : « aucun des deux ».

Il faudrait peut-être méditer ces quelques lignes écrites par Ovide : « (...) nec duo sunt et forma duplex, nec femina dici / nec puer ut possit, neutrumque et utrumque uidentur » (« ils ne sont plus deux, mais une forme double, dont on ne peut dire si elle est fille ou garçon ; ils semblent n'être ni l'un ni l'autre et être l'un et l'autre »).

Quelle que soit la position adoptée dans le champ de l'état civil, maintien absolu de la binarité ou évolution, la question se pose de la légitimité et de la licéité des actes médico-chirurgicaux réalisés sur les personnes intersexes, souvent mineures.

Comme nous avons pu l'écrire<sup>212</sup> :

---

p. 233, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; JCP G 2016, n° 492, note F. VIALLA ; Gaz. Pal. 12 juill. 2016, n° 270p2, p. 81, obs. B. BLOQUEL ; LPA 2 mai 2016, p. 9, note M. PERON

<sup>212</sup> J-Ph VAUTHIER et F. VIALLA, op-cit. p.1399.

« Pour la Cour de cassation, cependant, la binarité n'est aucunement discutable et imposerait qu'un choix soit arrêté dans les premiers jours, plus exceptionnellement les premiers mois ou années de l'enfant. Mais cette exigence peut-elle pour autant justifier les interventions médico-chirurgicales ? Les dispositions de l'article 16-3, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil précisent que l'atteinte licite à l'intégrité corporelle requiert l'existence d'une « nécessité médicale » pour la personne. La nécessité juridique, si elle existe, ne saurait se confondre avec la nécessité médicale et seule la seconde justifie l'atteinte au corps du sujet. Ajoutons qu'avec les dispositions de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, la question de l'assignation » ou de la « réassignation » chirurgicale prend un tour nouveau<sup>213</sup>. Avec les progrès de la médecine, la « pathologisation » contestable de la situation des personnes « intersexuées » et la « légitimation » des actes médico-chirurgicaux prennent également un tour nouveau. La possibilité d'un diagnostic prénatal des fœtus intersexués laisse, en effet, planer l'ombre de la demande d'interruption de grossesse<sup>214</sup> ».

Au-delà des questions essentielles d'état civil, les pratiques médico-chirurgicales<sup>215</sup> que l'on qualifie parfois « d'assignation » ou de « réassignation », soulèvent des interrogations tenant tout autant à la clinique, qu'à l'éthique et au droit, c'est l'ensemble de la société qui devrait s'interroger.

Lorsque la forme de VDS expose à « des complications qui requièrent des mesures médicales, car elles peuvent représenter un risque vital (insuffisance surrénalienne ou perte de sel, par exemple) ou être associées à un risque accru de cancer »<sup>216</sup>, la prise en charge médico-chirurgicale paraît légitime.

Comme nous le soulevions :

« L'atteinte à l'intégrité corporelle n'est envisageable qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. L'acte de « réassignation » doit, donc, être incontournable, il ne doit y avoir d'autre alternative pour sauvegarder la santé de la personne. Or la prise en soin médico-chirurgicale peut entraîner, en cas de réassignation, une agénésie irréversible. L'hormonothérapie prescrite, parfois hors autorisation de mise sur le marché (AMM), peut conduire à confiner la personne dans une situation pathologique viagère. Une question mérite d'être posée : l'impossibilité de rattacher une personne à un sexe déterminé relève-t-elle toujours de la pathologie ? Si une réponse négative est envisageable en certaines occurrences, alors la qualification de la « nécessité médicale » se révèle problématique.

Ajoutons que le Code de la santé publique impose des règles précises quant à la licéité de l'acte qui doit être accompli en conformité avec les « connaissances

---

<sup>213</sup> B. MORON-PUECH, op-cit.

<sup>214</sup> M. RAZ, « Médecins israéliens face au diagnostic prénatal des foetus intersexués », Sciences sociales et santé 2015/1, vol. 33, p. 5-34 ; C. KRAUS, « Diagnostiquer les foetus intersexués : quoi de neuf docteurs ? », Sciences sociales et santé 2015/1, vol. 33, p. 35-46

<sup>215</sup> C. NIHOUL-FEKETE, « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », dans Regards croisés sur le genre, supra note 4, p. 57 ; Cons. Europe, AP, Résol. 1952 (2013), 1<sup>er</sup> oct. 2013, V. obs. PH. REIGNÉ, JCP 2013. 1149 ; obs. F. VIALLA, RDS 2014, n° 57, p. 939-941, et obs. V. FORTIER, p. 942-945 ; www.bnds.fr.

<sup>216</sup> Ibid.

médicales avérées »<sup>217</sup> et autres « données acquises de la science »<sup>218</sup>. L'article L. 1110-5 impose aussi une exigence de proportionnalité bénéfice escompté/risques encourus.

Les règles déontologiques sont également de nature à guider l'homme de l'art. Le praticien doit s'interdire « de faire courir au patient un risque injustifié »<sup>219</sup>, il ne peut pratiquer « aucune intervention mutilante (...) sans motif médical très sérieux »<sup>220</sup>. S'agissant d'un mineur, l'article R. 4127-43 précise, encore, que : « le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage ».

Ces règles sont à mettre en perspective avec l'article 55 de la circulaire précitée du 28 octobre 2011.

On ne peut que noter l'existence de contradictions entre les règles de droit. D'une part, l'acte ne peut être accompli qu'en cas de certitude au regard d'une nécessité médicale, et aucunement au nom d'une nécessité juridique. D'autre part, un choix dans les deux ans de la naissance semble exigé ! On imagine le malaise de praticiens peu au fait de la hiérarchie des normes »<sup>221</sup>.

Il convient donc d'affirmer que quelle que soit l'évolution prochaine du droit sur la question de la binarité, l'abord médico-chirurgical doit être appréhendé au prisme, non du droit de l'état civil, mais bien sous l'angle de la protection de l'intégrité corporelle telle qu'encadrée par les dispositions du Code civil, du Code pénal et du Code de la santé publique. A ce titre, il faut, en effet, rappeler avec force qu'il existe une différence fondamentale, quant à l'objet de la décision, selon que l'on se positionne du côté du praticien ou du patient : « pour le médecin, l'objet est un traitement pour le sujet ; pour le malade, l'objet c'est lui-même »<sup>222</sup>. Comme nous l'écrivions, « le patient n'est pas réductible à un corps vivant, il est aussi un corps vécu »<sup>223</sup>, et « la situation de l'enfant est aussi à appréhender au regard du futur adulte qu'il sera »<sup>224</sup>.

Si le « diagnostic » de VDS est tardif, l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique permet au médecin de « se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé ».

Il demeure bien entendu des situations qui justifient, voire exigent, une prise en charge médicale lorsqu'un risque est identifié. Lorsque l'acte médico-chirurgical ne s'inscrit pas dans la « nécessité médicale »<sup>225</sup> il faudrait prôner un suivi, médico-psychologique et psychosocial, d'attente, qui permettrait que le mineur puisse ultérieurement être

---

<sup>217</sup> Art. L. 1110-5 CSP

<sup>218</sup> Art. L. 4127-32 CSP ; V. F. VIALLA, « Données acquises de la science, connaissances médicales avérées », in op-cit.

<sup>219</sup> Art. R. 4127-40 CSP

<sup>220</sup> Art. R. 4127-41 CSP

<sup>221</sup> F. VIALLA, op-cit., p.2295

<sup>222</sup> J.-P. PIERRON, Une nouvelle figure du patient ? Les transformations contemporaines de la relation de soins, Sciences sociales et santé, vol. 2, 2007, n° 25-2, p. 43

<sup>223</sup> F. VIALLA, op-cit., p. 138 ; J. RUSS et C. LEGUIL, *La pensée éthique contemporaine*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2012, p. 58

<sup>224</sup> F. VIALLA, op-cit., p.2295

<sup>225</sup> C.Civ Art. 16-3

associé à la décision. Il faut œuvrer « *fermement pour que les enfants puissent prendre part, en fonction de leur maturité, aux décisions relatives à des traitements médicaux avant même qu'ils soient capables de discernement, et qu'il soit tenu compte de leur avis autant que possible* »<sup>226</sup>, et considérer que : « *le principe qui devrait guider la pratique à l'égard des variations du développement sexuel est le suivant : pour des raisons éthiques et juridiques, aucune décision significative visant à déterminer le sexe d'un enfant ne devrait être prise avant que cet enfant puisse se prononcer par lui-même dès lors que le traitement envisagé entraîne des conséquences irréversibles et peut être reporté* »<sup>227</sup>.

Le maintien de la binarité fait peu cas de la situation des personnes présentant une VDS<sup>228</sup>.

L'exigence juridique « *d'assigner un sexe* »<sup>229</sup> se heurte parfois à l'impossibilité, médicale, de le déterminer. Dans de telles situations le risque est réel que soit opéré un rattachement artificiel. Les termes, d'une validité contestée<sup>230</sup>, de l'article 55 de la circulaire du 28 octobre 2011<sup>231</sup> laissent songeurs sur l'acceptation par le droit de cette catégorisation artificielle :

*« Lorsque le sexe d'un nouveau-né est **incertain**, il convient d'éviter de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de **se renseigner** auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît **le plus probable** compte tenu, le cas échéant, des résultats **prévisibles** d'un traitement médical ».*

Or nous l'avons vu le recours à de tels actes médico-chirurgicaux est contestable. Comme nous le relevions :

*« Les termes employés, « incertain », « probable », « prévisible » sont révélateurs de la création d'une fiction juridique induisant une intervention médicale ! Plus étonnant, le texte précise, ensuite : « Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance ». La circulaire semble conduire à la nécessité de « trancher » médicalement et juridiquement la question dans un délai de deux ans ! Comme le souligne le tribunal de grande instance, qui évoque un «*

<sup>226</sup> CNE Suisse, *supra* note 14, p. 13

<sup>227</sup> CNE Suisse, *supra* note 14, p. 13

<sup>228</sup> T. HAMMARBERG, *op-cit.* ; PH. REIGNÉ ; Doc. thématique publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, 23 juin 2015, <https://wcd.coe.int> ; CNE SUISSE, « *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel, questions Éthiques sur l'intersexualité* », Prise de position n° 20/2012, Berne, novembre 2012 ; JCP 2012, act. 1348, obs. PH. REIGNÉ ; B. MORON-PUECH, « *Les intersexuels et le droit* », Mémoire univ. Panthéon-Assas, 2010, dir. D. FENOUILLET, BANQUE DES MÉMOIRES ; Droits de l'homme et personnes intersexes ; F. VIALLA, « *La neutralité rejetée* », La Semaine Juridique Edition Générale n°17, 27 Avril 2017

<sup>229</sup> V. Paris, 18 janv. 1974, D. 1974. 196, concl. Granjon.

<sup>230</sup> B. MORON-PUECH, D. 2017, préc., note 19 : « *Rappelons qu'en vertu de l'art. 34 de la Constitution les questions d'état des personnes relèvent du seul législateur, de sorte qu'une telle circulaire est probablement illégale* » ; Rappr. B. MORON-PUECH, Les intersexuels et le droit, D. FENOUILLET (dir.), Mémoire de Master 2, Banque des mémoires de l'Université Panthéon-Assas, n° 11

<sup>231</sup> NOR:JUSC1119808C, relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation

*vide juridique », la possibilité perdure pourtant que le sexe ne puisse pas être déterminé dans ce délai »<sup>232</sup>.*

**Les considérations scientifiques, quant à la réalité d'une variation du développement sexuel, permettent de penser que la binarité, approchée médicalement est une « réalité » contestable ; le droit peut-il demeurer sourd à l'incertitude médicale et maintenir le principe de la dualité juridique des sexes ?**

Le médecin, en garant de la déclaration du sexe à l'officier d'état civil, voit sa pratique confrontée aux cas difficiles des personnes présentant une variation du développement sexuel. L'usage du terme désordre du développement sexuel (DSD) ayant conduit un certain nombre de représentants d'associations à déplorer cette pathologisation de la situation des intersexes<sup>233</sup>.

Certaines pratiques médicales sont aujourd'hui contestées sur le terrain des droits de l'Homme, la pathologisation des VDS ayant entraîné des pratiques mutilantes<sup>234</sup>. La protection de l'intégrité corporelle doit être une préoccupation majeure et prépondérante<sup>235</sup>.

En outre, les problématiques d'assignation au-delà des questions transidentitaires qui s'expriment à l'adolescence et à l'âge adulte touchent ici le plus souvent l'enfant, le nouveau-né, le mineur et l'interrogation porte dès lors sur sa capacité à consentir et sur les mesures pouvant être prises par les parents sans porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. Une prise en charge précoce n'est pas exclusive par principe de l'intérêt de l'enfant<sup>236</sup>. Toutefois, le recours à des actes médicaux irréversibles nécessite de s'interroger sur la notion de « nécessité médicale pour la personne » (C.civ. Art 16-3) et sur le respect de la proportionnalité « bénéfique/risque » (CSP Art. L1110-5). Conformer, notamment chirurgicalement, une personne à un sexe anatomique en concordance avec un standard social est-il toujours légitime ?

Ne peut-on pas, avec M<sup>me</sup> Rassat, considérer que : « *Vouloir à tout prix répartir tous les hommes en deux catégories et deux seulement alors que cela est en complète contradiction avec la nature est totalement artificiel et constitue la négation du fait humain par le Droit* » <sup>237</sup>.

La volonté de rattachement à la binarité justifie-t-elle les souffrances physiques, psychiques et parfois identitaires d'un individu et comment aménager ce refus de rattachement ?

---

<sup>232</sup> F. VIALLA, Substitution à l'état civil de la mention « sexe neutre » à celle « de sexe masculin » *Neuter*, note sous TGI Tours 20-08-2015, Dalloz 2015 p.2295

<sup>233</sup> V. GUILLOT, co-fondateur de l'Organisation internationale des intersexes (OII), entendu au cours de la table ronde du 12 mai 2016 pour l'établissement du rapport sénatorial de 2017.

<sup>234</sup> Défenseur des droits au cours de son audition, le 16 février 2017, « *au titre de la société, peu importe au fond l'ampleur arithmétique de la question, il faut la traiter en tant que telle* ». Compte rendu de l'audition du 16 février 2017 du Rapport sénatorial.

<sup>235</sup> Conseil d'Europe, Résolution 1952, 1er oct. 2013 ; Ph. REIGNÉ JCP 2013, act. 1149 ; F. VIALLA Revue droit et santé, 2014, n° 57, p. 939-994 ; V. FORTIER Revue droit et santé 2014, n° 57, p. 942-945, www.bnds.fr

<sup>236</sup> M. BLONDIN (SOC - Finistère) et C. BOUCHOUX (Écologiste - Maine-et-Loire), co-rapporteuses, op-cit.

<sup>237</sup> M.-L. RASSAT, op-cit., p. 661.

La question de la neutralité fait l'objet d'importantes réflexions de certaines associations<sup>238</sup>. Sur le plan judiciaire les affaires sont relativement isolées ce qui tend à démontrer que les personnes intersexes n'accèdent pas véritablement au droit et se soumettent encore à l'exigence de bipartition. L'affaire jugée par le TGI de Tours <sup>239</sup>, la Cour d'appel d'Orléans<sup>240</sup> et en 2017 par la Cour de cassation<sup>241</sup> prend dès lors une importance majeure<sup>242</sup>

L'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017<sup>243</sup>, rejeta la demande d'une personne intersexe. La motivation de l'arrêt est pour le moins laconique. L'affirmation du caractère incontournable de la binarité par la haute juridiction « *laisse penser qu'existe désormais une règle coutumière générale selon laquelle il n'y aurait pas, du moins dans l'ordre judiciaire, d'autres sexes que le masculin et le féminin* » <sup>244</sup>. Toutefois la Cour EDH étant saisie, on peut souligner avec M. Moron-Puech que la question n'est pas encore définitivement tranchée : « *Or, depuis qu'a été ouvert un recours en réexamen des décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée en cas de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>245</sup>, il n'est plus possible de considérer qu'à ce jour cette question serait définitivement tranchée en droit français. C'est en ce sens que la décision peut être dite provisoire. Elle est en outre partielle, en ce que la solution apportée par la Cour de cassation ne vaut que dans l'ordre judiciaire. Rien ne dit que l'analyse du Conseil d'État - lequel pourrait être amené à statuer sur cette question au travers d'un contentieux de la mention du sexe sur des documents administratifs autre que le registre d'état civil - aille dans le même sens* ».

Les fondements de la décision sont particulièrement succincts et « *Une telle affirmation n'échappe néanmoins pas à la critique. Sur la forme, d'une part, on regrettera l'absence de toute motivation. S'agissant d'une règle qui n'était écrite nulle part, on eût aimé que la Cour de cassation indiquât d'où provenait cette règle* »<sup>246</sup>.

Sur le fond l'affirmation est fragilisée par l'absence de toute référence textuelle :

*«la Cour ne précise pas sur quels fondements reposerait l'impossibilité d'inscrire une autre mention que féminin ou masculin à l'état civil. Comme l'a relevé le demandeur au pourvoi, l'article 57 du Code civil ne l'interdit pas, ni les autres textes relatifs à l'état civil. Seul l'article 55 de la circulaire du 28 octobre*

---

<sup>238</sup> V. GUILLOT, co-fondateur de l'Organisation internationale des intersexes (OII), op-cit.

<sup>239</sup> F. VIALLA, op-cit., p.2295

<sup>240</sup> Cour d'appel d'Orléans, 22 mars 2016, DE LA NEUTRALITÉ BIOLOGIQUE À LA MASCULINITÉ JURIDIQUE. NOTE SUR LA QUALIFICATION DE LA COUR D'APPEL D'ORLÉANS, <http://www.revuedlf.com/typechronique/commentaire/> par Marie-Xavière Catto, <http://www.revuedlf.com/auteurs/marie-xaviere-catto/> ; Rémy Libchaber, D. 2016, p. 20 ; Patrice Le Maigat, Rencontres du Troisième sexe : Le Juge et l'Hermaphrodite ou les incertitudes du genre Identité sexuelle et droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH), La Revue des droits de l'homme Actualités Droits-Libertés | 2016 [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 03 juin 2016, URL : <http://revdh.revues.org/2102> ; F.VIALLA, JCP G 2016, 492 ; PH. REIGNÉ, L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil, D. 2016. 1915.

<sup>241</sup> Cour de cassation, 1re civ., 4 mai 2017;J-PH. VAUTHIER et F. VIALLA, op-cit., p.1399 ; B. MORON-PUECH, op-cit.

<sup>242</sup> R. LIBCHABER, les incertitudes du sexe, D 2106, p.20

<sup>243</sup> Cour de cassation, Première chambre civile, Arrêt du 4 mai 2017 n° 531 (16-17.189) ;Patrice Le Maigat, Gazette du Palais - 16/05/2017 - n° 19 - page 20 ; Maxime Péron, Petites affiches - 16/06/2017 -n° 120 - page 18

<sup>244</sup> B. MORON-PUECH, D. 2017, p.1404

<sup>245</sup> art. 452-1 COJ

<sup>246</sup> op.cit

2011, relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, traite de la question des enfants intersexes et suggère de retarder la mention du sexe à l'état civil « dans certains cas exceptionnel ». Outre que ce texte, issu d'une simple circulaire, pousse à l'accomplissement de certains actes chirurgicaux d'assignation sexuelle, soulevant la question de l'intérêt thérapeutique de tels actes, il convient de remarquer qu'il ne préconise que d'éviter » de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans l'acte de naissance de l'enfant, sans l'interdire expressément »<sup>247</sup>.

Comme le remarque M. Moron-Puech,

« le seul texte qui aurait pu véritablement faire obstacle à cette reconnaissance est une circulaire de 2011 relative à l'état civil<sup>248</sup>, laquelle recommandait, en présence de personnes intersexuées, de recourir aux seuls sexes masculin et féminin - encore que, comme l'a bien relevé le tribunal de grande instance dans cette affaire, cette circulaire ne prévoit que l'hypothèse d'une impossibilité provisoire de rattachement d'une personne intersexuée aux catégories d' « homme » et de « femme » et non celle d'une impossibilité durable. Cependant, ce texte n'est qu'une circulaire, au demeurant illégale »<sup>249</sup>.

L'interprétation littérale des textes « évoquant l'existence de deux sexes ne permet nullement de conclure au rejet d'un troisième sexe »<sup>250</sup>. Surtout, l'article 57 du Code civil s'il précise que « L'acte de naissance énoncera [...] le sexe de l'enfant » ne limite pas expressément le nombre de mention !

Le contrôle de conventionnalité réalisé par la haute juridiction n'est pas, lui non plus, exempt de toute critique. Ce contrôle de la conventionnalité des « règles » imposant la bipartition F/M n'est pas réalisée *in concreto* mais *in abstracto* : « en effet, lorsque la Cour examine la proportionnalité de l'atteinte au droit du requérant - l'un des éléments du contrôle de conventionnalité imposé par l'article 8 précité -, elle ne se soucie nullement des problèmes rencontrés concrètement par le requérant en raison de la négation de son identité sexuée. La Cour s'intéresse seulement aux problèmes que soulève, en règle générale, la reconnaissance d'un troisième sexe, et cela d'ailleurs en invoquant des arguments quelque peu surprenants »<sup>251</sup>. L'argument tiré des « nombreuses modifications législatives de coordination » qui seraient nécessaires peine à convaincre, car le rôle de la Cour de cassation ne peut être confondu avec celui du législateur auquel elle n'a pas, au demeurant, pour fonction d'épargner la tâche d'avoir à procéder aux « modifications législatives de coordination »<sup>252</sup>.

---

<sup>247</sup> J-Ph. VAUTHIER ET F. VIALLA, D. 2017, p.1399 et s. ; B. Moron-Puech, D. 2017, préc.

<sup>248</sup> Circ. du 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, § 55

<sup>249</sup> B. MORON-PUECH, D. 2017, préc., note 19 : « Rappelons qu'en vertu de l'art. 34 de la Constitution les questions d'état des personnes relèvent du seul législateur, de sorte qu'une telle circulaire est probablement illégale » ; Rapp. B. MORON-PUECH, Les intersexuels et le droit, D. FENOUILLET (dir.), Mémoire de Master 2, Banque des mémoires de l'Université Panthéon-Assas, n° 11

<sup>250</sup> B. MORON-PUECH, D. 2017, préc.

<sup>251</sup> op. cit

<sup>252</sup> M. GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », La Semaine Juridique Edition Générale n° 25, 19 Juin 2017, doct. 716; Moron-Puech, D. 2017, préc.

**Surtout, la Cour n'aborde pas dans son contrôle de conventionnalité la question des obligations négatives. Elle n'a pas motivé que l'atteinte à la vie privée du requérant est réellement envisagée par la loi, il fallait, encore envisager si cette atteinte répondait à un but légitime.**

Sur le premier point l'affirmation de l'existence d'une base légale de la binarité est, nous l'avons vu, contestable, mais il faudrait, en sus que la règle puisse être considérée comme prévisible dans son application, ce qui est fortement discutable.

Quant à la légitimité des buts poursuivis, la Cour le justifie laconiquement en affirmant que la bipartition « *est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* ».

L'affirmation est ici encore discutable :

*« Premièrement, le but légitime avancé n'est pas tout à fait exact : si l'on peut éventuellement approuver - mais encore faudrait-il le démontrer via les sciences sociales - l'idée selon laquelle notre organisation sociale serait fondée sur la binarité des sexes, cela est impossible pour l'organisation juridique. Le fondement de l'organisation juridique, c'est la Constitution de 1958. Or, nulle part dans cette Constitution il n'est affirmé qu'il ne pourrait exister que deux sexes. Certes l'homme et la femme sont mentionnés<sup>253</sup>, mais sans volonté expresse d'exclure les personnes intersexuées. Deuxièmement, le but légitime invoqué par la Cour de cassation ne correspond expressément à aucun des buts limitativement<sup>254</sup> énumérés dans l'article 8 de la Convention EDH<sup>255</sup>. Dès lors, l'argument est inopérant.*

*Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il est permis de considérer que la négation de l'identité sexuée du requérant par la Cour de cassation ne repose sur aucune justification juridique »<sup>256</sup>.*

- Comme le relève la Cour de cassation la reconnaissance de la neutralité nécessiterait l'origine une série de correctif juridique. Dans les règles de parité prévoyant un « *un pour un, homme, femme* »<sup>257</sup> où est-il possible de placerse situerait le « neutre ».

---

<sup>253</sup> Art. 1<sup>er</sup> ; rappr. art. 3 évoquant les deux sexes.

<sup>254</sup> CEDH 10 mars 2015, n° 14793/08, *Y.Y. c/ Turquie*, § 76 ; D. 2015. 1875, note PH. REIGNE, 2016. 752, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, et 915, obs. REGINE; AJ fam. 2015. 542, obs. PH. REIGNE; RDSS 2015. 643, note S. PARICARD; RTD civ. 2015. 331, obs. J.-P. MARGUENAUD, et 349, obs. J. HAUSER; Le sexe, même si ce n'est pas forcément la solution du droit, repose sur une pluralité de composantes relevant de la biologie, de la psychologie et du comportement social. À cet égard, la distinction du sexe et du genre, construite sur une opposition du biologique et du psycho-social, ne nous paraît pas pertinente. Sur les raisons de ce rejet, V. M.-X. CATTO Avis de la CNCDH sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, Rev. dr. homme, Actualités Droits-Libertés, juill. 2013 ; B. MORON-PUECH, Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt *Y. Y. c/ Turquie* du 10 mars 2015, Rev. dr. homme, Actualités Droits-Libertés, mars 2015, note 2

<sup>255</sup> Le but « *relatif à la défense de l'ordre* » ne pourrait pas semble-t-il englober le but mentionné par la Cour, puisque ordre est ici compris comme synonyme de sécurité et non d'organisation. Rappr. la version anglaise de l'art. 8 qui utilise le terme *disorder*

<sup>256</sup> B. MORON-PUECH, D. 2017, préc.

<sup>257</sup> Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles

L'incompatibilité touche aussi les dispositions relatives à l'inscription ou à l'organisation des données à caractères sexuels. Actuellement, la neutralité tend à être impossible dans une organisation et une présentation fondée sur le sexe, sauf à inscrire la mention à la marge ou à étendre les inscriptions à ce cas précis. En outre, la logique derrière ces mentions en liste au sexe renvoie nécessairement à la surveillance et à l'observation des pratiques discriminatoires. Toutefois, il apparaît que dans un ensemble d'organigrammes et de présentations des données fondées sur le sexe certaines sont effectuées dans le but d'un confort de lecture théorique et une catégorisation binaire des données.

Dans les cadres autres que ceux des questions de parité et de quorum, l'existence d'une revendication de neutralité n'apparaît pas nécessairement source de problématique au-delà de l'interprétation du texte par les juridictions.

La reconnaissance de la « neutralité » n'apparaît pas nécessairement source de problématique insurmontable. En termes de discrimination, les dispositions de l'article 225-1<sup>258</sup> du Code pénal exposent que la protection porte aussi sur les atteintes « supposées » et s'étend aux discriminations relatives au genre<sup>259</sup>. Ces modalités touchent aussi les circonstances aggravantes dans les articles 132-77 et suivants du même Code. Mais le caractère infractionnel de la discrimination n'est aucunement conditionné par la persistance de la mention du sexe à l'état civil. Les discriminations raciale ou religieuse sont sanctionnée sans que la « race » ou la religion soient érigées en élément de l'état civil.

## Partie II L'opportunité d'aménagement de la mention du sexe à l'état

Les situations des personnes transgenres et intersexes au regard du droit nécessitent *a minima* que des aménagements soient envisagés. L'opportunité d'une réforme apparaît et plusieurs propositions inspirées des droits étrangers peuvent être la source de nouvelles réflexions. Ainsi, si l'on souhaitait maintenir la mention du sexe à l'état civil, il est clair que des aménagements seraient à prévoir (Chapitre 1). Il ne faut cependant pas oublier les conséquences de tels aménagements sur les tiers, notamment en ce qui concerne le droit de la filiation (Chapitre 2).

### Chapitre I : Les aménagements de la mention du sexe à l'état civil : entre neutralité, neutralisation rationalisée et mutabilité

Si les avancées réalisées par la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle étaient attendues, il n'en demeure pas moins que la loi adoptée montre encore des zones d'ombre. En effet, en permettant une dualité entre le sexe biologique et le « sexe juridique » ou social, des problématiques nouvelles sont posées, notamment s'agissant de la filiation.

---

<sup>258</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle

<sup>259</sup> Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté

Dès lors, dans l'hypothèse d'un maintien du changement de sexe, deux propositions seraient envisageables. D'une part, procéder à une nouvelle approche du sexe oscillant entre nouvelle catégorie sexuée et invisibilité de la mention (Section 1), d'autre part, penser à améliorer le régime de changement mis en place par la loi dite « J21 » afin d'assurer une plus grande mutabilité de la mention (Section 2).

## Section I : Entre neutralité absolue et neutralité rationalisée

La création du troisième sexe, c'est-à-dire, d'un sexe neutre (paragraphe I), mais aussi, l'opportunité d'en envisager sa neutralisation (paragraphe II), ne sont pas dénuées de conséquences. En effet, comme le pressentait la première chambre civile de la Cour de cassation dans sa décision du 7 mai 2017, les répercussions d'une réforme de la mention du sexe à l'état civil seront vastes, et surtout dépasseraient le champ de l'état civil (paragraphe III).

Paragraphe I : La création d'une troisième mention du sexe : le sexe neutre.

Notre société est incontestablement marquée par la binarité. L'article 57 du Code civil cependant ne limite pas expressément le choix à deux options. La différenciation sexuée était également implicite lorsqu'il s'agissait du mariage. Cette « condition » du mariage a cependant disparu, mais la mention du sexe est toujours requise dans l'inscription à l'état civil.

A l'heure où la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle facilite la procédure de changement juridique de sexe, les personnes intersexes se sentent exclues des nouvelles dispositions des articles 61-5 et suivants du Code civil, qui visent pourtant « *toute personne majeure ou mineure émancipée* ».

Cette exclusion est due au maintien de la binarité sexuée. En effet, une partie des personnes porteuses de V.D.S. souhaite que leur non appartenance à l'un des deux sexes soit reconnue... Ce qui demeure impossible aujourd'hui et constitue une entorse aux droits relatifs à l'identité de genre.

La création d'une troisième catégorie serait donc envisageable, dans la mesure où la procédure de changement de sexe deviendrait effectivement ouverte à tous. Cependant, la création d'une mention « neutre » nécessite que certains aménagements soient pris en compte.

Cette mention devrait-elle ne bénéficier qu'aux personnes médicalement reconnues comme étant intersexes? Cette proposition ne semble pas opportune à l'heure où le législateur du XXIème siècle a consacré la démedicalisation de la procédure de changement de sexe des articles 61-5 et suivants du Code civil.

La création d'une troisième mention où ne figureraient uniquement les personnes reconnues médicalement intersexes pourrait avoir pour conséquences de stigmatiser cette catégorie de personnes et donc accentuer les discriminations à leur égard. Mais cette potentielle stigmatisation serait-elle supérieure ou moindre que celle subie du fait de l'exigence juridique d'assignation artificielle dans une des deux catégories actuelles ?

La deuxième difficulté à soulever dans la création de cette troisième mention tient à sa dénomination. Comment traduire en une mention la pluralité des situations présentées par les « personnes intersexes ». De multiples possibilités pourraient être envisagées, notamment « sexe neutre » ou encore « intersexe ». Ces deux propositions n'en demeurent pas moins restrictives. Dans le même ordre d'idée, les qualificatifs « *non spécifique* » ou « *indéterminé* » comme celles utilisés en Australie, feraient penser qu'une indécision pèse sur la sexuaction de la personne, ce qui ne sera pas nécessairement le cas et qui ne servirait à rien, dans le sens où une mesure d'indécision n'a pas sa place dans l'état civil.

L'Australie peut être qualifiée de pays précurseur dans la prise en compte de la non binarité en droit. Ainsi, La « *guideline* »<sup>260</sup>, imposée depuis 2013 au gouvernement australien expose la volonté de ne plus inscrire le sexe dans la nécessité d'une réassignation ou d'un traitement. Cependant, la personne devra prouver par certificat médical son genre<sup>261</sup>, en notant que le terme utilisé ne lie pas l'administration. L'administration dans ces inscriptions ne dispose que de trois options, inscrire un sexe féminin ou masculin (F ou M), et en cas d'impossibilité à spécifier le sexe dans les deux catégories précédentes, la mention X.

La décision « NSW REGISTRAR OF BIRTHS, DEATHS AND MARRIAGES v NORRIE » de la Cour fédérale australienne du 2 avril 2014 est allée plus loin encore dans la non binarité en acceptant qu'une personne transsexuelle voit sa mention à l'état civil modifiée en sexe neutre alors même que cette dernière n'était pas porteuse de V.D.G., ce qui nous montre ici que le genre est effectivement pris en considération<sup>262</sup>.

Il conviendrait donc de trouver une dénomination qui n'exclurait pas les personnes biologiquement F ou M mais qui souhaiteraient se voir reconnaître comme n'appartenant pas à l'un de ces deux genres. Pour ce faire, il serait possible de s'inspirer de l'appellation usitée par la *Circuit Court of the State of Oregon*<sup>263</sup> qui a inscrit sur l'acte de naissance du demandeur la mention « *non binary* », « non binaire ». Cette qualification de non binaire semble la moins excluante. Elle prendrait en compte toutes les discordances entre les composantes du sexe et toutes les personnes qui ne s'identifient pas aux sexes féminins et masculins, sans pour autant être porteuses de V.D.G.

Face à la richesse des identités de genre parfois revendiquées, pouvant aller du « *genderfluid* » au « *co-gender* » voire au « *two-spirit* », le risque de création d'une troisième mention est d'apparaître comme une qualification « *fourre-tout* », désignant tout ce qui serait binairement « *non conforme au standard social* ». Une telle mention n'est pas sans soulever également le risque d'une perte de pertinence de l'état civil qui deviendrait le lieu de revendications identitaires, en lieu et place de sa mission initiale de police civile, garante de la sécurité juridique.

---

<sup>260</sup> Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender

<sup>261</sup> a statement from a Registered Medical Practitioner or a Registered Psychologist which specifies their gender

<sup>262</sup> « *not all human beings can be classified by sex as either male or female* ».

<sup>263</sup> *Circuit Court of the State of Oregon*, 10th June 2016, *Jamie SHUPE Case*, n°16CV13991.

Cette voie a contre elle une partie de la doctrine<sup>264</sup>, mais également la jurisprudence puisque la cour d'appel d'Orléans<sup>265</sup>, suivie par la Cour de cassation<sup>266</sup>, bien que reconnaissant l'ambiguïté sexuée de l'individu, ne souhaitent pas s'engager dans le sens de la création d'un troisième sexe<sup>267</sup>, tout en reconnaissant la pertinence d'une suspension de la mention du sexe à l'état civil aux cas particuliers.

Mais l'option d'une troisième catégorie ne représente pas la seule solution pour que l'identité de genre soit mieux reconnue juridiquement. En effet, l'effacement de la notion serait aussi une alternative, à condition qu'elle ait été réfléchi et surtout rationalisée, car notre société demeure et demeurera sans doute encore longtemps attachée à la binarité sexuée.

## Paragraphe II : La rationalisation de la neutralisation du sexe à l'état civil

Deux aménagements seraient envisageables ici : une neutralisation provisoire laissant le choix à la personne dans l'inscription du sexe à l'état civil, que ce dernier soit binaire ou non (A), ou une neutralisation partielle où la mention de sexe demeurerait du domaine de la vie privée et ne serait dévoilée que lorsque l'information sexuée est socialement et « sécuritairement » utile (B).

### A . La neutralisation temporaire de la mention du sexe à l'état civil

#### 1 . Le principe de l'attente dans l'assignation

Dans le cadre d'un maintien de la mention du sexe à l'état civil, et pour replacer le sexe au cœur des revendications identitaires des personnes tout en assurant la mission de police civile des actes de l'état civil, il serait envisageable de recourir à un effacement provisoire de cette mention, jusqu'à ce que la personne puisse décider du sexe auquel elle appartient, comme l'Allemagne l'a inscrit dans sa *Pesonengesetz* du 7 mai 2013.

Cette mesure d'attente n'est pas nouvelle et existe déjà en droit positif, mais n'est offerte qu'aux parents de nouveau-nés intersexes. En effet, si l'article 57 du Code civil dispose que l'acte de naissance doit être dressé dans les cinq jours qui suivent la naissance, ces délais restent insuffisants dans le cadre de l'assignation des

---

<sup>264</sup> J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, M., PÉRON, « Le refus de la mention « sexe neutre » à l'état civil », *LPA*, 2 mai 2016, n°87, p. 9., J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.*, 2017, p. 1373 ; P., LE MAIGAT, note sous Civ.1<sup>ère</sup>, 4 mai 2017, *Gaz. Pal.*, 2017, n°19, p. 20 ; F., VIALLA, *D.*, 2017, p. 1399.

<sup>265</sup> CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, n° 15/03281 : JurisData n° 2016-004932

<sup>266</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 mai 2017, J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *op. cit.* ; P., LE MAIGAT, note sous Civ.1<sup>ère</sup>, 4 mai 2017, *Gaz. Pal.*, 2017, n°19 ; B., MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *D.*, 2017, p. 1404 ; *D.* 2017, 981 ; *JCP Not. Imm.*, n°19, 2017, 542 ; *JCP G*, n°13, 2016, 356 ; C., BERLAUD, *Gaz. Pal.*, n°20, 2017.

<sup>267</sup> F. VIALLA, *op-cit.*

personnes intersexes<sup>268</sup>. Cependant, le point n°55 de l'instruction générale relative à l'état civil (l'I.G.R.E.C.) prévoit un délai supplémentaire de deux ans spécifiquement pour les enfants intersexes dont le médecin ne parviendrait pas à déclarer le sexe<sup>269</sup>.

Néanmoins, la problématique de l'indifférenciation n'apparaît pas nécessairement résolue. En effet, même si ce délai permet parfois une reconnaissance plus aboutie dans l'établissement à l'appartenance anatomique à un sexe, elle ne permet pas une rencontre entre perception de soi et construction de l'identité de genre inscrite au titre de l'état civil. D'autant plus que les nouveaux articles 61-5 et suivants du Code civil semblent inscrire le sexe dans la logique combinée de l'auto-perception et de la possession d'état : le sexe à désormais prendre en compte est celui « *dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue* ».

De plus, l'I.G.R.E.C. semble incompatible, voire contradictoire, avec le caractère probatoire de l'acte de l'état civil, car il est expressément fait mention d'un « sexe probable » à définir. Or, il nous apparaît contre-productif que les actes de l'état civil rendent compte d'informations simplement probables. Dès lors, lorsque le doute existe il devrait être possible de prendre cette incertitude juridiquement, et de façon pérenne, en considération. L'état civil ne saurait faire bon ménage avec la probabilité. De même, toute aussi contestable est la référence générale faite aux « *traitements appropriés* » pour aboutir à un sexe certain, car la licéité des actes médico-chirurgicaux ne peut être tirée d'une « exigence » juridique qui est, par ailleurs contestable et contestée. En effet, l'I.G.R.E.C., instaure un délai d'assignation supérieur à celui inscrit dans la loi (5 jours) et donc s'inscrit dans une pratique *contra legem*<sup>270</sup>.

## 2 . La mise en œuvre pratique de la suspension d'assignation

### a . Durée de la suspension et autorité compétente

Si une extension de la suspension est envisagée, il apparaît, nécessaire d'en évaluer la durée opportune. D'une part, la prolongation du délai de suspension pourrait courir jusqu'à l'affirmation chez l'enfant d'une identité auto-perçue, vécue voire socialement reconnue (possession d'état). Pour autant, une telle position n'apparaît pas complètement compatible avec l'influence du contexte familial et social et l'absence de déterminisme personnel pourrait conduire à un choix arbitraire correspondant au « sexe d'élevage » qui pourrait s'avérer erroné par la suite.

D'autre part, il serait possible de calquer ce délai sur le modèle législatif maltais qui se réfère à l'âge légal de la majorité.

Les critères d'aptitude à exprimer sa volonté et à participer à la décision<sup>271</sup> ou de « degré de maturité »<sup>272</sup> pourraient être utilisés mais leur subjectivité est manifeste. Des

---

<sup>268</sup> B. MORON. PUECH. « *l'intersexuels et le droit* », mémoire de fin d'étude, sous la direction de D. FENOUILLET, Université Panthéon-ASSAS, 2010, p. 12

<sup>269</sup> L'instruction générale de l'état civil, 2017a

<sup>270</sup> M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, 1985, p. 657

<sup>271</sup> V. par exemple CSP Art. L1111-4.

<sup>272</sup> V. par exemple CSP Art. L1111-2

interrogations persistent à ce sujet, notamment sur le fait de savoir qui appréciera ce degré et comment procéder pour que cette appréciation soit identique partout. Ce dernier exercice serait contraignant à mettre en place, à moins que ne soient mis en place des « critères de maturité » qu'une autorité compétente constaterait, et qui dénatureraient le caractère aléatoire du degré considéré. Dans cette hypothèse il conviendrait de déterminer l'autorité en question.

Est-il préférable de s'en tenir à la condition, tardive, de la majorité, pour des raisons évidentes d'égalité, mais aussi de simplicité juridique ? Ne peut-on prendre appui sur les dispositions de l'article 61-5 du Code civil<sup>273</sup> pour envisager que la personne mineure émancipée peut-elle aussi se prononcer.

#### b . Personnes concernées

Il est ici question de savoir si la suspension de l'assignation ne concernerait que les personnes intersexes ou serait étendue en règle de principe.

La première hypothèse constitue le *minima* dans une réforme du sexe à l'état civil, qui ne viserait que les personnes nées avec une variation du développement génital. En cela, cette proposition ne serait pas si différente que la création d'un troisième sexe, dans la mesure où les personnes qui ne disposeraient d'aucune mention sur leur état civil, seraient immédiatement identifiées comme intersexes, ce qui porterait atteinte à la vie privée de ces personnes et pourrait créer des situations stigmatisantes, voire discriminatoires dès lors qu'un acte de naissance sera requis.

La seconde hypothèse viendrait généraliser l'absence provisoire de mention du sexe sur l'état civil et ne s'attacherait plus à des considérations objectives des composantes du sexe. Par-là, cette proposition est en phase avec la prévalence du sexe psychosocial reconnue par les articles 61-5 et suivants du Code civil.

#### B . Sur les actes : l'effacement formel de la mention du sexe

Deux types de documents servent à l'identification des personnes en France<sup>274</sup> : les registres d'état civil qui permettent une existence juridique et qui sont des actes authentiques, les titres d'identité qui constituent tous les documents de quelque nature qu'ils soient (privés ou administratifs) qui vont permettre à la personne de s'identifier en fonction des circonstances.

##### 1 . L'effacement total

---

<sup>273</sup> « 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 ».

<sup>274</sup> B., MORON-PUECH, « Les mentions du sexe et les documents d'identité : par-delà la binarité », 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'effacement total du sexe sur les actes de l'état civil sous-entend une absence de référence au sexe sur les actes de naissance<sup>275</sup> et donc sur les documents non authentiques, puisque ces derniers sont dressés en fonction des mentions indiquées sur l'acte de naissance.

L'obstacle à surmonter dans la mise en œuvre de cet effacement total reste celui de l'empreinte culturelle française qui reste fondée sur la binarité sexuée.

Néanmoins, le maintien de la mention du sexe à l'état civil n'est pas incompatible avec l'absence de mention du sexe sur les documents d'identité, surtout lorsque l'on sait que cette mention était absente des cartes nationales d'identité (C.N.I.) en 1955<sup>276</sup>. L'option d'un effacement partiel n'est donc pas à exclure.

## 2 . L'effacement partiel

Lorsqu'il est question d'effacement partiel de la mention du sexe, il s'agit en réalité d'organiser une division en distinguant d'une part, ceux pour lesquels la mention du sexe est requise et d'autre part, ceux pour lesquels elle est inutile.

En réalité, ce dont il est question dans le cadre de l'effacement de la mention du sexe, c'est bien son caractère visible et potentiellement attentatoire au droit au respect de la vie privée, notamment si le sexe inscrit ne correspond pas au genre construit et visible.

Ce sont d'ailleurs selon ces considérations que prend en compte la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme, *Botella c/ France* du 25 mars 1992<sup>277</sup>. Dans cette espèce, la requérante, personne transsexuelle MtF, était quotidiennement victime de violation de sa vie privée, notamment lorsqu'elle devait s'identifier et que les documents fournis différaient de son apparence (extrait d'acte de naissance, carte d'identité, passeport, carte vitale). C'est donc parce qu'il faut justifier d'une identité et parce que le sexe fait partie des documents qui l'atteste que des situations discriminantes apparaissent. Les cas dans lesquels la preuve de l'identité s'effectue à l'aide de l'acte de naissance sont restreints (C.N.I, mariage ou encore passeport). De plus, la validité d'un acte ou d'un extrait d'acte de naissance étant limitée dans le temps, il serait contraignant d'en avoir toujours un à disposition en cas de contrôle d'identité. Dès lors, les documents qui restent les plus à même de remplir cette mission d'identification immédiate sont les documents d'identité, et demeureraient les seuls à bénéficier d'un effacement de la mention du sexe. Même si les titres d'identité s'éditent en fonction des mentions présentes sur l'acte de l'état civil, toutes les mentions n'ont pas à y figurer, ou n'ont pas à y être strictement identique. A ce titre, l'adresse de l'acte authentique n'est pas nécessairement celle qui apparaîtra sur les titres d'identité.

La mise en place de cette neutralisation ne porte pas atteinte à la sécurité puisqu'il existe aujourd'hui des mode d'identification bien plus performant que les élément portés sur l'acte d'état civil. Le passeport biométrique identifie de façon

---

<sup>275</sup> B., MORON-PUECH, *op. cit.*, J., PICQUART, *Ni homme, ni femme. Enquête sur l'intersexuation*, La Musardine, 2009, p. 207.

<sup>276</sup> Décret n°55-1397, 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité, *JORF*, 27 octobre 1955, p. 10604 ; Instruction générale du 1<sup>er</sup> décembre 1955 précisant les modalités d'application du décret n°55-1397, instituant la carte nationale d'identité, *JORF*, 6 décembre 1955, p. 11809.

<sup>277</sup> C.E.D.H., 25 mars 1992, *Botella c/ France*, n°13343/87.

certaine la personne et la présence de la mention du sexe sur ce document est d'une utilité très relative.

La biométrie pourrait permettre que la mention du sexe, bien que présente, ne soit pas visible. Mais, la proposition nécessite qu'un tri des informations ait lieu en amont en fonction de l'autorité amenée à les recevoir, de sorte que le sexe de la personne, qu'il soit binaire ou non, ne soit dévoilé que lorsque sa connaissance est utile et légitime.

Ainsi, dès lors que l'institution ou l'autorité aura besoin de connaître le sexe d'une personne pour y appliquer un régime spécifique, l'accès à l'information sexuée sera autorisé.

### Paragraphe III : Effets et implications

de ces propositions

La question de la neutralité, dans un droit influencé par une logique binaire, reste difficilement conciliable, à droit constant, avec des exigences relatives à la capacité. À titre exemple, dans le cadre de l'AMP, l'appartenance à l'un des deux sexes est exigée pour analyser la capacité à accéder à ces pratiques, même si une certaine ouverture apparaît envisageable.

De par l'impact que la neutralité peut avoir sur un droit fortement binaire, la création d'une nouvelle catégorie nécessiterait l'adéquation générale des normes à ce nouvel élément de l'état. Une telle transposition devrait encore déterminer les conditions d'appartenance à cette neutralité et délimiter le champ d'appartenance au genre neutre autant que les conséquences juridiques attachées à cette reconnaissance.

En outre dans une société fortement marquée par la binarité, si l'on en croit la Cour de cassation, la création d'une troisième « catégorie » pourrait se révéler stigmatisante et identifiant juridiquement une « différence ». Comment nommer une personne sans cette mention au sexe et l'association au terme de monsieur et de madame? Les articles 61-5 et suivants du Code civil donnent une place particulièrement importante à la considération sociale de l'individu pour déterminer la validité d'une demande de changement. Pour les intersexes, l'usage des termes Monsieur ou Madame apparaissent inadéquat, seul l'usage « *d'individu* » ou de « *personne* » en lieu et place de noms traditionnellement employés reste alors concevable. Une alternative serait l'usage du seul prénom dès lors que l'on en prend connaissance.

### 1 Qualification des atteintes

Il apparaît essentiel de ne pas faire prendre prétexte du cadre régissant l'état civil pour légitimer des actes dit « correctifs » sur la personne et singulièrement sur l'enfant. Les actes chirurgicaux ne doivent pas être réalisés pour faire correspondre une apparence anatomique avec une exigence juridique « d'assignation ».

Les « exigences » juridiques ne peuvent concourir à mettre à jour une nécessité médicale ou thérapeutique. La validité des actes médico-chirurgicaux, nous l'avons

dit, ne peut s'analyser qu'au prisme des règles qui encadrent la protection de l'intégrité corporelle (Code civil Art. 16-3) et la décision médicale (Code de la santé publique Art. L1110-1 et s. et L1111-1 et s.).

Diverses législations (tel est le cas à Malte) et dispositions internationales tendent à affirmer ce principe. L'ONU à la suite notamment du rapport de la commission des droits de l'homme<sup>278</sup> précise :

*« Personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexes 88. : Le Rapporteur spécial demande instamment à tous les États d'abroger toute loi qui autorise les traitements médicaux invasifs ou irréversibles, notamment la chirurgie normalisatrice de l'appareil génital imposée, la stérilisation involontaire, ainsi que les expérimentations non conformes à l'éthique, les atteintes à la confidentialité des patients et les « thérapies réparatrices » ou « thérapies de conversion » pratiquées sans le consentement libre et éclairé de la personne concernée. Il les engage également à prohiber la stérilisation forcée ou obligatoire dans toutes les circonstances et à assurer une protection spéciale aux membres de groupes marginalisés. »*<sup>279</sup>.

Au niveau du Conseil de l'Europe, les mêmes impératifs au titre des actes médicaux apparaissent clairement dans La Résolution 1953(2013) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui précise :

*« 7.5.3. entreprendre des recherches complémentaires afin d'augmenter les connaissances de la situation spécifique des personnes intersexuées, s'assurer que personne n'est soumis pendant l'enfance à des traitements médicaux ou chirurgicaux esthétiques et non cruciaux pour la santé, garantir l'intégrité corporelle, l'autonomie et l'autodétermination aux personnes concernées, et fournir des conseils et un soutien adéquats aux familles ayant des enfants intersexués. »*<sup>280</sup>

Comparativement, et par rapport à l'Organisation des Nations-Unies, la position instaurée par le Conseil de l'Europe sépare les questions relatives à l'intersexualité des questions sur la transidentité ou celles liées à l'orientation sexuelle. Sa position s'exprime dans une optique précise et factuelle dans le cas des atteintes physiques sur l'enfant.

Rappelons encore les principes de Yogyakarta qui établissaient déjà l'idée *« qu'en dépit de toute classification allant dans le sens contraire, l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées »*.<sup>281</sup>

---

<sup>278</sup> Rapport de 2005 de la Commission des Droits de l'Homme de San Francisco.

<sup>279</sup> Recommandation n°3, Rapport n°22/53 du 01.02.2013 du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez, du Conseil des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies

<sup>280</sup> Résolution n°1953(2013) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

<sup>281</sup> Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ; [www.yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org), p. 24.

En France aussi le débat sur les pratiques médico-chirurgicales devient une réalité<sup>282</sup>. Le rapport de 2017 du sénat relatif aux personnes intersexuées<sup>283</sup> atteste du vécu des personnes intersexes se sentant « mutilées » lorsqu'elles ont été confrontées à des « actes correctifs ».

Un travail de fond doit être mené sur l'état de « la science » les connaissances médicales avérées<sup>284</sup> et sur la réalité des pratiques. Une réflexion pluridisciplinaire doit voir le jour sur la question, notamment, de la « nécessité médicale » pour la personne qui seule justifie une atteinte à son intégrité corporelle. La question du consentement, s'agissant d'un mineur singulièrement, doit être approfondie. Sur le plan du droit pénal médical la question de la mutilation mériterait d'être approfondie. S'agissant de l'intégrité corporelle du mineur<sup>285</sup> la question présente des particularités manifestes. Les titulaires de l'autorité parentale doivent être informés et leur consentement recherché<sup>286</sup>.

Mais s'ils opposent un refus de traitement les dispositions de l'article L.1111-4 du Code de la santé publique précise que si ce refus « *risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ».

Ajoutons qu'aujourd'hui, « *la vision traditionnelle des droits de l'enfant, envisagés sous l'angle de devoirs des parents à l'égard de l'enfant se transforme (...). **La situation de l'enfant doit désormais être envisagée du point de vue de l'enfant, et autant que possible, par l'enfant lui-même.** Le législateur français a traduit ces évolutions par la reconnaissance de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant (...)* »<sup>287</sup>.

Les propositions en faveur, *a minima*, d'une suspension de la mention du sexe permettraient, lorsque cela est médicalement possible, d'attendre que le mineur présente le degré de maturité rendant possible l'expression de **SA** volonté.

Ajoutons, encore, un élément essentiel. Faire du consentement une condition de validité des actes médicaux ne conduit pas à en faire une condition suffisante. Le médecin n'est pas lié par l'exigence du patient, ou celle des titulaires de l'autorité parentale, s'il considère que les actes demandés n'entrent pas dans le champ de la nécessité médicale, de la proportionnalité bénéfique/risque ou qu'ils ne correspondent

---

<sup>282</sup> Voir les développements supra p. 23 et s. et p. 43 et s.

<sup>283</sup> M. BLONDIN (SOC - Finistère) et C. BOUCHOUX (Écologiste - Maine-et-Loire), co-rapporteuses, op-cit.

<sup>284</sup> les connaissances médicales avérées CSP Art. L1110-5

<sup>285</sup> F.VIALLA, Relation de soin et minorité, *Maxima debetur puero reverentia*, Petites affiches, 20 mars 2015 n° 57, P. 4 ; dossier Méd. & Droit Vol 2011 - N° 111, p. 217-244, notamment S. BERNHEIM-DESVAUX, p. 221 ; A. KIMMEL-ALCOVER, L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé : RDSS 2005, p. 265 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner, RGDM 2004, N° 12, p. 102, [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr) ; J.-P. GRIDEL, Le mineur en droit privé français : l'acte éminemment personnel..., Gaz. Pal. 22 mars 2003, p. 2 ; A. PICARD, L'autonomie sanitaire du mineur, mémoire dirigé par J.-R. BINET, coll. Mém. numériques de la BNDS, [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr) ; D. VIGNEAU, L'autonomie du mineur en matière de santé, in La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux, Litec, 2004, coll. Carré droit, p. 41 ; Actes coll. Brest 10 déc. 2004, Le droit et la santé de l'enfant, RGDM 2005, N° 17, [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr) ; B. MARION, Le mineur, son corps et le droit criminel, Thèse Dr. Nancy 2010) la décision (P. VERON, *La décision médicale, Th. Droit Montpellier 2015* ; G. Mémeteau, *Eloge du paternalisme médical*, RGDM 2017, n°62, p.117 et s. [www.bnds.fr](http://www.bnds.fr) ; F. VIALLA, *Salutat vos Lucas medicus carissimus, dans Mélanges offerts à G. Mémeteau*, LEH 2016, T.2, p. 209 et s.

<sup>286</sup> F.VIALLA, Ibid.

<sup>287</sup> S. BERNHEIM-DESVAUX, «La relation de soin, the consent of the minor in the care relationship» : Méd. et Dr. 2011, p. 221.

pas aux données acquises de la science. Comme le souligne le Conseil d'Etat aucune disposition « *ne consacrent, au profit du patient, un droit de choisir son traitement* »<sup>288</sup>. L'article L1110-3, alinéa 7 permet au médecin de refuser son concours à certains actes : « *Hors le cas d'urgence et celui où le professionnel de santé manquerait à ses devoirs d'humanité, le principe énoncé au premier alinéa du présent article ne fait pas obstacle à un refus de soins fondé sur une exigence personnelle ou professionnelle essentielle et déterminante de la qualité, de la sécurité ou de l'efficacité des soins. La continuité des soins doit être assurée quelles que soient les circonstances, dans les conditions prévues par l'article L. 6315-1 du présent code* ».

Rappelons, encore, que « *Le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage* »<sup>289</sup>.

Dans le cadre de ce rapport, nous insistons sur la distinction qui doit s'imposer entre la réflexion menée sur la problématique de l'état civil et sur celle de la légitimité des actes médico-chirurgicaux. En effet, « *dans la décision médicale prise à deux, il y a deux facettes distinctes car, si le médecin est décidé, le malade doit se décider. La différence porte sur l'objet de la décision : pour le médecin, l'objet est un traitement pour le sujet ; pour le malade, l'objet c'est lui-même* »<sup>290</sup>.

## 2. Le cas maltais : Régime alternatif à la suspension de l'assignation.

Malte dans sa volonté d'inscrire un possible changement de sexe a introduit dans son corpus juridique en 2015 l'acte suivant : « *AN ACT for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person* ». Pouvant être traduit par : « La loi pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre des personnes et la régulation des effets d'un tel changement, autant que la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles de la personne ».

S'agissant du mineur et des règles d'assignation, la demande de changement introduite par le titulaire de l'autorité légale doit être effectuée après une décision de l'ordre judiciaire. Par conséquent, même si le droit maltais s'inscrit dans une logique de déjudiciarisation, la loi en affirmant le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant donne compétence à l'autorité judiciaire pour autoriser le changement. Cette position s'explique d'autant plus que le texte s'attache à protéger les caractéristiques sexuelles de la personne qui n'est pas dans la capacité de s'y opposer. De manière incidente, la loi maltaise vient protéger les enfants intersexes par un régime d'interdiction des atteintes portées à leurs caractéristiques sexuelles. Ce régime se fonde sur la protection de l'enfant notamment aux titres de la protection face aux traitements inhumains et dégradants. L'Etat Maltais tranche de manière incidente les débats sur la question des atteintes chirurgicales chez l'enfant. Le juge procède à une appréciation au cas par cas des demandes de modification de l'état civil et de toutes

---

<sup>288</sup> F.VIALLA V. Conseil d'Etat, Ordonnance du 26 juillet 2017, M. D...et Mme B... N° 412618, JCP G 2017, *Primum non nocere*, note à paraître

<sup>289</sup> CSP Art. R4127-43

<sup>290</sup> J.-P. PIERRON, *Une nouvelle figure du patient ? Les transformations contemporaines de la relation de soins*, Sciences sociales et santé, 2007, n° 25-2, p. 43)

altérations anatomiques. La pratique est même pénalement répréhensible du fait du régime d'interdiction posée par la loi.

En France, une suspension exceptionnelle de deux ans pour l'inscription du sexe est envisagée, mais l'intervention précoce sur le corps de l'enfant ne semble pas particulièrement encadrée.

Dans ce cadre, la loi maltaise présente un véritable apport pour l'analyse de l'opportunité d'une réforme en droit Français s'agissant de la protection du mineur face aux atteintes portées à son intégrité physique. La loi maltaise, sans prévoir véritablement la question de l'intersexualité, et sans même la mentionner, dispose d'un principe de protection de l'intégrité physique de l'enfant face aux actes d'assignation sexuelle. Par conséquent, la loi sans prévoir de retard de l'inscription du sexe à l'état, distingue bien les questions de la mention du sexe à l'état civil et celles de la validité des actes médicaux.

Une telle distinction des problématiques juridiques et médicales devraient être envisagées en France. Les règles relatives à l'état civil devant être distinguées de celles encadrant les pratiques médicales qui ne doivent pas pouvoir prendre prétexte de la binarité apparemment imposée pour considérer comme licites des actes aujourd'hui contestés. Il ne s'agit pas de considérer que ces actes seront systématiquement remis en cause mais, plutôt, d'en circonscrire la licéité aux principes encadrant le corps et aux droits des patients.

L'opportunité et les enjeux d'une réforme ne peuvent être délimités sans une appréciation précise de la situation générale des personnes présentant une variation du développement sexuel. Une analyse de la prévalence apparaît essentielle. L'analyse devra aborder les aspects statistiques mais les dépasser. L'écoute de la parole des sujets concernés se révèle essentielle pour une prise de conscience du ressenti réel de ses personnes.

Une démarche aussi d'analyse des pratiques actuelles doit être réalisée. Le rapport du Sénat<sup>291</sup> sur la situation des intersexes l'affirmait, certaines personnes dans le cadre de variation du développement sexuel s'estimaient satisfaites des actes chirurgicaux établis dans leur enfance, d'autre se considèrent comme mutilées.

## Section II : Perspectives d'une mutabilité renforcée de l'état

Pour permettre un renforcement de la mutabilité du sexe à l'état civil, et faciliter la modification, plusieurs perspectives sont envisageables. Une déjudiciarisation de la procédure de changement (paragraphe I), peut être associée à un renforcement de l'autodétermination (paragraphe II). Une adaptation des institutions à la réforme doit être envisagée (paragraphe III) accompagnée d'une démarche statistique (paragraphe IV).

### Paragraphe I : La déjudiciarisation

#### 1. Une déjudiciarisation partielle à prévoir

---

<sup>291</sup> M. BLONDIN (SOC - Finistère) et C. BOUCHOUX ( Écologiste - Maine-et-Loire), co- rapporteuses, op-cit.

Face à la question du changement de la mention du sexe, la démedicalisation sans déjudiciarisation est parfois critiquée. Un assouplissement du régime peut-il être envisagé ? La disparition de l'exigence de « réassignation » ne rend-elle pas superflue le recours au juge ? Les critères pris en considération (Code civil Art. 61-5) pour démontrer « *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* » sont :

« 1° *Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;*

*2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;*

*3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ; »*

Un officier d'état civil n'est-il pas à même de juger de la réalité de la volonté exprimée ?

Ne peut-il recevoir des témoignages lui permettant de juger de la réalité de la possession d'état. Peut-on, ici, oser une comparaison avec le mariage où la présence des témoins n'est pas destinée à attester de « l'amour » mais bien de la réalité et de la liberté de la volonté exprimée ?

Un tel transfert de compétences, du juge à l'officier d'état civil n'est pas ignoré du droit, s'agissant notamment du changement de prénoms<sup>292</sup> une circulaire<sup>293</sup> précisant les modalités d'un éventuel recours judiciaire.

Il est alors possible de parler de déjudiciarisation partielle, du fait que le recours juridictionnel demeure possible, dans le cas, notamment, d'un refus d'inscription par l'officier d'état civil.

Cette déjudiciarisation est parfois plus poussée, l'Argentine, par exemple, envisage une déjudiciarisation complète du processus de changement de sexe en se fondant sur un principe d'auto-déterminisme<sup>294</sup>. Dès lors, l'officier ne peut s'opposer à la demande de changement, exception faite de la situation où la demande sort d'une logique binaire et expose une volonté de reconnaissance d'un troisième genre. Cependant, l'adoption de ce principe d'auto-déterminisme apparaît, pour la France, en contradiction avec le régime actuel fondé sur la possession d'état qui demeure, aujourd'hui encore, contrôlée par le juge. Sans dénaturer la logique de possession d'état, une déjudiciarisation partielle apparaît envisageable.

La déjudiciarisation, si elle est de nature à alléger la procédure de changement de la mention de sexe à l'état civil, ne rompt pas pour autant avec la logique de binarité.

---

<sup>292</sup> Article 60 du Code civil issu de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle

<sup>293</sup> Circulaire du 10 mai 2017 annexe I du ministère de la justice

<sup>294</sup> M. GRACIELA « *Ley de identidad de género. Aspectos relevantes* », LA LEY, 01 Février 2012

## 2. L'exemple argentin

La loi sur l'identité de genre de l'état fédéral argentin (ley 26.743 « *Establecer el derecho a la identidad de género de las personas.* »<sup>295</sup>) de 2012 inscrit ce pays en précurseur dans la prise en compte des droits des personnes transgenres en prévoyant une démedicalisation et une déjudiciarisation de la procédure de changement de sexe. Ce texte toutefois demeure attaché à une logique binaire.

De manière synthétique, en Argentine, le changement est réalisé par une simple déclaration du demandeur, l'individu peut opérer le changement sans qu'un refus ne puisse lui être opposé, seules des conditions formelles étant émises. Le principe majeur découlant du régime argentin est un principe d'auto-déterminisme du sexe fondé sur une identité de genre « auto-perçu ». Il n'est pas possible pour l'officier d'état civil de s'opposer à ce que perçoit l'individu. La déjudiciarisation est complète et appuyée par un principe de gratuité de la démarche.

Pour autant, le libre changement de son sexe demeure limité à une demande initiale. Un seul changement possible et aucune possibilité de revenir à son premier sexe n'apparaît possible sans recours à la justice, ceci afin d'éviter des demandes « opportunistes » mue par le souhait d'acquérir un droit particulier.

Ce régime fondé sur l'auto-perception de son genre apparaît différent de l'orientation prise par la loi de 2016 en France où la volonté personnelle doit être corroborée par la possession d'état. Mais sous cette réserve, une déjudiciarisation de la procédure, partielle notamment (afin de garantir la possibilité d'un contrôle a posteriori) n'est pas juridiquement irréalisable.

### 2 L'Exemple irlandais

Le Gender recognition Act de 2015 prévoit dans le cadre de l'Irlande, un régime spécial où, sans modifier l'état civil, la reconnaissance du changement de sexe est possible par la tenue d'un registre des modifications à côté du registre des naissances.

La procédure de changement s'intègre dans un double mouvement de déjudiciarisation et de démedicalisation. Les demandes sont instruites par le « Minister for Social Protection », le ministère de la protection sociale.

La déjudiciarisation reste pour autant conditionnée au respect de conditions formelles. Le gender recognition Act prévoit un contrôle par le ministère de la demande uniquement certains éléments, tels que la nationalité du demandeur ou encore son âge. L'ouverture de ces demandes est seulement possible pour les personnes de 18 ans, et de manière conditionnée aux personnes de 16 à 18 ans. En cas de refus de prise en compte de la demande, le texte prévoit des modalités de contestations judiciaires.

Concernant la démedicalisation, elle reste partielle car elle ne touche que les majeurs. S'agissant des mineurs le Gender Recognition Act, exige un avis médical et un avis d'un psychiatre attestant du syndrome de dysphorie. Une condition plus

---

<sup>295</sup>Loi 26.743 établissant le droit à l'identité de genre de la personne du 23 mai 2012, Ley 26.743 Establécese el derecho a la identidad de género de las personas.Promulgada: Mayo 23 de 2012

formelle est aussi exigée, pour les demandeurs mineures et l'exigence d'une autorisation du titulaire de l'autorité parentale.

Dans le cadre d'une réponse positive de l'administration, la demande est traduite par la production d'un « *gender recognition certificate* » (« *certificat de reconnaissance de genre* ») et par l'inscription du changement dans un registre spécial. Par la suite, c'est ce certificat qui fait foi lors des demandes administratives de production d'un document administratif. Cependant, le certificat ne remet pas en cause la rédaction de l'acte de naissance originel, les deux documents sont associés mais aucun ne remplace l'autre. En revanche, l'acte de naissance dans un but de préserver la vie privée du demandeur voit son accès par les tiers et l'administration limitée.

Quant à la portée du texte des éléments significatifs peuvent être relevés. Une anticipation des questions de filiation et de parentalité (Parenthood) semble être mise en place. En conséquence, le texte expose que le certificat de naissance d'un enfant du demandeur ne peut être modifié au titre d'un changement ultérieurement reconnu. Mais, à l'instar de la loi de 2016 en France, aucun élément d'anticipation n'est inscrit sur le statut des enfants nés ultérieurement aux changements. La question de l'opposabilité du certificat de changement face à des demandes de reconnaissance de paternité ou de maternité ne semble pas s'être posée à ce jour en Irlande.

Là encore le texte demeure attaché à une logique binaire.

En outre dans les pièces nécessaires, la loi prévoit que le demandeur doit porter par écrit le caractère définitif de son choix, une procédure de révocation aux registres peut aussi être prévue. En conséquence, le *gender recognition act* de 2015 s'intègre dans une logique binaire et non-réversible.

Pour autant, il est à noter que les problématiques issues de cet acte sont la source en Irlande d'un débat d'une nature analogue à celui existant en France. Un projet de loi sera présenté en septembre 2017 pour revenir <sup>296</sup> sur le texte de 2015. Dans les grands objectifs des textes deux éléments majeurs apparaissent. L'amendement, *Gender Recognition Amendment, Bill 2017, N° 43, 2017*, prévoit la fin des exigences médicales pour les moins de 18 ans et une procédure spéciale en deçà. Il propose aussi une adaptation du texte aux identités dites non binaires<sup>297</sup>. Enfin, le projet de loi tend à formaliser le droit à l'autodétermination du sexe par l'individu, à l'instar de la loi sur le genre en Argentine qui prévoit un droit à l'auto-perception. Par conséquent, le projet de loi et ses incidences sont à suivre de près, tant les problématiques rencontrées au sein de la société irlandaise peuvent d'une certaine manière faire écho aux questions soulevées en France.

L'exemple irlandais, fondé sur un auto-déterminisme apparaît adapter ces mesures à des conditions purement formelles s'agissant des majeurs. Et même si le système ne se fonde pas sur une reconnaissance sociale au sexe d'appartenance, le régime est source de pistes intéressantes notamment dans l'anticipation des conséquences de la loi sur la filiation.

### 3 L'exemple maltais :

---

<sup>296</sup> *Gender Recognition Amendment, Bill 2017, Numéro 43, 2017*

<sup>297</sup> « *Non-binary person* » dans le *Gender recognition Amendment*

De manière générale par la loi « *pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre des personnes et la régulation des effets d'un tel changement, autant que la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles de la personne* », l'état civil Maltais prévoit la transposition du changement de sexe par l'utilisation et la mise en œuvre d'une procédure de modification des actes de naissance et de la transposition dans ces derniers du changement après demande au directeur du registre civil maltais. Parmi les conditions exigées pour faire droit à la demande il est à noter que l'individu doit attester de sa volonté de changer de sexe par écrit et qu'il doit pouvoir démontrer sa nationalité et sa majorité.

De ce fait, la demande de changement de sexe se retrouve démedicalisée et la nécessité d'une réassignation chirurgicale est ici textuellement écartée. Le raisonnement de la loi maltaise fait encore écho au principe général d'autodétermination des individus en faisant une distinction claire entre les éléments relevant de l'anatomie et ceux relatifs à l'identité, l'un des fondements de la loi étant ici la protection de l'intégrité physique de l'individu face à des contraintes médicales dans la reconnaissance de son identité juridique.

En outre par l'instruction directe des demandes par les officiers d'état civil, la demande de changement apparaît aussi déjudiciarisée. Le conditionnement du changement ne s'apparente qu'à un certain formalisme de la demande sans nécessairement introduire un principe d'interprétation de la légitimité du changement par l'officier.

Concernant l'impact du changement de sexe sur la parentalité face à l'acte de naissance des enfants aucun élément ne semble être prévu dans la loi maltaise ni pour les relations antérieures ni postérieures au changement. Le cas Maltais, comme les cas Argentin et Irlandais, permet une analyse intéressante fondée sur une déjudiciarisation de la procédure et sur un principe d'auto-détermination. Néanmoins, une autorisation judiciaire reste la règle pour le mineur. La judiciarisation ne touche pas à la démonstration d'un « syndrome transsexuel », mais uniquement sur la validité de la décision du mineur face à son degré de maturité.

#### 4 Le cas australien :

Il apparaît important de souligner que les questions relatives au changement furent partiellement démedicalisées et déjudiciarisées dès les années 2000. Sommairement, les Etats d'Australie n'imposent plus de réassignation chirurgicale. La condition touchant à la stérilisation des individus, fut jugée illégale par la Haute cour le 6 octobre 2011 dans l'affaire *AB v Western Australia*. La jurisprudence *AB* limite l'appréciation du registre sur l'existence d'élément prouvant la volonté de changement telle la présence de traitements hormonaux. Le régime apparaîtra alors partiellement démedicalisé, la nécessité d'une réassignation et d'une stérilisation sont exclues mais l'existence d'éléments médicaux destinés à confirmer la légitimité du demandeur sont encore présents. Le principe d'auto-perception est restreint et c'est l'appréciation de l'organisme de gestion des registres des naissances, des décès et des mariages qui a compétence pour l'apprécier.

Concernant le cas des volontés de changement de sexe chez le mineur, l'Australie s'inscrit dans une logique de protection des droits fondamentaux du mineur

empêchant la trop forte intrusion dans son intimité. Comme l'illustre l'affaire « *Re Alex : Hormonal Treatment for Gender Identity Dysphoria* », la Cour familiale d'Australie considéra en 2004 qu'au titre du *family law act*, les réassignations thérapeutiques et les traitements hormonaux ne constituent pas un acte à visé thérapeutique et que leur réalisation devrait être effectué sous la supervision du juge. Par la suite la Cour rechercha une plus grande souplesse en autorisant la réalisation de traitements réversibles sans la nécessité d'un avis judiciaire. Le régime, même s'il est assoupli, apparaît encore complexe pour les familles. Le « *Family Court Chief* », Diana Bryant et certains membres du gouvernement effectuant une réflexion pour déjudiciariser les actes médicaux d'assignation.

La position australienne s'inscrit aussi dans une lente évolution passant par une démedicalisation et une déjudiciarisation en plusieurs étapes, ponctuées et accélérées par la position des Cours de justice du pays qui, en se fondant sur le respect des droits de l'homme, ont permis l'émergence d'un droit à la détermination de son sexe. Cette logique australienne trouve écho dans les positionnements de la Cour Européenne des Droits et de l'Homme et des dernières avancés législatives.

A l'analyse de ces différentes expériences étrangères, il apparaît que la déjudiciarisation partielle de la procédure est une alternative qui mérite d'être envisagée.

#### Paragraphe II : La reconnaissance d'un principe d'autodétermination

Depuis la loi de novembre 2016, l'autorisation judiciaire du changement du sexe à l'état civil s'est affranchie de la logique de pathologisation et de médicalisation de la procédure. La volonté de la personne confortée par la preuve de la possession d'état

L'appréciation du juge porte sur le sentiment d'appartenance de la personne à un genre et sur la reconnaissance sociale par son entourage de cette situation.

Rappelons, une fois encore les disposition de l'article 61-5 du Code civil :

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

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

*1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;*

*2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ;*

*3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ; »*

Dans son Arrêt du 15 mars 2017, la Cour d'appel de Montpellier<sup>298</sup> souligne « *qu'en application de ces nouveaux textes [...], la personne ne doit plus établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence* ». Elle rappelle que « *doit être démontrée, par une réunion suffisante de faits, la réalité de la possession d'état du sexe revendiqué.* ». Sur ce point la juridiction montpelliéraine apporte une importante précision. Elle considère, que la liste des éléments factuels envisagés dans la loi « *n'est ni exhaustive ni cumulative* ». Pour elle, « *l'emploi, par le législateur, des termes "Les principaux de ces faits... peuvent être" suffit à démontrer l'intention des parlementaires de ne pas exiger la présence cumulée des critères énumérés* »<sup>299</sup>. Les critères mentionnés par l'article 61-5 du Code civil ne sont donc pas limitatifs ni non plus cumulativement exigés.

Le contrôle porte, donc, sur la volonté libre et éclairée de la personne et sur la reconnaissance sociale de son genre. Le texte fait donc une place importante à la volonté et à la possession d'état. Assurément, un tel conditionnement des changements de sexe à l'état civil touche ici des aspects sociaux qui peuvent être appuyés par un désir de l'intéressé à des éléments de natures médicales. Toutefois, l'appréciation fondée sur des aspects d'appartenance sociale, pousse au respect des règles relatives au droit à l'autodétermination et à l'autonomie des individus. L'autorité judiciaire n'a plus vocation à déterminer quand quelqu'un est homme ou femme, mais à vérifier que la personne émet un consentement libre et éclairé et que son entourage le considère réellement comme appartenant au genre qu'elle revendique.

On peut dès lors s'interroger sur la nécessité du contrôle judiciaire. L'officier d'état civil ne pourrait-il pas remplir ce rôle ? Pour d'autres actes d'état civil l'officier a compétence pour vérifier l'existence du consentement, tel est le cas pour le mariage. Le contrôle de la conformation sociale de l'individu au sexe désiré s'avère peut être plus délicat mais la présence de témoins et/ou de témoignages pourrait aisément être mis en place. En cas de doute, l'officier d'état civil, comme dans d'autres occurrences, pourrait saisir le juge.

A titre d'illustration nous reproduisons l'attendu d'un arrêt récent de la Cour d'appel de Metz : « *nonobstant la conservation de l'utérus et de ses annexes, les témoignages et avis médicaux susvisés établissent la réalité du syndrome transsexuel dont Claire Melaine F. est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; qu'il y a lieu, dans ces conditions, de faire droit à sa demande de modification du sexe mentionné dans son acte de naissance* »<sup>300</sup>. Si les témoignages et certificats médicaux font foi devant le juge, pourquoi en irait-il différemment devant l'officier d'état civil ? En cas de doute un contrôle judiciaire *a posteriori* pourrait demeurer possible.

Dans l'hypothèse, d'un transfert de la compétence de contrôle de la validité d'un changement à l'officier d'état civil, la nature du contrôle opéré apparaît importante. Car dans le cadre de la compétence de l'officier pour modifier sa capacité de contrôle de

---

<sup>298</sup> CA Montpellier, 3<sup>e</sup> ch. B, 15-03-2017, n° 16/02691 ; D. 2017 p.816 obs. F. VIALLA

<sup>299</sup> F.VIALLA D 2017, p.816 préc

<sup>300</sup> CA Metz, 11 Octobre 2016 : n° 16/00634, 16/00669, F.VIALLA RDS 2017 n°76 [www.bnnds.fr](http://www.bnnds.fr)

l'acte est moindre que celle du juge. Sa capacité de refuser l'inscription ne saurait être que d'ordre formel. La contestation du fondement de la demande en changement quant à elle nécessitera encore l'office du juge.

### Paragraphe III L'adaptation des institutions

Une nécessaire adaptation des institutions s'imposerait dans l'hypothèse où seraient envisagées une déjudiciarisation partielle du changement du sexe à l'état civil et une suspension de l'inscription pour les personnes intersexes.

L'officier d'état civil verrait son rôle évoluer et sa compétence augmentée. Contrairement au magistrat il ne peut apprécier sur le fond la réalité de la volonté et de la possession d'état. Son contrôle ne pourrait qu'être formel (présence de témoins et de témoignage etc.). En faisant peser sur l'administration ces changements, la logique d'enregistrement de ce changement via un régime de certificat peut être intéressant. En effet, le régime irlandais dans sa démarche administrative du changement élabore un certificat qui permet d'acter matériellement de la décision administrative. Il serait envisageable en plus de la correction de l'état, la réalisation d'un certificat opposable.

En outre, il apparaît utile d'observer que ces éventuelles évolutions nécessitent une réflexion dans le champ de la protection de la vie privée et des données personnelles. La publicité du changement administratif du sexe devrait nécessairement être limitée. Concernant plus particulièrement les données personnelles, de tels changements passent par la corrélation du nouveau sexe avec les anciennes bases de données, l'objectif étant alors de venir remplacer le statut par les données nouvelles. Malgré tout, et en fonction des bases de données et de leur but, un tel changement fondé sur une réalité sociale apparaît potentiellement préjudiciable pour les services qui utilisent ces données et pour l'individu lui-même. Un changement de sexe peut avoir des conséquences en matière de prise en charge sanitaire et médico-sociale ou dans le cadre des registres utilisés lors des prescriptions de produits de santé. Dans ce cas, une certaine prudence doit être de mise dans la suppression des mentions originelles.

S'agissant d'une évolution de l'état civil à l'endroit des personnes intersexes l'adaptation du rôle du médecin et celui de l'officier d'état civil ne semble pas poser de problèmes insurmontables. Lorsque le certificat de naissance constatera une telle situation la mention ne sera pas renseignée dans le cadre d'un mécanisme de suspension, ou elle sera renseignée conformément à la création d'une mention spécifique. Il ne semble pas qu'un contrôle judiciaire *a priori* soit nécessaire pour attester de la réalité de ce qui est médicalement établi. Plus délicate est la question de la révélation postérieure d'une situation de VDS. Il ne s'agit pas, en effet, à proprement parler d'une demande de changement de la mention de sexe mais d'une rectification sur la base d'une constatation nouvelle. Là encore la déjudiciarisation est envisageable. La demande pouvant être déposée par les titulaires de l'autorité parentale ou ultérieurement par la personne.

Les administrations pourront elles aussi être touchées par ce genre de réforme par exemple dans le cadre de l'attribution d'une affectation pour les détenu(es) de

l'administration pénitentiaire<sup>301</sup>. Notons que des initiatives existent tendants à réaliser des lieux de travail mixtes chez les personnes en détention <sup>302</sup>.

Ces situations, si elles peuvent être source de tensions ne sont pas liées à l'état civil reconnu à la personne mais à sa perception par elle-même et par les tiers. Neutraliser, suspendre l'inscription, créer une 3e « catégorie, voire supprimer la mention de sexe à l'état civil ne feraient pas disparaître ces tensions. La médiation, la pédagogie, l'éducation à la tolérance sont ici des outils tout aussi recommandables que le droit.

Pareillement la question de l'orientation des personnes transidentitaires ou intersexuées vers des services hospitaliers et dans des locaux non mixtes ne nous semblent pas liée à l'évolution de l'état civil.

#### Paragraphe IV : Mise en oeuvre d'études indépendantes de prévalence

Il est essentiel que soient réalisées dans différents champs disciplinaires (médecine, sciences humaines et sociales, économie, droit etc) mais encore de manière « inter-pluri-trans-disciplinaire » des études indépendantes sur la situation effective et la « prévalence ». Sur le plan juridique on peine à avoir une vision claire de la « réalité statistique » des demandes de changement de la mention de sexe à l'état civil. Assurément les associations se livrent à des travaux dont les résultats sont des plus intéressants. Mais certains leurs reprochent une approche partisane.

Pour certains, il serait hasardeux de se lancer dans une réforme d'envergure sans avoir de données scientifiques pluridisciplinaires indépendantes et fiables. Prétexte pris de l'absence de tels travaux aucune réforme ne serait envisageable. L'argument peine à convaincre, mais il n'en demeure pas moins que les études manquent et devraient être promues.

Au-delà de la nécessaire réalisation d'études, des programmes d'enseignement doivent être développés. On est surpris, par exemple, de la méconnaissance de ces questions par les étudiants des professions de santé. Il faudrait aussi que ces programmes soient proposés aux personnels de l'état civil, de la magistrature, de l'éducation nationale et plus largement de l'administration.

Tout autant que le droit, ce sont les attitudes et les comportements du quotidien qui se révèlent attentatoires à la vie privée des personnes trans' ou présentant une VDS. Nous nous permettons ici d'en donner une illustration pour éclairer le lecteur sur le quotidien tel qu'il peut être vécu. Le Monde.fr<sup>303</sup> titrait ainsi : Une transsexuelle sanctionnée par la SNCF parce qu'elle « s'appelle Monsieur » précise que « La SNCF

---

<sup>301</sup>À titre d'exemple Circulaire du 21 février 2012 relative à l'orientation en établissement pénitentiaire des personnes détenues, qui expose : « *Le choix de l'affectation doit prendre en considération tous les éléments transmis par l'équipe pluridisciplinaire relatifs à la personnalité, le sexe, les antécédents, l'état de santé physique et mentale du mineur concerné, l'accès aux activités d'enseignement ou de formation, le maintien des liens familiaux, l'existence d'un projet éducatif. A ce titre, l'objectif, avant toute prise de décision, est de recueillir le maximum d'informations utiles* », P. 5

<sup>302</sup> Etude menée à la maison d'arrêt de Gradignan et qui permet à des détenus hommes et femmes de travailler côte à côte en atelier

<sup>303</sup> Article complet : [http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/11/20/une-transsexuelle-sanctionnee-par-la-sncf-parce-qu-elle-s-appelle-monsieur\\_3517396\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/11/20/une-transsexuelle-sanctionnee-par-la-sncf-parce-qu-elle-s-appelle-monsieur_3517396_3224.html)

a cependant indiqué que, reconnaissant a posteriori « *la bonne foi évidente de la cliente* », cette dernière avait été remboursée ».

Dans le cadre d'éventuels aménagements ou réformes de l'état civil, un débat citoyen et un effort de pédagogie devrait être pensé afin que les évolutions ne puissent par un effet pervers se solder par une recrudescence des phobies dues à l'ignorance. Si l'état civil peut concourir à une meilleure connaissance et reconnaissance sociale, ces aménagements doivent être expliqués en amont à l'ensemble de la société.

## CHAPITRE II : L'aménagement de l'état civil de l'enfant face à la filiation

Des points de concordance entre le sexe à l'état civil des parents avec l'acte de naissance de leurs enfants étant problématique, l'étude de l'opportunité d'un aménagement doit être réalisée (Section I) avant d'apprécier les contours des perspectives d'améliorations(Section II).

## Section I : L'opportunité des aménagements

Les changements introduits par la loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle ont ouvert la porte à de nouvelles problématiques relatives à la filiation. Un nouveau contentieux pourrait émerger du fait de l'absence d'anticipation de la loi notamment sur la corrélation en « sexe civil du parent » et sa qualité de mère ou de père dans l'état civil de l'enfant. La reconnaissance sociale du parent dans son genre, fait naître de nouvelles problématiques (paragraphe I) le régime de l'adoption est lui aussi interrogé (Paragraphe II).

### Paragraphe I : Problématiques judiciaires nouvelles

Même si la loi prévoit la nécessité de maintenir les liens de filiation de l'enfant né avant le changement de sexe, elle demeure muette pour les enfants nés à la suite du changement. Du fait de la démedicalisation de la procédure, la correspondance entre la qualité de père et mère et le sexe juridiquement reconnu est remise profondément en question<sup>304</sup>. Les situations de l'homme enceint et celle de la femme « géniteur » sont désormais posées comme l'illustre l'affaire portée devant le TGI de Montpellier<sup>305</sup>.

Faute d'anticipation de la question dans la loi ce sont les juridictions qui devront, dans un premier temps, trouver des solutions.

On ne peut concevoir que le droit conduise à remettre en cause la réalité de la possession d'état du genre revendiqué par le fait que la personne ait eu un enfant. L'article 8 de la Convention EDH qui garantit le droit au respect de la vie privée ET familiale semble l'interdire. La Cour EDH ayant en 2017, nous l'avons vu, condamné les exigences de stérilisation la procréation ne devrait pas pouvoir remettre en cause le changement de la mention du sexe à l'état civil.

Plusieurs voies sont ouvertes pour que la filiation du parent trans' puisse être établie.

Reconnaître un lien de filiation « biologique » qui s'avèrait, alors, en contradiction avec son genre social et juridique.

Reconnaître un lien de filiation, par le biais de la possession d'état de parent, dans le genre qui lui est reconnu.

Recourir à l'adoption plénière de l'enfant.

Dans les deux derniers cas un dédoublement de maternité ou de paternité serait alors à consacrer.

Dernière voie envisageable, supprimer dans la filiation les qualités de mère et père au profit de celle de parents.

Dans l'affaire montpelliéraine la voie de l'adoption proposée est refusée par la personne qui, biologiquement, père demande que ce lien biologique soit reconnu et refuse le mécanisme de la filiation élective.

---

<sup>304</sup> Voir supra p. 38 et s.

<sup>305</sup> Tribunal de grande instance de Montpellier, du 22 juillet 2016, n° 15/05019B. J-Ph. VAUTHIER et F. VIALLA, *op-cit.*, p.1273-1274 et *op-cit.* p.553-557 ; voir sur la question MORON-PUECH, RDLF 2016, préc. TGI de Montpellier 22 juillet 2016, RG n° 15/05019 et A. MARAIS, Art. Préc.

## Paragraphe II : Contestation fréquente du régime de l'adoption

Le régime de l'adoption apparaît être une source des contestations, c'est le statut même de parent adoptif qui se voit en conséquence remis en cause.

### 1. Eléments

L'absence de symétrie entre le régime de l'adoption et celui de filiation biologique engendre une différence de traitement dans l'établissement de la filiation. L'adoption impose des procédures administratives qui peuvent s'avérer complexes, lourdes et longues pour les demandeurs.

La démedicalisation de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil permet à une personne de devenir parent « biologique » là où les exigences jurisprudentielles antérieures (stérilisation) rendait impossible d'accéder à la parentalité. Dès lors qu'elle est biologiquement parent la personne peut trouver contestable d'avoir à en passer par la procédure d'adoption, régime fondé sur une réalité sociale plus que biologique.

La personne changeant de sexe se retrouvant dès lors « prise en étau » entre les deux procédures, l'une lui permettant de se voir reconnaître un statut de père ou de mère, facile d'accès mais en contradiction avec leur « identité civile », ou le parcours long d'une filiation adoptive qui elle se trouve en conformité avec le genre reconnu par l'état civil<sup>306</sup>.

Dans la première hypothèse, il conviendrait que la loi précise que le « sexe » mentionné à l'état civil et le lien de filiation « maternel » ou « paternel » peuvent être disjoints.

On peut aussi envisager, dans la logique de la possession d'état, que le lien biologique avéré entre le parent et l'enfant permet d'établir un lien juridique de filiation dans le genre juridiquement reconnu au parent.

## Section II : Les perspectives d'évolutions

Si la mise en oeuvre des procédés d'acquisition de la filiation par l'inscription dans l'acte de naissance de l'enfant n'apparaît pas toujours satisfaisante, alors une évolution de la qualité de père et mère est envisageable (paragraphe I), tout comme la désésexualisation des termes « mère », « père » paraît concevable (paragraphe II). Les perspectives peuvent aussi toucher au régime de l'adoption (paragraphe III). Peut aussi être envisagée la « neutralisation » des termes « père » et « mère » au profit du terme générique de « parent » (paragraphe IV). Les normes régionales semblent l'encourager (paragraphe V).

---

<sup>306</sup>Tribunal de grande instance de Montpellier, du 22 juillet 2016, n° 15/05019

## Paragraphe I : Une refonte des titres de « père » et « mère »

Les insuffisances de la loi de novembre 2016 sont manifestes quant à la filiation des enfants nés après un changement de la mention de sexe à l'état civil.

La démedicalisation de la procédure rend possible de devenir parent « biologique » après qu'a ait été reconnu, juridiquement, le « changement » de sexe.

Faut-il, alors, ancrer dans la « vérité » biologique le lien de filiation ou convient-il d'envisager un mode alternatif d'établissement de la filiation ?

Si la biologie demeure le principe incontournable, alors une distorsion entre le genre du parent à l'état civil et la qualité de père ou mère devrait être envisagée. Il ne semble, en effet, pas acceptable que la procréation réalisée puisse remettre en cause le changement de la mention de sexe à l'état civil. Si tel était le cas, nous l'avons dit, une condition insidieuse de stérilisation sociale serait réintroduite en droit positif.

Le changement de la mention de sexe étant ancré dans la notion de possession d'état, c'est peut-être dans cette notion qu'il faudrait trouver le fondement du lien de filiation de l'enfant de la personne transidentitaire. La voie de la filiation élective, adoptive, est envisageable mais heurte parfois les revendications des personnes concernées.

Biologiquement parent, la personne peut trouver contestable d'avoir à en passer par la procédure d'adoption. Le renforcement de l'établissement de la filiation par la voie de la possession d'état pourrait alors permettre d'offrir une solution.

Le renforcement de la voie de l'établissement de la filiation par possession d'état pourrait cependant être suivi de répercussions notamment dans le cas de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger.

Le positionnement du législateur apparaît nécessaire tout comme une réflexion globale sur le dédoublement de la qualité de père et/ou de mère, mais encore sur la gestation pour autrui .

La « sexualisation » de la filiation fondée parfois sur des réalités physiologiques, parfois génétiques ou parfois simplement sociales, nécessitent de revoir de manière transversale le régime.

Enfin, et de manière générale, c'est la question même de la nature de la filiation qui se voit remise en cause par les évolutions envisagées.

Il convient ici de souligner que la revendication d'une reconnaissance de son identité dans l'acte civil d'autrui, même quand il s'agit de son enfant, peut être contestable. L'intérêt de l'enfant devrait être le principal prisme d'entrée de la réflexion. Cet intérêt impose-t-il d'établir le lien de filiation sur la « vérité biologique » ou sur la réalité sociale ? La qualité de mère ou de père est elle liée au fait d'être géniteur, génitrice, gestatrice, ou au « comportement social » adopté par le parent ?

Si le droit s'engage, ici aussi, dans la voie de la possession d'état, des aménagements doivent être envisagés sur le terrain des actions en reconnaissance et en contestation de paternité/maternité. La filiation socialement établie sera-t-elle une incontestable « vérité » juridique ou l'enfant pourrait-il bénéficier d'action en justice pour faire reconnaître ultérieurement une « réalité » biologique dans son lien de filiation ? Un droit sur la « réalité » de son origine peut-il être envisagé ?

Face aux difficultés soulevées, une « neutralisation » de la filiation peut-elle être envisagée, à l'instar de celle réalisée dans le mariage, ou la qualité d'époux s'est substituée à celle de mari et de femme. La société française accepterait-elle un tel bouleversement du modèle familial?

Paragraphe II Maintien du régime, la désexualisation de la notion de mère.

*Mater semper certa est.*  
*Pater is est quem nuptiae demonstrant.*

Une permanence, « non sexuée » de ces adages est envisageable. L'accouchement permet d'attester de la qualité de parent, et le conjoint du parent accouché est présumé être parent.

On soulignera que les textes relatifs à l'adoption se réfèrent au terme, neutre, « *d'adoptant* »<sup>307</sup>. Il convient de relever que l'article 346 du Code civil dispose que « *Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* ». Depuis l'adoption de la loi de 2013, des époux de même sexe peuvent, donc, adopter un enfant, et le conjoint peut aussi adopter l'enfant de son époux ! Le dédoublement de maternité ou de paternité est donc bien une réalité juridique.

Il n'y a donc pas d'obstacle de droit insurmontable à reconnaître la qualité de père, de mères, ou celle de parent, à deux personnes de même sexe.

Paragraphe III: Aspect de la régulation du régime de l'adoption

Dans ces effets, la filiation adoptive revêt les mêmes effets que la filiation liée à la naissance pour la mère et de la reconnaissance pour le père. Cependant, même si la situation juridique est similaire, les moyens pour y parvenir sont fortement différents. Dans le cadre de l'adoption, la démarche administrative, voire judiciaire, constitue une véritable différence, parfois une épreuve, dans l'accès à la parentalité. Cette difficulté d'accès s'insère nécessairement dans le positionnement en faveur d'une reconnaissance directe du lien dit biologique pour éviter une procédure longue et complexe.

L'accès au statut de parent par l'acte de naissance nécessite une refonte pour permettre la pérennité d'un système fondé sur une filiation d'ordre sociale et non exclusivement biologique. Le fait social constitué par l'adoption pourrait ainsi faire l'objet d'un traitement facilité.

Paragraphe IV : Le remplacement par le statut neutre de parent.

#### 1. Proposition :

---

<sup>307</sup> par ex. Code civil Article 344, Article 346

La distinction, entre père et mère trouve une légitimité dans l'acquisition de certains droits, notamment relatifs aux congés. Néanmoins, une neutralisation du statut de parent peut être envisageable sans remettre en cause ces mécanismes. Les qualités de père et de mère, nécessaires pour l'attribution de certains droits, peuvent certainement se passer de la valeur probatoire d'un acte authentique que constitue l'état civil de l'enfant. Les droits dont il s'agit seraient reconnus à l'un des parents, et singulièrement au parent « accouché ».

Les termes père et mère ne sont pas forcément liés à une sexualisation proprement dite des rôles mais sont inspirés davantage par la méthode d'acquisition de l'un des deux statuts, de manière générale, l'accouchement pour le titre de mère, la présomption ou la reconnaissance pour le titre de père. Sortir de l'acte d'état civil les qualités de père et de mère en leur substituant la reconnaissance du titre de parent est envisageable.

Le titre de parent s'acquiert alors par l'accouchement, la présomption (pour le conjoint du « parent accouché »), par la reconnaissance, ou par voie d'adoption. Dans ce cas et pour répondre à la problématique de l'allocation de certaines ressources aux femmes enceintes, un remplacement en tant que « parent gestant » est envisageable, il en va de même pour les actuels congés de maternité qui seraient attribués au parent gestant.

La réforme relative au mariage pour tous et certains textes antérieurs ont déjà utilisés de termes moins sexués, comme les formules « *époux défunts* » et époux « *prédécedés* »<sup>308</sup> ou dans le cadre des pensions de réversion<sup>309</sup>.

## 2. L'exemple Argentin

À la suite d'une série d'avancées majeures, le législateur argentin décida de limiter l'intrusion de norme fondée sur le sexe lors de l'élaboration du code civil et commercial argentin en vigueur depuis le premier août 2015. Ce code est l'illustration d'un travail de codification modernisé et fondé sur un principe d'égalité entre les sexes. Pour arriver à assurer une égale représentation, les rédacteurs prirent une position fondée sur la négation du sexe, au profit de termes plus neutres et dotés d'un certain universalisme dans le cadre de l'état. Au titre de la mention de sexe et des actes de naissance, les principales avancées se trouvent dans le cadre particulier de la filiation, où les pères et mères se voient ici remplacés par les titres de « *progéniteur* »<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Code civil, Article 734 et 756 et s., (nouveaux textes résultant de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001) : Si l'époux prédécédé laisse des enfants ou descendants, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens lorsque tous les enfants sont issus des deux époux et la propriété du quart en présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux.

<sup>309</sup> Article L353-1 du Code de sécurité sociale, Modifié par Loi n°2011-1906 du 21 décembre 2011 - art. 92 qui dispose « *En cas de décès de l'assuré, son conjoint survivant a droit à une pension de réversion à partir d'un âge et dans des conditions déterminés par décret si ses ressources personnelles ou celles du ménage n'excèdent pas des plafonds fixés par décret.* »

<sup>310</sup> Titre 1 du patrimoine au Chapitre 10 du Code civil argentin qui dispose « *Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos* » traduisible par : « *les progéniteurs continuent d'être sujet à toute charges et obligations au titre de leur enfants* ».

Toutefois, derrière le travail argentin, la notion de progéniteur attache la parentalité à la filiation génétique. La portée de l'analyse comparée s'en trouve limitée.

Sans que les notions même de mère et de père ne soient occultées, le Code Argentin fait transparaître par le terme progéniteur un élément principal neutre, le sexe des parents apparaissant alors secondaire et extérieure à l'État civil.

Paragraphe V : *Appui au débat des normes régionales*

Les régimes de proposition précédemment introduits fondés sur des éléments tels que la refonte du système de l'adoption, le maintien du régime ou encore l'usage d'un terme neutre de parent dans l'acte de naissance, devront pour assurer une certaine légitimité se conformer aux règles générales introduites par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Dans le cadre général de la question de la disponibilité de l'état, les débats et les différentes évolutions furent influencés par les décisions antérieures de la CEDH et sur une évolution de l'interprétation d'espèce de l'article 8 de la convention,

L'Article 8 de la convention dispose d'un:

« **Droit au respect de la vie privée et familiale**

1. *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*
2. *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »*

De cet article et de son interprétation par la Cour EDH plusieurs éléments majeurs de réflexion peuvent être soulevés. L'article 8 impose la reconnaissance d'un principe général d'autonomie de la volonté, mise en opposition avec l'ingérence de l'Etat. Or, dans le cadre de la mention de sexe à l'état civil c'est l'ingérence par l'assignation et l'inscription qui peut venir s'opposer à cette autonomie, notamment dans le cadre d'un système dit « *déclaratoire* » dans le cadre des actes de naissance.

Les arrêts de la CEDH contribue fortement au débat sur la capacité et l'indisponibilité de l'état, Dès 1992 avec l'arrêt B/France <sup>311</sup> la Cour fonde sa jurisprudence sur le respect général de la vie privée et familiale pour déterminer que l'incapacité complète de changer de sexe apparaît disproportionnée face aux engagements de la France en matière d'autonomie et face au rôle attribué à l'état civil. Une telle décision par son impact sur le droit français marqua aussi un revirement dans l'autorité de la cour . Cécile Ferco estimait même :

---

<sup>311</sup> Cour européenne des droits de l'homme, B. c. France, 25 mars 1992, n° 13343/87

« Les juridictions ordinaires françaises sont, a priori et dans une certaine mesure, « soumises » à la jurisprudence de la Cour européenne, dans la mesure où elles ont vocation à assurer la primauté du droit international (art. 55 C.). En outre, la multiplication des recours individuels aboutissant à une satisfaction pécuniaire à la charge de l'Etat ainsi que les effets néfastes de condamnations répétitives par la Cour EDH, ont une influence indéniable, aussi bien en droit français qu'en droit allemand. Ainsi la Cour de cassation a reconnu, suite à une condamnation de la Cour EDH, le droit des transsexuels à la modification de leur état civil »<sup>312</sup>.

L'interprétation de l'article 8 de la CEDH s'inscrit dans un mouvement général de pleine compétence de la Cour qui par une interprétation régulière des articles et qui entretient sa compétence interprétative de la convention. En effet, les évolutions récentes entretiennent et alimentent d'autant plus la nécessité d'un positionnement législatif sur la question des traitements médicaux.

La jurisprudence de la Cour européenne n'est pas à sous-estimer, de nombreux auteurs voient en elle une vraie source d'influence sur les législations nationales<sup>313</sup> et toutes volontés de refondre le cadre afférent à la filiation de l'enfant se verra nécessairement impactées par la vision de la CEDH de l'article 8 de la convention.

L'arrêt *Garçon et Nicot c/ France* du 6 avril 2017<sup>314</sup> illustre encore une fois le rôle de la Cour par la condamnation de la France. L'arrêt expose ici la volonté claire et actée de la Cour de s'intégrer dans la voie d'une démedicalisation partielle des conditions de changement de sexe à l'état civil.

La Cour expose à ce titre que la réassignation chirurgicale apparaissait contraire par la souffrance qu'elle engendre chez l'individu qui doit pour être reconnu passer par un processus portant atteinte à son intégrité physique et à sa fécondité. Pour autant, la Cour concède aux Etats le conditionnement par la réalité du syndrome transsexuel attesté par un médecin et la nécessité d'une expertise médicale. Cette concession n'en est d'ailleurs pas vraiment une, mais constitue la simple conséquence de sa limite de compétence, l'autonomie des états dans la mise en oeuvre de leur législation interne n'est pas remise en cause, une marge d'interprétation et d'appréciation permet aux Etats d'avoir une latitude dans la mise en oeuvre de régime interne.

Les évolutions au titre de l'article 8 de la convention EDH apparaissent ainsi traduire cette recherche de proportionnalité entre le but escompté et les moyens pour y parvenir. Le conditionnement par le médical d'un changement d'état civil fondé sur une « vérité historique »<sup>315</sup> justifie le positionnement strict de la Cour européenne.

---

<sup>312</sup> C.FERCOT, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand ». Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français, Rev. Française de droit constitutionnel 2007/3, N°71, p.648.

<sup>313</sup>F. VIALLA « Le droit français sous influence » Recueil Dalloz, 2012, p. 1648, à propos des questions soulevées par la transidentité.

<sup>314</sup> A. P., *Garçon et Nicot* du 6 avr. 2017, 5e sect., req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, AJ fam. 2017. 299, obs. F. Viney; D. 2017. 1027, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA.

<sup>315</sup> Selon « l'inflexible » la formule de Carbonnier citée par L. LAMBERT-GARREL, op-cit., in *Regards croisés sur le genre*, p.57

Toutefois la « *biologisation* »<sup>316</sup> du changement laisse encore dans la décision de 2017, une marge dans la régulation des demandes et dans la légalité de certains régimes.

## **PARTIE III : Opportunité d'une suppression**

La nature et les évolutions de l'état civil conduisent à envisager la possibilité de supprimer la mention du sexe dans les actes d'état civil. Cette réflexion nécessite de s'interroger sur les conséquences d'une telle suppression.

Afin d'envisager l'opportunité d'une telle suppression, l'analyse préalable de sa valeur s'impose (Chapitre 1) avant d'effectuer celle d'un régime particulier d'aménagement (Chapitre 2).

### **Chapitre I : La valeur limitée du sexe en outil de police civile**

Par l'analyse du rôle de l'état civil dans l'établissement de la capacité des individus, il apparaît que dans une acception restrictive et utilitariste, la notion la mention du sexe dans l'état civil dispose d'une valeur limitée (Section 1) dont l'usage ne fonde plus certaines règles d'organisation de la société pourtant ancrée sur des considérations sexuées (Section 2 ).

---

<sup>316</sup> A. DIONISI-PEYRUSSE, « *Mention et changement de sexe à l'état civil - sexe neutre - stérilisation* », DALLOZ, AJ Famille 2017 p.329.

## Section I : Le sexe composante d'un acte authentique

Acte authentique à la forte valeur probatoire, l'acte d'état civil peut-il évoluer ? Pour déterminer l'opportunité d'une suppression de la mention du sexe à l'état civil, des précisions sur sa nature juridique sont à formuler.

Quelle est la fonction véritable de l'état civil ? La mention du sexe à l'état civil est-elle nécessaire à cette fonction ?

On peut parfois considérer que l'état civil est une composante de l'état des personnes qui lui rassemble tous les éléments identifiants de l'individu<sup>317</sup><sup>318</sup>. Assurément les éléments composant l'état de la personne dont l'objet de débats<sup>319</sup>. Si le sexe est un élément de l'état de la personne, alors serait justifiée son intégration à l'état civil<sup>320</sup>.

Outil d'identification et d'individualisation de la personne, l'utilité de l'état civil est incontestable. La date de naissance, par exemple, permet de déterminer l'âge du sujet et joue un rôle essentiel dans la détermination de la capacité. En va-t-il de même de la mention de sexe ?

Le constat peut être établi que « *Traditionnellement, l'état civil joue une fonction probatoire Son rôle est de « constater de manière authentique, sur des registres tenus à cet effet, les principaux événements dont dépend l'état des personnes* »<sup>321</sup>. Aujourd'hui cependant l'état civil est parfois présenté comme « *l'ensemble des qualités inhérentes à la personne que la loi civile prend en considération pour y attacher des effets de droit* »<sup>322</sup>. Cette approche ne se contente pas de regrouper au sein de l'état civil tous les éléments qui concourent à l'identification de la personne. Elle opère une sélection de ces éléments afin de ne retenir que ceux qui constituent certaines conditions d'application des règles juridiques<sup>323</sup>. Si l'on adhère à cette définition, le sexe devient un élément au sujet duquel l'hésitation est permise. Il ne s'agit pas de remettre en cause la vocation du sexe en tant qu'élément d'identification de la personne, mais de vérifier dans quelle mesure il est nécessaire que cet élément figure dans l'état civil. Dans cette perspective, la nécessité de mentionner le sexe de la personne dans l'état civil ne devrait s'imposer que si la différence des sexes emporte l'application d'un régime juridique particulier.

---

<sup>317</sup>A.-M. LEROYER, op-cit.

<sup>318</sup> Soutenue par F. TERRÉ et D. FENOUILLET ; J.-P. BRANLARD, F. GRANET-LAMBRECHTS A. DEBET dans certains de leurs ouvrages

<sup>319</sup> F. TERRÉ ET D. FENOUILLET, « *Les personnes, La famille, Les incapacités* » : Dalloz, 7e éd., 2005, n° 121. « *Une grande diversité d'opinions semble caractériser la question* ».

<sup>320</sup> P. GUEZ « *faut-il supprimer le sexe de la personne à l'état civil* », revue du Centre de recherche et d'étude en droit fondamentaux, 2005

<sup>321</sup> P. GUEZ op-cit. ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, v° état civil in Dictionnaire de la culture juridique (dir. D. ALLAND et S. RIALS), Quadrige/Lamy/PUF, 2003

<sup>322</sup> V° état civil in Vocabulaire juridique H. Capitant, Quadrige/PUF, 2001. Rapp. M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER, Traité pratique de droit civil français, T. 1, Les personnes, LGDJ, 1952, n° 13 qui écrivent « on appelle état d'une personne certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques »

<sup>323</sup> Envisagé ainsi, l'état civil est « l'instrument qui regroupe certaines conditions d'application des règles juridiques », G. DE LA PRADELLE, L'Homme juridique, PU Grenoble/F. Maspero, 1979, p. 146

Or, « l'analyse du droit positif révèle que le fait d'appartenir à un sexe plutôt qu'à un autre emporte de moins en moins l'application d'un statut spécifique »<sup>324</sup>.

Les différentes mentions « identifiantes » portées à l'état civil sont enregistrées par l'officier d'état civil. Si ces mentions sont utiles voire nécessaires dans la réalisation de certains actes on doit relever que la véracité des informations déclarées reste quant à elle, contestable par tout moyen.

La permanence de la mention du sexe à l'état civil est parfois justifiée par le rôle social attaché à l'état civil dans son statut d'instrument validé par l'autorité publique par le passage devant un officier d'état civil. Cependant, accorder un tel rôle social reviendrait à inverser la cause par l'effet. L'outil qu'est l'état civil change peut-être de nature lorsqu'il devient le siège d'une reconnaissance sociale : « *Le juge, qui détient le pouvoir de changer l'état civil possède un pouvoir aussi démiurgique que celui du chirurgien qui a le pouvoir de changer les corps* »<sup>325</sup>

La mention du sexe à l'état civil est-elle source, voire condition, d'effets de droit. Quels sont les actes qui, mentionnant le sexe, rendent essentielle cette mention ? Le sexe fut longtemps source d'une capacité distincte en femme et homme. Tel n'est plus fort heureusement le cas dans notre système de droit. En outre, depuis la loi de 2013, le sexe n'est plus un élément pris en considération dans le droit du mariage.

Pour autant le sexe n'est pas absent du droit, « *Ainsi, la distinction entre les sexes est donc loin d'avoir disparue en matière de filiation par procréation charnelle (ou avec aide médicale)* »<sup>326</sup>.

Les règles visant à garantir l'égalité entre femme et homme et celle destinée à réprimer la discrimination maintiennent, elles aussi, la présence du « *sexe dans le droit* ». Mais il ne semble pas que les louables objectifs visés par ces textes nécessitent que la mention du sexe à l'état civil soit maintenue.

A titre d'exemple, nous mentionnerons les dispositions de l'alinéa 1er de l'Article 225-1 du Code pénal (Modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 86) :

*« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée ».*

Parmi les motifs reconnus par le droit comme étant discriminatoires, la majorité ne figure pas comme élément de l'état civil, ce qui n'atténue en rien la portée de l'interdit. L'appartenance à une ethnie, une religion, une prétendue race, ne sauraient être

---

<sup>324</sup> P. GUEZ op-cit.

<sup>325</sup>C. Fortier, op-cit. p. 276

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 308

considérés comme des critères figurant à l'état civil, pour autant toute distinction opérée sur un de ces fondements peut être source de poursuites pénales. Dès lors, la discrimination fondée sur le sexe ou sur l'identité de genre peut parfaitement perdurer en dépit d'une disparition de la mention du sexe à l'état civil.

## Section II : Une mention du sexe émancipée de l'acte d'état civil

### Paragraphe I : Emancipation en droit du sport

Dans le domaine du sport, du sport de compétition notamment, l'identité sexuée de la personne est prise en considération. Or, la preuve à apporter n'est pas ici juridiquement entendue, c'est une approche biologisante qui est privilégiée. Il ne s'agit pas de savoir si le(a) compétiteur/trice est juridiquement reconnu(e) comme homme ou femme, mais si il/elle l'est biologiquement et hormonalement. La binarité, dans un souci d'éthique sportive et d'égalité des compétiteurs, se fonde sur des données physiques, physiologique etc.

La force probante de l'acte d'état civil est alors contestée par les analyses médicales et les « tests de féminité et de masculinité ». Une personne intersexue « assignée » par le droit dans un genre pourra néanmoins se voir refuser l'accès à une compétition sur la base d'une « vérité biologique »<sup>327</sup>.

Le régime se fonde sur la déclaration de l'athlète et la remise en cause de cette déclaration engendre une enquête. En matière sportive, la définition du sexe rend l'usage de l'état civil obsolète.

### Paragraphe II : Émancipation dans les règles relatives à la discrimination

#### 1 Les règles générales

Comme nous l'avons vu, les critères de qualification d'une discrimination pénalement sanctionnable (Code pénal Art. 225-1) ne figurent pas pour la plupart d'entre eux parmi les éléments mentionnés à l'état civil (ethnie, prétendue race, religion etc). Le droit pénal les prend pourtant en considération.

Une sanction de pratique discriminatoire fondée sur le sexe ou l'identité de la personne est donc tout à fait envisageable quand bien même la mention du sexe ne figurerait plus parmi les éléments de l'état civil.

En outre les fondements constituant les règles anti-discriminatoires trouvent leur source dans le cadre même de la Constitution<sup>328</sup>. Le principe général d'égalité prévue à l'article premier de la Constitution dispose :

---

<sup>327</sup> V. J. ROQUE, « les limites éthiques de l'intervention médicale dans l'activité sportive », in *Les grands avis du comité national consultatif d'éthique*, LGDJ 2013, Dir. E MARTINEZ et F. VIALLA, p. 734 et s. ; *Regards croisés sur le corps du sportif*, LEH 2014, dir. M. REYNIER, J. MATEU et F. VIALLA ; S. FERREZ et A. MARCELLINI, « le sport à l'épreuve du genre », in *Regards croisés sur le genre*, LEH 2010, dir. M. REYNIER, J. MATEU et F. VIALLA, p.339 et s.

<sup>328</sup> Constitution du 4 octobre 1958 de la Cinquième république française.

*« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. »*

L'article 14 de Convention européenne des droits de l'Homme précise :

*« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».*

La présence du sexe ou de l'identité de genre à l'état civil est inutile à la mise en place de mécanismes de lutte contre les discrimination, les dispositions présentes en droit pénal<sup>329</sup> et en droit du travail<sup>330</sup> sont suffisantes.

Sur les questions de discrimination, le régime de la preuve subit une série d'évolutions à la suite d'un renforcement des règles anti-discriminatoires consécutif à un positionnement européen renforcé par la directive CE n°no 97/80/CEE. La directive invite les pays membres à légiférer sur de potentiels renversements de la charge de la preuve<sup>331</sup>.

En droit du travail c'est à l'employeur de démontrer l'absence de discrimination. L'article L1134-1 du Code du travail dispose :

*« Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

*Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.*

*Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »*

La jurisprudence renforce l'office du juge dans la démonstration de la réalité de la discrimination. Des arrêts<sup>332</sup> de la chambre sociale illustrent ce travail d'instruction dans la détermination d'une inégalité de traitement. De ces différentes constatations au titre de l'évolution du régime probatoire relatif à la lutte contre les pratiques discriminatoires, il est possible de voir une autonomie intégrale du juge face à la validation d'une situation discriminante, dans le cadre même de l'entreprise. Les

<sup>329</sup> Code pénal article 225-1 à 225-4.

<sup>330</sup> Code du travail, article. L. 1131-1.

<sup>331</sup> Soc. 23 nov. 1999, no 97-42.940, Seillier c/ CEA, Bull. civ. V, no 447

<sup>332</sup> À titre d'exemple, Arrêt de la Cour de cassation, Chambre sociale, du 4 février 2009, n° 07-42.697

éléments prévus sur les pièces d'identité ne liraient pas le juge dans son instruction et dans la recherche de la véracité de l'atteinte.

En outre, les évolutions de la loi de modernisation, permettent de faire peser les règles antidiscriminatoires sur la simple appartenance prétendue à un sexe ou à un genre. Quelle que soit la mention du sexe à l'état civil la simple « croyance » de l'auteur de l'infraction suffisant à déterminer l'existence d'une discrimination.

## 2. Une incorporation des règles relatives à l'identité de genre.

L'identité de genre est désormais expressément mentionnée dans l'article 225-1 du Code pénal (Modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 86)

Les premières interventions européennes en matière de protection des personnes en fonction de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre furent introduites par la recommandation du conseil de l'Europe CM/REC 2010<sup>333</sup> et par la Résolution 1728(2010)<sup>334</sup>. Malgré l'absence d'aspect contraignant de ces textes, il apparaît essentiel d'exposer la définition du genre qui y est donnée afin de la comparer avec l'acception retenue en matière d'état civil :

*« L'identité de genre désigne l'expérience intime et personnelle de son genre telle que vécue par chacun. Une personne transgenre est quelqu'un dont l'identité de genre ne correspond pas au genre qui lui a été assigné à sa naissance. »*

Cette approche fait une place majeure à l'auto-perception sans se référer à la considération sociale dont jouit la personne, là où le droit français cumule les deux éléments (volonté de la personne et possession d'état).

Le rapport du commissaire aux droits de l'Homme du 29 juillet 2009<sup>335</sup> qui exposa en outre de potentielles avancées pour améliorer la situation des personnes trans. Les recommandations du rapport HAMMARBERG constituent le tronc d'une réflexion générale sur l'identité de genre et sur la nécessité d'une démarche de protection<sup>336</sup>.

---

<sup>333</sup> Conseil de l'Europe, recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010.

<sup>334</sup> Résolution 1728 (2010) de l'Assemblée parlementaire relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010. Ces textes n'ont bien sûr aucune valeur contraignante

<sup>335</sup> T. HAMMARBERG, op-cit. Il s'agit d'un organisme indépendant du Conseil de l'Europe.

<sup>336</sup> 1. Mettre en œuvre les normes internationales des droits de l'homme sans distinction et interdire expressément la discrimination fondée sur l'identité de genre dans la législation nationale antidiscrimination. Cette mise en œuvre au niveau national devrait s'inspirer des principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ; 2. Adopter une législation relative aux infractions motivées par la haine offrant une protection spécifique aux personnes transgenres contre les infractions et les incidents inspirés par la transphobie ; 3. Instaurer des procédures rapides et transparentes de changement de nom et de sexe sur les extraits d'acte de naissance, cartes d'identité, passeports, diplômes et autres documents officiels ; 4. Dans les textes encadrant le processus de changement de nom et de sexe, cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux ; 5. Rendre les procédures de conversion de genre, telles que le traitement hormonal, la chirurgie et le soutien psychologique, accessibles aux personnes transgenres et en garantir le remboursement par le régime public d'assurance maladie ; 6. Supprimer les dispositions portant atteinte au droit des personnes transgenres à demeurer mariées à la suite d'un changement de genre reconnu ; 7. Elaborer et mettre en œuvre des politiques de lutte contre la discrimination et l'exclusion auxquelles font face les personnes transgenres sur le marché du travail, dans l'éducation et dans le système de santé ; 8. Consulter les personnes transgenres et leurs organisations et les associer à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques

Ces recommandations ont indéniablement eu une influence sur les évolutions du droit interne.

La loi de novembre 2016 apparaît comme un texte important en ce qu'elle reconnaît l'identité de genre dans le champ de la discrimination et par l'évolution réalisée sur la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil. Cette évolution concomitante atteste de la volonté du législateur de voir reconnue la notion d'identité de genre.

## Chapitre II : L'adaptation du droit à une éventuelle suppression de la mention du sexe

Si la mention du sexe à l'état civil était supprimée, la persistance de règles « sexuées » ( en droit du travail par exemple) rendrait nécessaire la possibilité d'établir l'identité sexuelle par d'autres vecteurs que l'état civil (Section 1). La question se poserait, notamment, dans le cadre de l'émission et de l'utilisation de documents administratifs. (Section 2).

### Section I: Uniformisation des modalités de démonstrations de son identité

L'état civil permet l'émission de pièces d'identité établies grâce à lui. En cas de suppression de la mention du sexe il faudra envisager de nouveaux moyens de démonstration de l'identité. L'uniformisation des modalités de démonstration de son identité sexuelle devra nécessairement passer par un éclairage relatif à la position française entre un principe de déterminisme social et d'auto-perception en s'adaptant à la question de l'identité neutre aux règles internationales et aux règles en matière de discrimination

#### Adaptation à une suppression

En l'absence d'une mention du sexe, instrument probant à l'état civil, la persistance même marginale de règles « sexuées », nécessite une adaptation pour l'établissement de documents ou la mise en œuvre de droits spéciaux (parité). En conséquence, la logique d'une suppression nécessite de revoir les modalités d'affirmation de l'identité de genre. Le régime déclaratif actuel, confirmé par l'officier d'état civil, pourrait

---

et de dispositions juridiques les concernant ;  
9. Promouvoir les droits humains des personnes transgenres et lutter contre la discrimination fondée sur l'identité de genre au moyen de l'éducation aux droits de l'homme, de programmes de formation et de campagnes de sensibilisation ; 10. Dispenser aux professionnels de santé, notamment aux psychologues, psychiatres et médecins généralistes, une formation sur les besoins et les droits des personnes transgenres et l'obligation de respecter leur dignité ; 11. Intégrer les questions relatives aux droits humains des personnes transgenres dans les activités des organes de promotion de l'égalité et des structures nationales des droits de l'homme ; 12. Développer des projets de recherche pour recueillir et analyser des données sur la situation des personnes transgenres au regard des droits de l'homme, y compris sur les problèmes de discrimination et d'intolérance, et ce sans porter atteinte aux droits au respect de la vie privée des personnes concernées.

subsister sans exiger son inscription aux registres civils mais circonscrit à l'établissement d'autres documents.

Le régime serait fondé initialement sur la déclaration des parents et ensuite s'inscrirait dans une logique d'auto-perception par le sujet. A titre d'exemple, la déclaration devra être réalisée lors de l'établissement du numéro de sécurité sociale ou dans le cadre général des demandes relatives à certains droits sociaux. Ce sera encore le cas dans le cadre d'un formulaire entraînant un classement informatique en fonction du sexe. Toutefois, il conviendra de démontrer au cas par cas du caractère nécessaire de la « sexuation » de tels registres et formulaires.

Dans le cadre d'une contestation de l'identité sexuelle déclarée par la personne il s'agira dès lors de vérifier que l'auto-perception est corroborée par le comportement social. A l'instar de la procédure réformée du changement de sexe, le juge vérifiera l'adéquation entre comportement social et l'identité sexuelle déclarée.

En dehors de certains cas particuliers, par exemple dans le domaine sportif ou pour une prise en charge médicale et/ou hospitalière, la persistance d'une condition biologique et médicale apparaît contraire à l'évolution de la société, et contraire aux lignes directrices induites par les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme.

#### Mise en situation

Lors de la naissance d'un enfant, le sexe anatomique constaté par le médecin n'est pas inscrit sur l'acte de naissance mais il est communiqué aux parents et à l'administration pour l'établissement de ses droits en tant qu'assuré social. Au fil des différentes démarches administratives, il pourra être demandé aux parents de l'enfant mineur, et par la suite à l'adulte, la déclaration de son sexe seulement quand une nécessité est démontrée à cette déclaration.

Le respect des règles de parité ne nous semble pas imposer la persistance de la mention du sexe à l'état civil. Pour juger du respect de la parité, une contestation du sexe auto-perçu déclaré par la personne peut être ancrée dans la logique de la reconnaissance sociale et de la possession d'état. Toute personne contestant l'appartenance d'une personne au quorum F ou M devra démontrer la non-appartenance sociale de la personne au genre déclaré.

Même dans une logique où le sexe serait auto-perçu et déclaratoire, la binarité demeure tangible.

Les personnes intersexes peuvent alors se voir imposer un positionnement pour le respect, par exemple, des règles de parité dans les institutions publiques ou privées (entreprise). Le strict respect des règles de parité pourrait se révéler source d'exclusion pour les personnes qui ne peuvent s'inscrire dans une logique binaire.

Toutefois, il semble possible d'aménager ces questions de parité dans le cas d'une neutralité revendiquée. Il pourrait être envisagé un principe d'attribution positive ou de calcul du quorum en neutralisant le ou les membres non genrés.

-Adéquation avec l'approche auto-déterministe.

Le principe d'auto détermination apparaît dans le principe n°3 de Jogjakarta<sup>337</sup> :

*« Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Les personnes aux diverses orientations sexuelles et identités de genre jouiront d'une capacité juridique dans tous les aspects de leur vie. L'orientation sexuelle et l'identité de genre définies par chacun personnellement font partie intégrante de sa personnalité et sont l'un des aspects les plus fondamentaux de l'autodétermination, de la dignité et de la liberté. »*

Le commissaire européen aux droits de l'Homme exprime le même positionnement <sup>338</sup> :

*« l'identité de genre reflète l'expérience profondément ressentie et vécue par chacun de son propre genre. Chacun a une identité de genre, qui est partie de son identité globale. L'identité de genre d'une personne est typiquement alignée avec le sexe assigné à la naissance »*

L'autodétermination de son genre par l'individu, rend contestable un contrôle *a priori* de la situation, pour l'établissement de documents administratifs notamment.

La déjudiciarisation des procédures induites par une éventuelle suppression de la mention du sexe à l'état civil s'intègre dans une identification personnelle de l'individu à son genre et permet un respect accru de son identité.

Dans le cadre d'une suppression du sexe à l'état civil la conformité de ces changements avec la convention européenne des droits de l'Homme apparaît essentielle pour assurer une telle démarche. Car, même si les règles relatives à l'état civil sont de la compétence des Etats parties, la Cour EDH assure un contrôle de plus en plus rigoureux.

De tels contrôles de conformité des règles internes à la convention, sont effectués notamment sur le fondement de l'article 8 de la CEDH.

Ne plus exiger la mention du sexe dans des documents officiels, permet indéniablement un meilleur respect du cadre conventionnel.

En occultant la mention du sexe dans l'état civil et dans les documents administratifs, ne remet aucunement en cause les règles encadrant la discrimination.

Le rôle du juge dans l'approche d'une situation de discrimination sexuelle ou d'identité de genre ne saurait se borner à une analyse des documents d'état civil ou d'identité de la personne pour que soit établi la preuve de l'élément matériel et de l'élément moral de l'infraction.

---

<sup>337</sup> Principes de Jogjakarta établis en mars 2007 et présentés devant le Conseil des droits de l'homme des Nations unies

<sup>338</sup> Rapport d'octobre 2016 du Haut-Commissaire des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, : « *Gender identity reflects a deeply felt and experienced sense of one's own gender. Everyone has a gender identity, which is part of their overall identity. A person's gender identity is typically aligned with the sex assigned to them at birth* » p.18-19

## Section II : Etablissement de norme d'adaptation structurelle

La mise en place d'une suppression de la mention du sexe à l'état civil nécessite qu'une réflexion générale sur les modalités de déploiement d'une telle suppression (Paragraphe I) et sur les adaptations nécessaires de certains documents administratifs d'identité (Paragraphe II). La suppression des mentions du sexe (Paragraphe III) et l'établissement d'un droit à la rectification (Paragraphe IV) doivent être appréhendés.

### Paragraphe I : Etablissement de modalité de déploiement administratif

L'impact d'une proposition de suppression, nécessite une réflexion sur la temporalité de sa mise en oeuvre avant de s'intéresser à la nécessité d'un maintien de la mention du sexe dans certains documents.

Dans le cadre d'une éventuelle suppression de la mention du sexe à l'état civil la question de l'application de la loi dans le temps s'avère complexe. La mesure serait-elle simplement d'effet immédiat ou doit-elle être rétroactive ? Faut-il effectuer une simple mise en oeuvre pour les actes d'état civil émis après la loi, ou la réforme s'appliquera-t-elle aux actes émis avant la loi.

La rétroactivité apparaît peu constructive et potentiellement opposée à une volonté d'assurer une transition souple entre deux régimes opposés. Au contraire, assurer une retranscription uniquement pour les actes postérieurs à la mise en oeuvre d'une potentielle réforme, limite la transition et réduit les effets à moyen terme de ces suppressions, notamment dans le cadre d'une volonté de venir assurer une meilleure reconnaissance des personnes intersexes et transgenres.

La rétroactivité pourrait n'être que partielle et laissée à l'initiative de la personne lorsque celle-ci souhaiterait bénéficier du régime nouveau.

Toutefois, une solution médiane peut être aussi consister en la suppression immédiate de la mention dans les nouveaux actes d'état civil et par une suppression progressive de la mention du sexe dans les documents administratifs produits au fil des demandes. En outre, l'application pour les cas antérieurs pourrait simplement se répercuter sur les documents d'identité. Il apparaît donc possible d'établir une suppression du sexe dans les documents civils sans toucher rétroactivement à l'état civil.

Enfin il est à noter qu'une suppression progressive des mentions du sexe dans les documents officiels peut aussi s'effectuer de manière autonome sans remettre en cause l'état civil. Si la mention du sexe est maintenue dans le cadre de l'état civil rien n'impose qu'elle persiste à figurer sur les extraits et copies d'actes ou encore dans certains documents d'identité (CNI ; passeport etc).

Paragraphe II : La mise en oeuvre nécessaire d'une refonte de l'organisation fondée sur le sexe à la simple nécessité de ce dernier.

L'usage d'extraits ou de copies de l'acte d'état civil, la présentation d'une pièce d'identité ne nécessite pas toujours que la mention du sexe figure sur le document. Nous avons précédemment évoqué le contrôle de titre de transport où la production d'une CNI a conduit à la verbalisation injustifiée de la personne. Pour vérifier que le titulaire du titre de transport est bien la personne mentionnée sur la CNI la mention du sexe semble totalement hors de propos.

On constate, encore, que de nombreuses données administratives sont organisées sur un classement fondé sur le sexe, sans que la légitimité du but poursuivi n'apparaisse véritablement.

Paragraphe III : Les règles de suppression du sexe dans les documents d'identité

Pour obtenir certains documents d'identité (CNI ; passport) il est nécessaire de produire des documents tirés de l'état civil lesquels mentionnent le sexe de la personne. Pour autant, les documents en question pourraient ne pas faire mention du sexe de l'individu sans que son identification n'en soit altérée. Les outils contemporains, la biométrie notamment, semblent attester de façon moins contestable l'identité de la personne. Le sexe déclaré mais non vérifié par l'officier d'état civil semble un vestige du passé s'agissant de l'identification réelle de l'individu.

Si en certaines situations la personne doit « prouver » son identité de genre, elle pourra le faire au moyen d'actes d'état civil plus probants que les documents que sont la CNI ou le passeport.

Envisager une suppression ou une suspension de la mention du sexe à l'état civil et le maintenir dans les documents administratifs apparaît anachronique. A l'inverse rien n'empêche de maintenir la mention du sexe à l'état civil et d'en expurger certains documents identifiants et de la faire disparaître pour différentes démarches administratives.

S'agissant du passeport, les exigences les éléments qu'il mentionne sont soumises à un contrôle de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI), membre de l'Organisation des Nations Unies (ONU). Ces exigences s'inscrivent dans une volonté d'harmonisation du contrôle de l'identité des passagers et des documents d'identité. Les différentes préconisations et règles prises par l'OACI introduisent la nécessité de la mention du sexe même en dehors d'une logique binaire. Ces règles eurent pour conséquence, en France, la mise en oeuvre du Décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports et qui exige la mention du sexe. Face à un contrôle et à une harmonisation internationale de ce document, de nécessaires adaptations sont à réaliser pour permettre sa correspondance aux règles de contrôle d'identité dans le cadre des aéroports et des zones frontalières. Toutefois, comme il est possible de le voir dans certains pays tels que l'Australie, la mention « X » peut être introduite dans le passeport au titre du sexe. Ce « X » ne spécifiant pas une neutralité mais une non-spécification du genre.

Le développement des passeports biométriques interroge encore sur la nécessité des informations de genre dans le cadre des contrôles aux frontières et

singulièrement en zone aéroportuaire. La fiabilité de l'identification biométrique interroge sur la nécessité de maintenir le sexe comme élément identifiant et caractérisant les passagers.

#### Paragraphe IV : L'établissement d'un droit à la rectification

Quand bien même la mention du sexe serait, fût-ce partiellement, maintenu dans l'état civil, une réflexion sur les modalités de modification de ces informations doit être menée. Nous avons vu qu'une déjudiciarisation est parfaitement envisageable en transférant la compétence à l'officier d'état civil et en passant d'une logique de contrôle *a priori*, à un mode déclaratoire conforté de témoignages de proches (afin de vérifier le consentement et la « réalité sociale »). En cas de contestation ou de refus de l'administration un contrôle *a posteriori* pourrait être mis en place .

Une extension de la logique déclaratoire et du contrôle judiciaire *a posteriori* est possible devant les administrations exigeant exceptionnellement encore une identification genrée (administration pénitentiaire par exemple).

## Conclusion

La nature même de l'état civil est interrogé ? Est-il circonscrit à un rôle technique d'individualisation et d'identification ou joue-t-il un rôle de marqueur social ? Dans le premier cas la pertinence de la mention de sexe est aujourd'hui remise en question du fait de l'émergence de moyens plus probant que le sexe déclaré à l'officier d'état civil. La biométrie permet d'identifier plus certainement la personne.

L'état civil instrument de la construction sociale conduit à s'interroger sur une société qui divise l'humanité en deux, et en deux seulement, contraignant chacun à s'inscrire fût-ce artificiellement dans la binarité imposée.

La suppression de la mention du sexe à l'état civil imposerait des aménagements complexes nécessitant une approche transversale. Les perspectives d'évolution apparaissent multiples et d'intensité variables.

L'approche comparative permet de constater que de nombreux aménagements ont été réalisés dans d'autres régimes sans qu'aucun n'ait encore effectué de suppression complète de la mention du sexe ni à l'état civil ni dans les documents d'identité. Les initiatives internationales sont plurielles et riches d'enseignements mais doivent aussi être appréciées en fonction des fondements et des idéaux des sociétés qui les ont prises.

Par ailleurs, dans certains pays s'affirme la volonté d'assurer et de renforcer un principe d'autodétermination de l'individu dans son identité de genre. La démarche autonomiste tend à faire de la mention de son identité de genre un acquis, objet de demande, et non un élément inné de la personne. Par conséquent, certains pays tels que l'Australie, l'Angleterre ou encore l'Argentine ont associé à une démedicalisation partielle ou totale, une déjudiciarisation des demandes de changement. D'autres systèmes basés encore sur un principe de conformation sociale au genre introduisent des mesures de démedicalisation sans pourtant avoir déjudiciarisé les procédures.

Cette division entre autoperception de son identité et perception par le groupe social présente tout de même une certaine porosité. L'identité perçue et son appréciation sociale sont naturellement liées. Un transfert de compétence de l'autorité judiciaire à l'autorité administrative est donc parfaitement envisageable.

La binarité semble majoritairement présente dans les différents systèmes de droit, même si des initiatives existent (Argentine) pour en minimiser la portée.

La perspective d'une évolution pour les personnes présentant une V.D.S (mécanismes introduits notamment en Australie et en Allemagne) se fait jour par une « neutralisation » de la mention du sexe qui ne remet pas en cause la logique binaire. Sans créer d'autres « catégories genrées » une non-spécification du sexe dans les documents officiels est possible. Enfin, à côté de ces principes de reconnaissance légale de l'intersexualité, d'autres pays encadrent strictement la question de l'atteinte à l'intégrité corporelle, chez l'enfant notamment.

En France si la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil a été démedicalisée, mais non déjudicialisée, la possibilité d'une « neutralisation » a été rejetée par la Cour de cassation<sup>339</sup>. Une prise de position claire sur le cadre des atteintes à l'intégrité corporelle des personnes intersexes est nécessaire. Un débat sur la « neutralisation » de la mention du sexe doit être envisagé. Peut être proposée une « suspension » de l'inscription de cette mention associée à une déjudiciarisation.

Le régime juridique français se présente comme dispersé, confus et peu compréhensible. Un travail de cohérence est nécessaire.

Des évolutions allant dans le sens d'une reconnaissance des personnes transgenres sont effectives à la suite de différentes réformes de 2013 (mariage) et 2016 (Justice au XXI<sup>e</sup> siècle). Ces évolutions sont parcellaires et dispersées demeurent perfectibles et un lissage transversal de cohérence des textes doit être accompli. Une réflexion d'envergure sur la « sexuaction » des règles de filiation est par exemple attendue.

Dans l'éventualité d'une réforme permettant de se projeter plus sereinement dans l'avenir, au titre notamment des nouveaux enjeux autour des concepts de famille et de filiation, diverses alternatives existent.

Un maintien de principe de la mention du sexe à l'état civil pourrait être assorti de règles dérogatoires. Celles-ci permettraient, par exemple, de suspendre temporairement ou définitivement toute référence au sexe en cas de difficulté à établir la « réalité ». La voie d'une « neutralisation » de la mention est aussi envisageable dans ces hypothèses. La détermination repoussée dans le temps serait alors ancrée dans une logique d'auto-perception et de possession d'état. La permanence de la mention du sexe pourrait aussi s'accompagner d'une diminution du nombre des documents mentionnant le genre de la personne.

---

<sup>339</sup> C.Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, Arrêt du 4 mai 2017 n° 531 (16-17.189)

Le passage à un mode déjudiciarisé des modifications de la mention du sexe est aussi envisageable permettant une évolution du contrôle réalisé non plus généralisé et *a priori* mais exceptionnel et *a posteriori*.

Dans le champ de la filiation une réflexion doit être menée sur les qualités de mère et père. Le lien de filiation doit pouvoir être établi pour tous les parents unis par un lien « biologique » avec l'enfant. La question de la concordance entre l'identité de genre juridiquement reconnue à l'état civil et la qualité de mère ou de père. Lorsqu'une personne est incontestablement biologiquement parent le lien de filiation doit pouvoir être juridiquement établi. Sauf à faciliter les procédures d'adoption en ces hypothèses, la voie choisie devra trancher :

- entre un lien ancré dans une approche biologisante (au risque d'une incohérence entre le sexe juridiquement reconnu au parent et sa qualité juridique de mère ou de père) ;
- un lien fondé sur la possession d'état du parent (qui s'inscrit en cohérence avec l'évolution des règles relatives au changement de la mention du sexe réalisée en 2016) ;
- la neutralisation généralisée du lien de filiation par le recours à la qualité de parent.

Dans le cadre d'une réalisation d'une réforme sur ces questions, le débat doit s'engager dans une perspective globale fondée sur le rôle du sexe dans notre société et sur sa place effective en droit.

## BIBLIOGRAPHIE

### OUVRAGE GÉNÉRAUX

R. CABRILLAC, (dir.) *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, au titre « *Identité* », 7e. éd., LEXISNEXIS, 2016.

H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 2001.

J. CARBONNIER, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, PUF, 21e édition, 2000.

G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens.*, Montchrestien, Domat, 2001.

S.GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23e éd., DALLOZ, 2016.

A-M. LEROYER, *La notion d'état des personnes, Ruptures, mouvements et continuité du droit*, Autour de Michelle Gobert, Economica, 2004.

P. MURAT, *Droit de la famille*, DALLOZ, 2016.

M. PLANIOL, G. RIPERT et R. SAVATIER, *Traité pratique de droit civil français*, T. 1, *Les personnes*, LGDJ, 1952.

J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011.

F. TERRÉ ET D. FENOUILLET, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 7e édition, 2005.

## OUVRAGES SPÉCIAUX

J. ATKINSON et S. ERRINGTON, *Power and Difference : Gender in Island Southeast Asia*, STANFORD UNIVERSITY PRESS, 1990.

J. AUDIER, *Vie privée et actes de l'état civil, Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979.

J.-L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, SEUIL, coll. « Points Essais », 1970.

E. BADINTER, *Fausse route*, ODILE JACOB, 2003.

F. BAUER, *Raerae de Tahiti : rencontre du troisième type*, Haere po, 2016.

B. BEIGNIER, P. DEUMIER, H. FULCHIRON, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Mélanges en l'honneur de Claire Neirinck*, LEXISNEXIS, 2015.

L. BERINI, *Introduction aux études sur le genre*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, DE BOECK, 2012.

L. BERINI, M., TRACHMAN, *Le genre, théories et controverses*, Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2014.

D. BORRILLO, *Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi*, Universidade FUMEC, Brazil, 2009.

J-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes, aspect historique, sociologique et historique*, Bibliothèque Droit privé, 1993.

M. BUSCATTO, *Sociologie du genre*, CURSUS ARMAND COLIN, 2014.

J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, Paris, LA DÉCOUVERTE, 2005.

P.-H., CASTEL, *Les métamorphoses impensables, essai sur le transexualisme personnel*, GALLIMARD, 2003.

C. CHILAND, *Changer de sexe*, Paris, Odile Jacob, 1997.

G. DE LA PRADELLE, *L'Homme juridique*, PU Grenoble/F. Maspero, 1979, p. 146

E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualités. Introduction à la théorie féministe*, Paris, PUF, 2008.

A. FINES, *Etat civils en questions, Papiers, identité, sentiment de soi*, EDITIONS DU CTHS, 2008.

C. FORTIER et L. BRUNET, « Changement d'état civil des personnes trans en France : du transsexualisme à la transidentité », in *Droit des familles, genre et sexualité*, ANTHEMIS, 2012.

N. GALLUS, *Droit des familles, genre et sexualité*, Anthemis , LGDJ, 2012.

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, Catholiques de France, 2012.

C. GRENIER TORRES, *L'identité genrée au coeur des transformations, du corps sexué au corps genré*, L'HARMATTAN, 2010.

D. GUTMANN (dir.), *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000.

S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD et D. ROMAN, *La loi et le genre, étude critique en droit français*, CNRS EDITIONS, 2014.

S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. VAUCHEZ, D. ROMAN, *Ce que le genre fait au droit*, PROGRAMME REGINE, 1ère éd., DALLOZ, coll. « A droit ouvert » 2013.

T., HOCQUET, *Sexus nullus, ou l'égalité*, iXe, 2015.

V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Transsexualisme et couple*, in *Dossier Transsexualisme et droit de la famille, actes colloque « Transsexualisme et droit de la famille »*, Pau le 18 janvier 2013, *Dr. fam.* Mai 2013.

*Le sexe, la sexualité et le droit*, Actes du XVII<sup>e</sup> colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Pierre Téqui éditeur, 2002.

L., LAUFER, F., ROCHEFORT (dir.), *Qu'est-ce que le genre ?*, Paris, Payot, coll. Petite Bibliothèque Payot, 2014.

B. LEVET, *La théorie du genre ou le monde rêvés des anges*, GRASSET, 2014.

N. MAROUF, *Normes, sexualité, reproduction*, L'HARMATTAN, 1996.

B. MORON. PUECH. *L'intersexuels et le droit*, Mémoire de fin d'étude, sous la direction de Dominique Fenouillet, Université Panthéon-ASSAS, 2010.

L.-E, PETTITI, *Les transsexuels*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1992.

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

M. QUILLIOU-RIOUAL, *Identité de genre et intervention sociale*, Dunod, 2014.

J. RUBELLIN-DEVICHI, in *Le transsexualisme*, Groupe d'études du droit médical, Actes de la réunion du 17 juin 1983, Droit et éthique médicale, vol. 1, Masson 1984.

R., STOLLER, *Sex and Gender : On the development of Masculinity and Feminity*, New York, Science House, 1968.

F. VIALLA (dir.) , *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, LGDJ, 2009.

A.-F. ZATTARA-GROS, *Bioéthique et genre*, LGDJ, 2013.

## **JURISPRUDENCE**

CEDH 5<sup>e</sup> ch. 6 avril 2017, n° 79885/12

CEDH 10 mars 2015, n° 14793/08, *Y.Y. c/ Turquie*

Cour EDH arrêt X. et autres c. Autriche du 19/02/2013

CEDH 25 mars 1992 B. c/ France, aff.57/1990.248/319, série A, n°231C

Cons. Const., 17 NOV. 2016, N° 2016-739

Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, n°91-11.900

Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, n°91-12.373

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mai 2017, n°16-17.189

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 février 2013, n°11-14.515

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 13 février 2013, n°12.11-949

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>., 7 juin 2012, n° 11-22.490

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2012, n° 10-26.947

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mai 1990

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 mai 1989

Cass.1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 1988

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 31 mars 1987

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 nov. 1983

Cass.1<sup>ère</sup> civ., 16 déc. 1975

CA Limoges, 20 mars 2012, n° 10/01188

CA Limoges, 4 juin 1975

CA Metz, 11 Octobre 2016, n° 16/00634

CA Metz, 11 Octobre 2016, n° 16/00669

CA Montpellier, 3<sup>e</sup> ch. B, 15-03-2017, n° 16/02691

CA Nancy, 3 janv. 2011, n° 09/00931

CA Nancy, Chambre civile 3, 11 octobre 2010, n°10/02477

CA Nancy, Chambre civile 3, 11 octobre 2010, n°09/02179

CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281

CA Paris, pôle 1, Chambre 1, 27 janvier 2011, n°10/04525

CA Paris, pôle 1, Chambre 1, 4 février 2010, n°09/21756

CA Paris 18 janvier 1974

CA Versailles, 22 mars 2012, n° 11/03116

TGI de Montpellier 22 juillet 2016, n° 15/05019

TGI Montpellier 24 mars 2016, n°15/ 03425

TGI Tours 20 août 2015

## **OUVRAGES COLLECTIFS ET CONTRIBUTIONS**

J. COURDURIERS, « Re-naître à l'autre sexe – Changement de prénom et de sexe à l'état civil », in A. FINE, (dir.), *États civils en questions – Nom, papiers et sentiment de soi*, sous la direction de, Paris, édition du CTHS, 2008.

S. FERREZ et A. MARCELLINI, « le sport à l'épreuve du genre », in *Regards croisés sur le genre*, LEH 2010, dir. M. REYNIER, J. MATEU et F. VIALLA, p.339 et s.

C. FORTIER, « La question du « transsexualisme » en France », in G., NICOLAS, *Corps et Patrimoine*, CDSA, n° 18.

D. GUTMANN (dir.), *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000.

L. LAMBERT-GARREL, in . MATEU, M. REYNIER, F. VIALLA (dir.), *Les assises du corps transformée, Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010.

V. LARRIBAU-TERNEYRE., « Transsexualisme et couple », in *Dossier Transsexualisme et droit de la famille, Dr. fam.*, 2013.

D. LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Jurisprudence Revue critique*, 2011.

LÖWY, H., ROUCH, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du Genre*, 2003/1, n°34.

E. MARTINEZ, F. VIALLA, (dir.), « Le principe du consentement », in *Les grands Avis*

J. MATEU, M. REYNIER, F. VIALLA (dir.), « Mutilations sexuelles et droit pénal », in *Les assises du corps transformée, Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010.

J. MATEU, M. REYNIER et F. VIALLA, *Regards croisés sur le corps du sportif*, LEH 2014.

G. NICOLAS, « La question du « transsexualisme » en France. Le corps sexué comme patrimoine ». *Les Cahiers de droit de la santé*, 18, (éd.), *Corps et Patrimoine*, 2014, 269-282.

C. NIHOUL-FEKETE, « *Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle* », dans *Regards croisés sur le genre*, supra note 4, p. 57

A. PICARD, L'autonomie sanitaire du mineur, mémoire dirigé par J.-R. BINET, coll. Mém. numériques de la BNDS, www.bnds.fr

B. PY, « Mutilations sexuelles et droit pénal », in J. MATEU, M. REYNIER, F. VIALLA (dir.), *Les assises du corps transformée, Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010.

M.-L. RASSAT, « *Sexe, médecine et droit* », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985.

M. RAZ, « *Médecins israéliens face au diagnostic prénatal des foetus intersexués* », *Sciences sociales et santé* 2015/1, vol. 33, p. 5-34

ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011.

V. J. ROQUE, « les limites éthiques de l'intervention médicale dans l'activité sportive », in *Les grands avis du comité national consultatif d'éthique*, LGDJ 2013, Dir. E MARTINEZ et F. VIALLA, p. 734 et s. ;

F. VIALLA, « Les troubles du droit confronté au corps : la question de la transidentité », In G. NICOLAS (dir.), *Corps et Patrimoine*, CDSA, n° 18, 2014, p. 283-299.  
F. VIALLA, *Salutat vos Lucas medicus carissimus*, dans *Mélanges offerts à G. Mémeteau*, LEH 2016, T.2, p. 209 et s.

D. VIGNEAU, L'autonomie du mineur en matière de santé, in *La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux*, Litec, 2004, coll. Carré droit, p. 41

A.-F., ZATTARO-GROS, *Dans Bioéthique et genre*, LGDJ, 2014.

## **ARTICLES DE PÉRIODIQUE**

A. ADERGAL, « *Transsexualisme : l'expertise pas obligatoire... mais tout comme !* », *DDS*, 2012, p. 283;

A. B., BARATZ, « *Intersex/Differences of Sex Development : Clinicians and Community Collaborating for Change* », *Dialogues in Pediatric Urology*, déc. 2016, p.4.

S. BERNHEIM-DESVAUX, «La relation de soin, the consent of the minor in the care relationship» : *Méd. et Dr.* 2011, p. 221

M. BRUGGEMAN, « Transsexualisme et changement de l'état civil : des évolutions jurisprudentielles à prévoir ? », *Dr. fam.* 2010. Alerte 50.

M-X. CATTO, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique », *RDLF* 2016, chron. n°18.

J., CHARRUEAU, « L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA* 2015, p. 127.

F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner, *RGDM* 2004, N° 12, p. 102

A . DIONISI-PEYRUSSE, « Mention et changement de sexe à l'état civil - sexe neutre - stérilisation », *AJ Famille*, 2017.

C.FERCOT, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français », *Rev. Française de droit constitutionnel*, 2007/3, N°71.

M. GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 25, 19 Juin 2017, doct. 716.

« Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, p. 489.

F., GRANET. « Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les état membres de la CIEC », *Dr. Famille*, déc. 1998, p.4.

M. GRACIELA « *Ley de identidad de género. Aspectos relevantes* », *LA LEY*, 01 Février 2012

J.-P. GRIDEL, Le mineur en droit privé français : l'acte éminemment personnel..., *Gaz. Pal.* 22 mars 2003, p. 2

P. GUEZ, « Faut il supprimer le sexe de la personne à l'état civil », *Revue du Centre de recherche et d'étude en droit fondamentaux*, 2005.

J. HAUSER, « Un sexe évolutif ? Du transsexualisme, du trans-genre et des prénoms », *RTD Civ.*, 2010.

« Transsexualisme : changer à quelles conditions », *RTD civ*, 2008.

A. KIMMEL-ALCOVER, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé : RDSS 2005, p. 265

C. KRAUS, « Diagnostiquer les foetus intersexués : quoi de neuf docteurs ? » *Sciences sociales et santé* 2015/1, vol. 33, p. 35-46

R. KÜSS « Sur le transsexualisme », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 1982.

V., LARRIBAU-TERNEYRE, « Transsexualisme et couple », dans « Dossier Transsexualisme et droit de la famille », *Dr. fam.*, 2013. 34.

C. LAZERGES, *RDS* 2016, n° 73, Éditorial.

R. LIBCHABER, les incertitudes du sexe, D 2106, p.20

D. LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Jurisprudence Revue critique* 2011, p. 44.

A. MARAIS, « Le sexe si que je veux, quand je veux », *La semaine juridique, Edition générale*, 2016, 1164, p.2010.

J. MONEY et A. EHRHARDT, « Man and woman, boy and girl : the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity, Baltimore », *JOHNS HOPKINS UNIVERSITY PRESS*, 1972.

B. MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ?, *D.* 2017« L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée (Cons. Const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXIe siècle) », *RDLF* 2016, chron. n°28.

« La loi de modernisation de la justice au XXIe siècle et les personnes intersexuées », *RECUEIL DALLOZ*, 24 novembre 2016, n°40.

S. PARICARD , « Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Dr. fam.* 2012, Étude 2, p. 13.

« Transsexualisme : la Cour de cassation sonnerait-elle le glas de la libéralisation ? », *RDSS*, 2012 p. 880.

« Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions de changement de sexe ? », *La Revue des droits de l'homme*, 2015.

L., PARINI, « *Le concept de genre : constitution d'un champ d'analyse, controverses épistémologiques, linguistiques et politiques* », *Socio-logos*, 5, 2010

J.-P. PIERRON, « Une nouvelle figure du patient ? Les transformations contemporaines de la relation de soins », *Sciences sociales et santé*, vol. 2, 2007, n° 25-2, p. 43.

Ph. REIGNE , « Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'injuste équilibre », *JCP G*, 2013.

« La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », *JCP G*, 2011 n° 17, 480.

« La CNCDH et la situation des personnes transidentitaires », *JCP G.*, 861.

« Trouble dans la jurisprudence. L'état civil face au transgenre », note ss. Nancy, 11 oct. 2010, *JCP*; 2010. 1205.

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

J.-P., VAUTHIER, F. VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.* 2017, p. 1399.

F. VIALLA, « La neutralité rejetée », *La Semaine Juridique Edition Générale* n°17, 27 Avril 2017.

« Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier ? », *D.* 2017, point de vue, p.1273-1274.

« Dédoulement de maternité », *Rev.Droit et Santé*, 2017, n°78, p.553-557.

« État civil (changement de sexe) » : « démedicalisation » de la procédure », *RECUEIL DALLOZ*, 2016.

« Transidentité : quid novi ? « Nihil, ferè nihil, minus nihilo » ? », *LPA*, 2016, n°151.

« Transidentité: retour à la case départ », *Rev. Droit et Santé* 2013 n°53.

« Transidentité: retour à la case 1992? (suite) », *Rev. Droit et Santé*, 2013, n°53, p.363.

« L'irréversibilité en question », *D.* 2012, p. 1648.

« Le droit français sous influence », *Recueil Dalloz*, 2012.

F.VIALLA, Relation de soin et minorité, *Maxima debetur puero reverentia*, Petites affiches, 20 mars 2015 n° 57, P. 4

« Du sexe au genre », *Rev. dr. et santé* 2011, n° 42.

## **TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES**

### LOIS

#### Lois françaises

Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, *JORF* n°0024 du 28 janvier 2017, texte n° 1.

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, *JORF* n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.

Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, *JORF*, n°0023 du 28 janvier 2014, page 1562, texte n° 3.

Loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité, *JORF* n°0075 du 28 mars 2012 page 5604, texte n° 2.

#### Lois étrangères

Loi belge du 25 juin 2017, réformant les régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets.

Loi portugaise du 16 janvier 2016 sur l'intégration de disposition antidiscriminatoire dans le code du Travail Portugais.

Loi canadienne du 3 novembre 2013 sur les droits des personnes transgenre.

Loi fédérale australienne n°98 2013 du 28 juin 2013 « *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act* ».

Loi argentine n°26.743 du 23 mai 2012 établissant le droit à l'identité de genre de la personne.

Loi n° 7 du 15 mars 2011 créant la procédure de modification du sexe et du prénom au registre civil<sup>340</sup>.

Loi danoise sur la santé n° 913 du 13 juillet 2010.

LEY FORAL 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

Loi belge n°2007009570 du 10 mai 2007 relative à la transexualité.

Loi n° 3 du 15 mars 2007 sur la rectification de l'enregistrement de la mention relative au sexe des personnes<sup>341</sup>.

Loi suédoise n° 1972-119 du 30 mai 2011 sur la détermination (fastställelse) de l'appartenance sexuelle.

La loi fédérale n°98 2013 du 28 juin 2013 « *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act* ».

---

<sup>340</sup> Lei n° 7/2011 n° 7 de 15 de Março cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registro civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registro Civil

<sup>341</sup> Lei 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

## DECRETS

Décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports et qui exige la mention du sexe, *JORF*, n°304 du 31 décembre 2005, p. 20742.

Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

## AVIS, RAPPORTS ET DOCUMENTS DIVERS

Assemblée Nationale, 1<sup>re</sup> séance du 12 juill. 2016, art. 18 quater

Assemblée Nationale, 2<sup>e</sup> séance du 19 mai 2016, art. 18 quater

Assemblée Nationale, Amendement n°282 rectifié, article n°18 QUATER, 12 mai 2016

M. BLONDIN (SOC - Finistère) et C. BOUCHOUX (Écologiste - Maine-et-Loire), co-rapporteuses, « *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions.* », conclusion du rapport sénatorial, enregistré à la présidence du Sénat le 23 février 2017.

Conseil d'Europe, Résolution 1952, 1<sup>er</sup> oct. 2013

D., BORILLO, « Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ? » in A., SCHUSTER, *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Forum, 2011 [En ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01243071>. Consulté le 2 janvier 2016], p.42.

CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, 27 juin 2013

Défenseur des droits au cours de son audition, compte rendu de l'audition du 16 février 2017 du Rapport sénatorial.

HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, nov.2009

T. HAMMARBERG, Commissaire aux droits de l'Homme, Document de synthèse, *Droits de l'homme et identité de genre*, 2009.

I.A., HUGHES, C., HOUK, S.F., AHMED, P.A., LEE, LWPEES Consensus Group, ESPE Consensus Group, *Consensus statement on management of intersex disorders*, Arch. Dis. Child., 2006 ; 91, 554-63

A.-M., LEROYER, « *L'état civil au prisme du genre : un révélateur de discriminations* », propos recueillis à l'occasion des 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. LEVENEUR, *La différenciation des sexes en droit privé contemporain, Le sexe, la sexualité et le droit*, Actes du XVIIe colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, p. 77

J. MONEY, «The concept of Gender Identity Disorder in Childhood and Adolescence and After 37 years », in *Gender Identity and Development in Childhood and Adolescence*, A two-day International Conference at St. George's Hospital, London, CONFERENCE PROCEEDINGS, 1992, pp. 3-31, pp. 12-13.

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* »

Question n° 65910, JO 8 déc. 2009, p. 11633 ; Réponse JO 2 mars 2010, p. 2452 ; L. CHATEL, porte-parole du gouvernement, « *le ministre entend simplifier les démarches en écartant le recours systématique aux expertises* », JO Sénat Q, 19 mai 2010, p. 3402

Question n° 0832S, M. BLONDIN, JO Sénat Q, 25 févr. 2010, p. 411 ; Réponse JO Sénat, 29 mars 2012, p. 796 ; Question écrite n° 21624, M. BLONDIN, JO Sénat, 22 déc. 2011, p. 3261 : « *La circulaire propose en outre de ne solliciter une mesure d'expertise que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur* »

Rapport du Haut-Commissaire des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, d'octobre 2016.

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

Rapport n°22/53 du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez, du Conseil des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, du 1er février 2013.

Rapport de la HAS, « *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France* », 18 février 2010.

Rapport de la Commission des Droits de l'Homme de San Francisco, 2005.

Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg*, Novembre 2012.

Recomm. n° 1117 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

Résolution n°1953(2013) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

E., SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective*, Conseil de l'Europe, 2013.

## **THESES**

J., BECQUART, *Les mots à sens multiples en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, Thèse, Lille, 1928, p. 99

J. FONTANA, doctorante Ceerds, Préparation d'une thèse de Doctorat en droit « De l'opportunité juridique au maintien de la mention du sexe à l'état civil ou les questions d'un attribut a priori indisponible face aux enjeux des « intersexualités ».

P. VÉRON, *La décision médicale*, Thèse Droit, Montpellier 2015.

B. MARION, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse Droit, Nancy 2010.

# Tables des Matières

<b><u>Partie I Etat du droit</u></b>	23
Chapitre I : Le contexte antérieur à la loi de modernisation	23
<b>Section I : Les premières marques d'évolutions du régime</b>	23
Paragraphe I : Les jurisprudences sur le transsexualismetranssexualisme	23
Paragraphe II : La loi sur le mariage pour tous	29
Section II : L'ouverture aux questions transidentitaires	30
Paragraphe I : Débat relatif à la démedicalisation et la déjudiciarisation.	30
Paragraphe II : Contexte international favorable (Argentine, Danemark Malte , Irlande )	32
Chapitre II : Le nouveau cadre juridique	33
Section I : La loi de modernisation de la justice	34
Paragraphe I : Une production complexe	34
Paragraphe II : Les conséquences plurielles de la loi de 2016	41
Section II : L'universalisme de la binarité	44
Paragraphe I : Une binarité omniprésente dépassant le cadre de l'état civil.	44
Paragraphe II : La binarité confronté aux exigences de neutralité	45
Partie II L'opportunité d'aménagement de la mention du sexe à l'état	55
Chapitre I : Les aménagements de la mention du sexe à l'état civil : entre neutralité, neutralisation rationalisée et mutabilité	55
Section I : Entre neutralité absolue et neutralité rationalisée	56
Paragraphe I : La création d'une troisième mention du sexe : le sexe neutre.	56
Paragraphe II : La rationalisation de la neutralisation du sexe à l'état civil	58
Paragraphe III : Effets et implications de ces propositions	62
Section II : Perspectives d'une mutabilité renforcée de l'état	66
Paragraphe I : La déjudiciarisation	66
Paragraphe II : La reconnaissance d'un principe d'autodétermination	71
Paragraphe III L'adaptation des institutions	73
Paragraphe IV : Mise en oeuvre d'études indépendantes de prévalence	74
CHAPITRE II : L'aménagement de l'état civil de l'enfant face à la filiation	75
Section I : L'opportunité des aménagements	76
Paragraphe I : Problématiques judiciaires nouvelles	76
Paragraphe II : Contestation fréquente du régime de l'adoption	77
Section II : Les perspectives d'évolutions	77

Paragraphe I : Une refonte des titres de « père » et « mère »	78
Paragraphe II Maintien du régime, la déssexualisation de la notion de mère.	79
Paragraphe III: Aspect de la régulation du régime de l'adoption	79
Paragraphe IV : Le remplacement par le statut neutre de parent.	79
Paragraphe V : <i>Appui au débat des normes régionales</i>	81
<b><u>PARTIE III : Opportunité d'une suppression</u></b>	83
Chapitre I : La valeur limitée du sexe en outil de police civile	83
Section I : Le sexe composante d'un acte authentique	84
Section II : Une mention du sexe émancipée de l'acte d'état civil	86
Paragraphe I : Emancipation en droit du sport	86
Paragraphe II : Émancipation dans les règles relatives à la discrimination	86
Chapitre II : L'adaptation du droit à une éventuelle suppression de la mention du sexe	89
Section I: Uniformisation des modalités de démonstrations de son identité	89
Section II : Etablissement de norme d'adaptation structurelle	92
Paragraphe I : Etablissement de modalité de déploiement administratif	92
Paragraphe II : La mise en oeuvre nécessaire d'une refonte de l'organisation fondée sur le sexe à la simple nécessité de ce dernier.	93
Paragraphe III : Les règles de suppression du sexe dans les documents d'identité	93
Paragraphe IV : L'établissement d'un droit à la rectification	94
Conclusion	94
BIBLIOGRAPHIE	97