



HAL
open science

Regards comparatistes sur la mention du sexe à l'état civil

Benjamin Moron-Puech

► **To cite this version:**

Benjamin Moron-Puech. Regards comparatistes sur la mention du sexe à l'état civil. 2019. hal-02054457v1

HAL Id: hal-02054457

<https://hal.science/hal-02054457v1>

Preprint submitted on 1 Mar 2019 (v1), last revised 9 Jun 2021 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Regards comparatistes sur la mention du sexe à l'état civil¹

Benjamin Moron-Puech
Laboratoire de sociologie juridique
Université Panthéon-Assas
b.moronpuech@u-paris2.fr

Pas un mois ne passe sans que ne soit diffusées dans les médias grands publics des informations sur les évolutions juridiques ayant cours à l'étranger quant à la mention du sexe sur les documents d'identité ou encore sur les droits des personnes ayant changé cette mention. Au cours de l'année écoulée, ces nouvelles ont surtout porté sur la reconnaissance d'autres mentions de sexe ou de genre sur les documents d'identité. Il n'est qu'à songer à la médiatisation de décisions de justice ou évolutions législatives en Allemagne², Autriche³, Angleterre⁴, Pays-Bas⁵, dans l'État de New-York⁶, etc. Si ces décisions sont ainsi relayées c'est sans doute parce que la situation des personnes qu'elles concernent suscitent l'intérêt ou les réaction d'une opinion publique largement ancrée dans un « système sexe/genre » (Rubin 1975) binaire et perçu comme un « donné » biologique et non comme un « construit » (Théry 2011 : p. 36). Mais que faire de tout ces éléments étrangers dans une analyse juridique, *a priori* nécessairement nationale compte tenu de la prégnance des États dans nos sociétés contemporaines ?

La connaissance des ordres juridiques étrangers — tant nationaux qu'internationaux — peut être utile, dans une démarche comparative, pour mieux connaître son droit national et l'améliorer (David, 2016 : n° 5). En effet, étudier les normes étrangères et les comparer à ses propres normes nationales permet de mettre en lumière des traits structurants passés inaperçus par un effet d'accoutumance à système. Cela permet aussi de faire apparaître des nouveaux problèmes non aperçus en droit positif mais qui peuvent néanmoins se poser en pratique. Enfin, dans le cas particulier du droit étranger supranational, cette connaissance permet d'identifier des risques de contrariété des normes nationales avec les normes internationales. Il y a là autant d'éléments fort utiles pour qui souhaite réformer son droit, afin d'avoir une législation la plus juste possible et prenant en compte de manière équilibrée l'intérêt des parties prenantes. Dans ces conditions, l'on ne peut que féliciter la Mission de recherche droit et justice d'avoir subordonné le financement du

¹ Le présent article s'efforce d'user d'un langage inclusif. À cette fin, lorsque le besoin se fait sentir d'accorder un mot avec un genre commun, rassemblant tous les genres existant, l'on a préféré utilisé les régularités de genre neutre proposée par an* autaire* (Alpheratz, *Grammaire du français inclusif*, Éditions Vent Solars, 2018), plutôt que le genre masculin érigé artificiellement en masculin générique. Pour signaler au lecteur* ces formes auxquelles al* n'est sans doute pas accoutumæ* celles-ci sont accompagnées d'un astérisque lors de leur première utilisation.

² <https://www.ouest-france.fr/europe/Allemagne/naissances-l-Allemagne-legalise-un-troisieme-genre-6130079>.

³ <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2018/06/29/97001-20180629FILWWW00325-autriche-le-troisieme-sexe-en-voie-d-etre-reconnu.php>.

⁴ <https://www.ouest-france.fr/europe/grande-bretagne/grande-bretagne-bientot-un-genre-neutre-sur-les-passeports-5305569>.

⁵ https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/05/28/les-pays-bas-font-un-pas-vers-la-reconnaissance-d-un-troisieme-sexe_5305984_3214.html.

⁶ <http://www.slate.fr/story/168377/new-york-genre-neutre-certificats-de-naissance>.

projet de recherche qu’entendait diriger notre collègue Laurence Hérault à la présence en son sein d’une étude juridique comparée, condition qui a été effectivement respectée (Hérault 2018). Si sans doute quelques études sérieuses existaient déjà (Amnesty international 2014 ; Brink 2014 ; Scherpe 2014⁷), celles-ci dataient de 2014. Or, le sujet a évolué très vite ces dernières années, en particulier du fait des normes internationales produites depuis 2015 par le « Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l’homme »⁸ ou les différents organes du Conseil de l’Europe. Ces différentes normes, plus ou moins obligatoires pour les États membre de ces organisations internationales tels la France, rendaient donc nécessaire une nouvelle étude. Celle-ci pouvait entre se justifier dans la mesure où les travaux de droit comparé précités ne traitaient pas globalement du sujet, mais se concentraient sur la situation des personnes transgenre. Or, compte tenu de la volonté des membres du groupe constitué autour de Laurence Hérault de travailler globalement sur la mention du sexe à l’état civil, en y incluant donc également la situation des personnes intersexuées, une nouvelle étude s’imposait.

Dans cet article, nous voudrions dans un premier temps présenter les grandes lignes de cette étude comparée des droits étrangers (I), puis voir quelles leçons en tirer pour le droit français (II).

1. Présentation de l’étude comparée des droits étrangers

Avant que d’exposer les résultats de cette étude, quelques mots généraux sur le domaine de l’étude et la méthodologie retenue.

1.1. Domaine et méthode de l’étude

1.1.1. Domaine de l’étude

Le domaine de l’étude a été circonscrit tant temporellement que géographiquement. Temporellement, il s’est agi avant tout d’étudier les droits contemporains, car la Mission était semble-t-il avant intéressé de savoir comment est-ce que les autres pays du monde traitaient aujourd’hui les problèmes soulevés par l’émergence de la question transgenre et dans une moindre mesure intersexuée. Si l’étude de droit comparé a comporté néanmoins quelques propos historiques, il s’est agi d’une brève histoire, remontant simplement aux quelques années passées, simplement pour mieux faire comprendre aux lecteurs le droit antérieur à celui exposé. S’intéresser aux droits passés a pu paraître peu pertinent compte tenu du caractère apparemment nouveau de cette question dans l’espace public. Si cette approche comparative synchronique n’a pas été discutée par les membres du groupe lors du projet de recherche, il apparaît néanmoins avec le recul qu’il y aurait eu sans doute quelques enseignements à tirer d’une comparaison diachronique des droits, autrement dit d’une étude d’histoire du droit. En effet, les quelques travaux que nous pu mener depuis lors sur cette question permettent d’ouvrir de nouvelles pistes très intéressantes (Moron-Puech 2019)⁹.

⁷ *Adde*, ultérieurement Scherpe 2018.

⁸ Mieux vaudrait l’appeler, dans un langage inclusif, le Haut-Commissariat aux droits humains.

⁹ Cet article à paraître tente notamment de montrer que pendant très longtemps les problèmes d’état civil pour les personnes transgenres et intersexuées n’existaient pas car le sexe (ou le genre si l’on regarde le passé avec nos lunettes d’aujourd’hui) était donné par l’apparence et non par des documents d’identité n’existaient pas. Dès lors, le sexe des individus dépendait, jusqu’aux progrès médicaux du XIX^e siècle avant tout sur le comportement de la

S'agissant ensuite de la délimitation géographique de l'étude, celle-ci a porté sur un nombre relativement réduit d'ordres juridiques à savoir, outre la France, les ordres juridiques néerlandais, allemand, maltais, belge, québécois, australien et indien (p. 47 à 117 du rapport à la Mission), ainsi que sur l'ordre juridique du Conseil de l'Europe (p. 134 à 147 du rapport). Pour l'Australie, la structure fédérale de cet État a conduit en réalité à l'étude de neuf ordres juridiques : un pour l'État fédéral et huit pour les États ou territoire fédérés. *Idem* pour la province canadienne du Québec où il a également fallu dédoubler l'analyse. Pour l'Inde, l'on s'en est tenu aux normes fédérales, l'identification des normes locales n'ayant pas pu être menée en raison de difficultés d'accès et de compréhension de ces dernières. Au total, ce sont donc dix-sept ordres juridiques étrangers qui ont été étudiés. À l'échelle du globe, cela reste peu. D'où deux questions : pourquoi si peu de pays et pourquoi ceux-là ?

Le choix de retenir si peu de pays a été fait afin de pouvoir en traiter de manière approfondie. Si des références au droit étrangers sont fréquentes dans les articles — ou même dans les arrêts de certaines juridictions, traitant parfois sur plusieurs dizaines de pages des normes étrangères¹⁰ —, celles-ci sont généralement superficielles et ne permettent guère d'avoir une vue approfondie des normes étrangères et surtout du contexte dans lequel celles-ci s'insèrent. Au demeurant, les quelques études sérieuses réalisées jusqu'à présent sur ce sujet n'ont toujours porté que sur une petite dizaine de pays (cf. les trois études précitées). Certes, il eût été souhaitable d'agrandir le nombre de pays étudiés. Cependant, compte tenu des moyens financiers alloués, cela n'aurait pu se faire qu'au détriment de la finesse de l'analyse.

S'agissant ensuite du choix des pays, la décision a été prise de s'intéresser tant à des pays européens que non européens, afin de rechercher si les tendances observées sur le continent européen pouvaient se retrouver dans des pays tiers. Concernant le choix des pays européens, celui-ci a été commandé par deux raisons explicitées par le rapport :

La première [raison] était d'avoir des pays de traditions proches (Belgique) ou à l'inverse différentes de celles de la France (Pays-Bas, Allemagne, Malte). L'Allemagne est souvent présentée par les comparatistes comme une autre forme du droit civil. Les Pays-Bas sont présentés quant à eux comme une nation dont le droit serait très pragmatique et enfin Malte présentait l'intérêt d'être un pays de tradition de *common law*.

La deuxième raison était la volonté de choisir des pays ayant récemment réformé leur état civil ou étant en train de le faire afin d'assurer une large protection aux personnes trans⁷ et intersexuées, ce qui est le cas des quatre pays précités. Ce choix a été motivé non pas par l'adhésion à des valeurs ou une idéologie progressiste, mais par les méthodes comparatistes utilisées par le juge européen et qui dès lors doivent également être utilisées par les juges français lorsqu'ils ont à résoudre des questions de droit européen [note 135]. En effet, comme cela sera examiné dans le chapitre consacré au droit international public, se pose en droit européen la question de la portée du droit au respect de la vie privée. Or, pour préciser cette portée, la Cour européenne des droits de l'homme (tout comme la Cour de justice de l'Union européenne), examine les droits des différents pays de l'organisation internationale à laquelle elle appartient, le Conseil de l'Europe. Dans cet examen des droits étrangers, la Cour ne procède pas à une méthode quantitative (Combien de pays reconnaissent un troisième sexe ? Combien de pays admettent l'auto-détermination ? Etc.). Elle adopte une

personne. Le sexe était alors en pratique avant tout relationnel et non inscrit dans un absolu biologique, pour reprendre les concepts d'Irène Théry (Théry 2011).

¹⁰ Pour un exemple de juridiction très prolifique : Cour suprême, *National Legal Services Authority vs Union of India and others [NALSA]*, 15 avril 2014, n° 99-100, <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=41411>. Comp. avec la relative brièveté des études réalisées par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Y.Y. c/ Turquie*, 10 mars 2015, <http://hudoc.echr.coe.int/fr/?i=001-152779> (consultés le 18 déc. 2018).

méthode qualitative par laquelle se trouve accordé un poids plus important aux pays ayant le plus récemment évolué sur la question en débat ou encore aux droits prenant une direction la plus conforme aux objectifs poursuivis par le droit européen [note 136]. Telles sont les raisons qui ont conduit au choix de l'Allemagne, de Malte, des Pays-Bas et de la Belgique.

Note 135 : J.-M. SAUVE, « La subsidiarité : une médaille à deux faces », in *Le rôle des autorités nationales*, Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, <http://www.conseil-etat.fr/content/download/39321/341245/version/2/file/2015-01-30%20seminaire%20CEDH%20Subsidiarite.pdf> (consulté le 25 sept. 2017).

Note 136 : K. LENAERTS, « La Cour de justice de l'Union européenne et la méthode comparative », in *Le droit comparé au XXI^e s.*, B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), 2016, p. 43-45 ; G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *AFDI*, vol. 55, 2009, p. 766, http://www.persee.fr/doc/AsPDF/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4095.pdf.

Quant aux pays non européens, deux raisons ont présidé au choix des ordres juridiques québécois, australiens et indiens. D'une part, le souhait d'identifier des pays ayant des attaches fortes avec les deux traditions juridiques dominantes en Europe : la tradition civiliste et la tradition de *common law*. D'autre part, le souhait de retenir des pays ayant connu récemment des développements significatifs relativement à la mention du sexe à l'état civil. Ces deux considérations ont conduit au choix du Québec, dont la législation est historiquement nourrie par le code civil français et qui a récemment réformé son droit. En outre, ces considérations ont conduit au choix de l'Australie et de l'Inde, deux pays de tradition de *common law*, naguère membres du *Commonwealth*, et dont les juridictions suprêmes ont en 2014 adopté deux décisions reconnaissant sous certaines conditions la possibilité d'inscrire à l'état civil une mention autre que masculin ou féminin.

1.1.2. Méthodes de l'étude

Afin de pouvoir réaliser une comparaison efficace des différents droits étrangers étudiés, une grille d'analyse commune a été utilisée. L'objectif de cette étude étant d'aider à la compréhension et à l'amélioration du droit français, c'est le cadre de pensée de ce droit qui a servi de référence pour l'élaboration de ces différentes rubriques. Sans doute qu'une étude de droit comparée réalisée par des collègues indiennes* aurait eu une structure différente.

La description de chaque droit étranger, bien que réalisée par des autaires différenz*, s'est donc efforcée de se couler dans le moule suivant. D'abord, une rubrique introductive présentant les particularités de l'ordre juridique étudié susceptibles d'avoir un impact sur le thème de recherche, le système d'identification des individus et un récent historique des évolutions normatives concernant les personnes transgenres et intersexuées. Ensuite, une rubrique concernant le changement de cette mention et comprenant deux sous-rubrique. Une première sur les conditions du changement : les personnes pouvant en bénéficier (mineures ? étrangères ? intersexuées ? non mariées ?), les délais à respecter, les procédures administratives et médicales à suivre et les preuves à rapporter. Une autre sur les effets de ce changement, tant en droit interne (quelles conséquences sur les droits acquis de la personne ou des tiærs* et sur ses droits futurs, en particulier pour la filiation), qu'en droit international privé. Enfin, une synthèse reprenant les éléments notables relevés dans ce droit étranger.

1.2. Résultats de l'étude

Il est deux manières de présenter les normes étrangères recueillies lors de cette étude. L'une d'ordre statique, permettant de se forger une image comparée des ordres juridiques étudiés à un instant t ; l'autre plus dynamique, cherchant à comprendre les causes des évolutions observées pour mieux anticiper les évolutions à venir. Présentons successivement ces deux lectures, étant précisé que l'appareil de note de bas de page sera réduit à son strict minimum, les références aux législations étrangères pouvant être retrouvées dans le rapport à la Mission. Exposons donc d'abord l'état des lieux des règles concernant la mention du sexe à l'état civil dans les ordres juridiques étudiés, ensuite l'analyse des évolutions traversant ces ordres juridiques.

1.2.1. État des lieux dans les ordres juridiques étrangers étudiés

Pour présenter cet état des lieux, on a suivi la grille d'analyse évoquée plus haut et appliquée dans l'étude de chacun des droits étudiés. Pour le lecteur souhaitant avoir une vue globale et synthétique de cet état des lieux, il pourra également se reporter au tableau synthétique et comparatif reproduit en annexe de cet article. Étudions donc successivement les mentions de sexe disponibles puis le changement de cette mention.

Concernant en premier lieu les mentions de sexes disponibles sur les actes d'état civil (tant les registres que les copies de ceux-ci) et les différentes pièces d'identité (passeport, carte nationale d'identité, etc.), il est apparu que la très grande majorité des droits étudiés prévoyaient la possibilité d'inscrire sur tout ou partie des documents officiels d'identité des mentions autres que le masculin et le féminin (y compris l'absence de mention). Seuls font exception certains ordres juridiques fédérés, où souvent la religion occupait historiquement une grande place¹¹. Quant aux ordres juridiques l'admettant, les conditions et la portée de cette reconnaissance sont assez variables. Cette possibilité peut être provisoire, comme en Belgique ou en Nouvelle Galle du Sud (Australie). Même quand elle est définitive, c'est parfois seulement au profit de personnes intersexuées (Pays-Bas), ou à tout le moins au profit de personnes dont le corps manifeste une « ambiguïté » au regard des deux sexes communément reconnus (Australie, niveau fédéral). Que cette autre mention soit définitive ou provisoire, la diversité jaillit de nouveau quant à l'intitulé même de la mention. Tantôt il s'agit d'une absence de mention (Belgique, Allemagne¹², Pays-Bas¹³ et Malte pour l'état civil) ou des mentions « X » ou « non spécifiées » conceptuellement équivalentes¹⁴ (Canada et Australie pour les pièces d'identité fédérales, Malte pour les pièces d'identité, Territoire de la Capitale Australienne et Australie-Méridionale), tantôt d'une mention

¹¹ C'est le cas pour le Québec et cinq des huit Territoires et États australiens.

¹² La loi allemande est cependant en train d'être changée suite à la décision du Tribunal constitutionnel fédéral. Il semblerait que le législateur s'oriente vers la mention « divers » : <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw50-de-geburtenregister/581364>.

¹³ Il faut citer ici la décision du Tribunal de première instance de Limburg du 28 mai 2018 ordonnant l'inscription à l'état civil de la phrase suivante : « le sexe ne peut pas être déterminé ».

¹⁴ En effet, le signe « X », proposé dans la réglementation des passeports produite par L'organisation de l'aviation civile internationale (spé. Doc. 9303), signifie « non spécifié ». S'il n'est pas « spécifié » cela veut donc dire qu'il n'y a pas de mention du sexe renseigné. Historiquement, cette mention a été semble-t-il créée, dans le contexte des migrations à la fin de la seconde guerre mondiale, pour faciliter le travail des agenz* en charge de la délivrance des passeports et qui ignoraient parfois le sexe des personnes dont als* avaient à s'occuper, ne pouvant pas toujours le deviner à la lecture de prénoms susceptibles de ressortir d'une culture leur étant étrangère.

positive telle que « transgenre » ou « troisième genre » (Inde), « non spécifique » (Australie, niveau fédéral), « indéterminé » (Territoire de la Capitale Australienne, Nouvelle Galle du Sud, Australie-Méridionale), « intersexe » (Australie au niveau fédéral pour les titres d'identité autres que le passeport, Territoire de la Capitale Australienne, Australie-Méridionale), « non binaire » (Australie-Méridionale), tantôt enfin la possibilité d'un troisième genre est envisagée mais sans indication précise sur son intitulé (Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire).

Concernant en second lieu le changement de la mention du sexe à l'état civil, l'examen des différentes législations étudiées fait apparaître des différences dans les conditions du changement d'une part et dans ses effets d'autre part.

Sur les conditions, d'une part, des différences apparaissent dans les ordres juridiques étudiés quant aux personnes pouvant bénéficier du changement de sexe et quant à celles devant lesquelles ce changement peut être demandé.

S'agissant d'abord des personnes pouvant demander le changement, il apparaît que les ordres juridiques peuvent limiter les dispositifs de changement de sexe par des critères tenant à l'âge ou la nationalité de la personne ou encore à son parcours médical ou familial.

Pour l'âge, premièrement, si la plupart des ordres juridiques permettent théoriquement aux personnes mineures d'accéder à ces procédures (le plus souvent à l'aide de leurs représentants légaux), on observe une exception, au sein des droits étudiés, pour la Belgique. Encore faut-il relever que l'interdiction n'y concerne alors que le changement de la mention du sexe pour les personnes mineures de moins de 12 ans, ces personnes conservant la possibilité de changer de prénom pour avoir un prénom conforme à leur identité de genre. Il est intéressant de relever qu'en Allemagne, où des limites d'âge (25 ans) avaient été posées par le législateur pour les procédures de changement de prénom et de sexe sur l'acte de naissance, celles-ci ont été déclarées contraires à la Loi fondamentale par le Tribunal constitutionnel fédéral¹⁵, ce qui a par la suite conduit à leur suppression par le législateur. Dans les nombreux ordres juridiques où le changement est ouvert à la personne mineure, cette possibilité pourra résulter soit de l'application des dispositions générales régissant les pouvoirs juridiques de ces personnes (disposition applicable au changement de mention du sexe en l'absence d'exclusion expresse), soit de règles spéciales. S'agissant des ordres juridiques où existent des règles spéciales pour les personnes mineures, l'on observe que ces règles peuvent avoir deux objectifs. Soit rendre la procédure de changement de sexe plus lourde pour les personnes mineurs que pour les majeures, motif pris que cela permettrait de veiller à l'intérêt de l'enfant. Ainsi va-t-on imposer que l'enfant, en plus de se faire assister par ses parents* conformément aux règles régissant l'autorité parentale, passe devant un* juge (Malte) ou obtienne un document médical (Belgique, pour les mineurs non émancipés de plus de 16 ans et Québec pour les mineurs de moins de 14 ans). Soit encore ces règles peuvent viser à assouplir les règles régissant l'autorité parentale pour permettre au mineur d'agir sans dépendre de ses représentants pour faciliter réellement ce changement (Pays-Bas, pour les mineurs de plus de 16 ans). Relevons pour finir que le Conseil de l'Europe ne semble pas avoir pris sur ce point de recommandation spécifique, si ce n'est souligner dans la résolution 2048 (2015)¹⁶, que « l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale dans toutes les

¹⁵ BVerfGE, 60, 123, 16 mars 1982, <http://www.servat.unibe.ch—bv060123.html> (pour le changement de prénom) et BVerfGE, 88, 87, 26 janv. 1993, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088087.html> (pour le changement de sexe).

¹⁶ Résolution 2048 (2015), *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, 22 avr. 2015.

décisions le concernant »¹⁷ et que les procédures de changement de sexe doivent être « à la disposition de toutes les personnes qui souhaitent les utiliser, indépendamment de l'âge ».

Pour la nationalité, deuxièmement, la majorité des ordres juridiques examinés permettent explicitement dans certaines conditions aux personnes de nationalité étrangère d'être considérée comme d'un sexe (ou genre) différent de celui inscrit sur leur acte de naissance ou leur document d'identité fourni lors de l'entrée sur le territoire¹⁸ et cela quand bien même l'acte de naissance initial ne pourrait pas être modifié. Bien souvent, dans les États acceptant d'émettre des documents où l'individu est enregistré dans un sexe (ou genre) correspondant à son identité de genre, ces possibilités sont subordonnées à une condition de résidence, un an le plus souvent (Territoire de la Capitale Australienne, la Nouvelle Galle du Sud, l'Australie-Méridionale, le Victoria et l'Australie Occidentale, Québec, Allemagne, Pays-Bas). D'autres fois, comme à Malte, c'est la qualité de demandeur d'asile qui conditionnera le bénéfice de la procédure. Relevons pour finir là encore l'absence de recommandation spécifique du Conseil de l'Europe sur ce point. Pour le parcours médical, troisièmement, celui-ci demeure globalement requis hors d'Europe¹⁹, tandis qu'il a globalement disparu dans les pays européens étudiés (Belgique, Allemagne, Malte, Pays-Bas), notamment sous l'influence des normes du Conseil de l'Europe qui encouragent à l'adoption de procédures non médicalisées. On relèvera néanmoins que même en Europe ou au Québec demeurent parfois l'exigence d'attestations de psychologues ou d'experts* médicaux* sur la conviction de la personne d'appartenir à l'« autre sexe » — de telles attestations ont au demeurant été validée en Europe par la Cour européenne des droits de l'homme²⁰, qui s'est écartée sur ce point de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe²¹. Ces exigences concernent tantôt toutes les personnes désireuses de changer de sexe (Allemagne et, dans une certaine mesure, Pays-Bas), tantôt des personnes pour lesquelles le législateur est plus dubitatif sur la réalité du changement demandé (Belgique pour les mineur et Québec lorsqu'il s'agit d'un changement demandé après un premier changement). Dans les pays où aucun parcours médical n'est exigé, celui-ci peut être remplacé par d'autres conditions par lesquelles l'on souhaite que lu* juge s'assure que la personne est bien du sexe (ou du genre) qu'elle revendique. Ainsi, au Québec, la déclaration sous serment du demandeur* doit être accompagnée d'une déclaration similaire d'une autre personne majeure qu'al* connaît depuis un an. En revanche, à Malte, au Canada et en Belgique, la procédure est déclaratoire, même si dans ce dernier pays il faut faire deux déclarations espacées dans le temps. Seuls ces pays respectent donc les normes du Conseil de l'Europe, lesquelles reposent sur le principe d'autodétermination.

Pour le parcours familial, quatrièmement, l'on constate que mis à part l'Australie, où cette condition demeure dans la plupart des États et Territoires²², il n'est plus exigé que la personne ne

¹⁷ Le problème est bien perçu par les autorités du Conseil de l'Europe mais n'a pas fait l'objet d'une attention particulière dans les recommandations du Comité des ministres ou les résolutions de l'Assemblée parlementaire. Cf. not. Conseil de l'Europe, *Protection des droits de l'homme des personnes transgenres. Petit guide sur la reconnaissance juridique du genre*, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168062fa15> (consulté le 18 déc. 2018), p. 18.

¹⁸ Font exception le Territoire du Nord, le Queensland et la Tasmanie pour l'Australie, ainsi que la Belgique et le Québec dont les législations régissant le changement de la mention du sexe à l'état civil laissent de côté les étrangers.

¹⁹ Australie pour la plupart des ordres juridiques internes et semble-t-il aussi l'Inde. Le Québec, en revanche, suit, sauf exceptions (cf. *infra*), une procédure démedicalisée.

²⁰ Arrêt CEDH, 6 avr. 2017, *AP, Nicot et Garçon c/ France*.

²¹ Résolution 2048 (2015), préc., §6.2.2. où il est recommandé « d'abolir [...] diagnostic de santé mentale, en tant qu'obligation juridique préalable à la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne ».

²² Font seuls exceptions le Territoire de la Capitale Australienne et l'Australie-Méridionale.

soit pas mariée pour pouvoir bénéficier des procédures de changement de la mention du sexe (ou du genre). Encore faut-il indiquer que cette condition de célibat s'expliquait par l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe. Or, une telle interdiction n'existe plus depuis le 9 décembre 2017, du fait de la signature par le Gouverneur général d'Australie d'une loi adoptée par le Parlement ouvrant le mariage aux personnes de même sexe.

S'agissant ensuite des personnes devant lesquelles réaliser le changement, l'on observe que dans une large majorité des ordres juridiques étudiés la décision est prise par une autorité administrative, qu'il s'agisse de l'autorité responsable de l'émission du titre d'identité (Canada et Australie pour les documents émis par les autorités fédérales) ou de celle en charge du registre où la mention de sexe est inscrite (Pays-Bas, Belgique, Québec, Malte et les différents États et Territoires australiens). Seule l'Allemagne connaît un système judiciaire. Relevons néanmoins que même dans les pays où le changement est par principe administratif, le juge peut intervenir dans les cas exceptionnels où le législateur estime nécessaire de renforcer le contrôle soit parce qu'il s'agit d'une demande de changement de sexe faisant suite à un changement déjà intervenu (Belgique et Malte), soit parce que cela concerne an* mineux* (Malte). Relevons pour finir que dans deux des ordres juridiques étudiés, le Conseil de l'Europe et l'Inde, la question de l'autorité devant laquelle réaliser ce changement ne fait pas l'objet de directives claires.

Si l'on examine d'autre part les effets de ce changement, le constat global est que bien souvent ceux-ci ne font pas l'objet d'une particulière attention des ordres juridiques. Ceci se vérifie sans surprise à propos de la reconnaissance dans l'ordre juridique étudié des décisions de changement de sexe réalisées à l'étranger, compte tenu, dans les États non fédéraux, de la faible sensibilité des législateurs aux problèmes de droit international privé. Mais cela se vérifie, de manière plus surprenante, pour les effets strictement internes du changement réalisé, ce qui témoigne que le législateur n'a généralement fait que survoler le problème. La seule chose qui est généralement réglementée ce sont les modalités dans lesquelles le changement décidé sera transcrit sur le document d'identité (le délai de transcription, la personne qui en sera responsable, etc.). En dehors de cela, les ordres juridiques étudiés demeurent bien souvent silencieux sur les conséquences de ce changement sur les autres documents d'identité²³ et plus généralement sur tous les documents dont la personne peut se servir au quotidien et qui auront pu être dressés antérieurement au changement de la mention du sexe (diplômes, quittance de salaire, etc.). Seuls Malte et le Conseil de l'Europe s'intéressent à la rectification d'autres documents (publics ou privés) consécutivement au changement ; la Belgique allait naguère en ce sens, mais une modification discrète survenue à l'été 2018 semble avoir désormais supprimé les dispositions qui permettaient de modifier d'autres actes d'état civil que ceux de la personne transgenre²⁴. Un même silence s'observe également le plus souvent sur les conséquences de ce changement sur les normes dépendant du sexe (ou du genre). En effet, certaines règles dépendant pour leur application du sexe (ou du genre) de la personne, le changement de la mention du sexe peut avoir

²³ Seul semble-t-il le droit belge prévoyait un temps la modification des actes d'état civil autres que l'acte de naissance, tant les actes d'état civil de l'intéressé (acte de mariage), que ceux de ses descendants au premier degré (article 62*bis*, § 6). Cette disposition semble toutefois avoir disparu (cf. la note suivante).

²⁴ Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges. Cette loi a en effet réorganisé les textes sur la modification du sexe, déplacé dans un nouveau titre (Titre IV/1). Or, à l'occasion de cette réorganisation, l'ancien § 6 de l'article 62*bis* précité a disparu, sans qu'une disposition équivalente ne le remplace.

des effets sur l'application de ces règles ; cela qu'il s'agisse de droits acquis dans le passé par la personne ou des tiers ou encore de droits qui seront acquis postérieurement au changement.

Si l'on s'arrête tout d'abord sur les droits acquis dans le passé, l'on observe que certaines législations précisent que le changement sera sur eux sans influence, qu'il s'agisse des droits acquis par le demandeur (Malte, Allemagne pour certains droits, Conseil de l'Europe, Territoire de la Capitale Australienne, Queensland et Australie-Méridionale) ou par les tiers (Malte, Allemagne, pour certains droits, Québec, Tasmanie). Doit être souligné que la volonté de protéger les droits acquis par l'intéressé* peut ne pas coïncider avec celle de protéger les droits acquis par les tiers, et inversement, cette absence de symétrie pouvant s'expliquer par le caractère schématiquement libéral ou conservateur du droit en cause. En effet, un ordre juridique libéral s'inquiètera des droits acquis par la personne antérieurement et voudra s'assurer que ce changement ne fera pas perdre à l'intéressé ces différents droits, de peur de lu décourager de demander le changement de la mention du sexe. À l'inverse, un ordre juridique conservateur, voudra afficher son souci de protéger les tiers en affirmant que leurs droits seront conservés. En Tasmanie, en particulier, a été ainsi prévu que les enfants avaient le droit d'exiger que figure sur leurs documents l'ancienne mention de sexe de leur parents « transsexuel ». Il est intéressant en outre de relever que pour certains ordres juridiques (Malte) la protection des droits acquis par les tiers ne fait nul obstacle au droit de la personne transgenre d'obtenir la rectification des documents naguère établis et comportant son ancienne mention de sexe (ou de genre), sans doute car cette rectification n'est pas perçue comme portant atteinte à des droits acquis.

S'agissant ensuite des effets du changement sur les droits nouveaux, l'on constate tout d'abord que rares sont les ordres juridiques ayant entendu assurer une reconnaissance effective du nouveau sexe (ou genre) reconnu au requérant. Si plusieurs ordres juridiques soulignent qu'à compter du changement la personne doit être considérée du sexe (ou du genre) qui lui a été assigné (Malte, Pays-Bas²⁵, Allemagne²⁶, Territoire du Nord, Nouvelle Galle du Sud, Australie occidentale et Tasmanie) ou si quelques un interdisent expressément la révélation de l'ancienne identité (Allemagne, Malte, Australie occidentale), aucun, à l'exception de Malte, ne prévoit des sanctions spécifiques à destination de ceux* qui ne respecteraient pas l'identité de genre reconnue de la personne transgenre²⁷. Par ailleurs, quelques législations tendent au premier abord²⁸ à priver ce changement d'effets à propos des règles d'établissement de la filiation pour des naissances postérieures au changement (Allemagne, Pays-Bas et Belgique). En Allemagne, il est ainsi prévu qu'à l'égard des modes d'établissement de la filiation, l'individu doit être traité en quelque sorte en fonction de son « sexe d'origine ». Aux Pays-Bas des dispositions spéciales ont été prises : la personnes ayant engendré l'enfant et ayant un sexe (biologique) féminin mais un genre masculin reconnu sera considéré comme mère, tandis que celle ayant engendré l'enfant en ayant un sexe (biologique) masculin mais un genre féminin ne pourra pas établir sa filiation autrement que par l'adoption. Enfin, en Belgique, on applique les mêmes règles qu'aux Pays-Bas pour la personne

²⁵ Article 28c du code civil néerlandais soulignant que les règles sexuées (ou genrées) prévues par le code civil s'appliquent en fonction du nouveau sexe (ou genre) de la personne.

²⁶ Bundestag, *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen*, 10 sept. 1980, art. 10, § 1.

²⁷ Article 3 et 11 du *Gender Identity, Gender Recognition and Sex Characteristics (GIGESC) Act* de 2015.

²⁸ Comp. *infra* avec ce qui est dit sur l'absence de prise en compte du genre de l'individu au stade de l'établissement de la filiation.

ayant engendré l'enfant en étant de sexe féminin mais de genre reconnu masculin, tandis que la parente de sexe masculin mais de genre féminin sera reconnue comme « co-parent ».

1.2.2. Analyse des évolutions traversant ces ordres juridiques

Si l'on cherche à présent non plus à examiner le détail des droits étrangers mais à prendre un peu de hauteur de vue pour comprendre les évolutions qui les traversent, deux remarques peuvent être faites. L'une tournée vers le passé, pour comprendre les causes de ces évolutions, l'autre tournée vers le futur, pour comprendre la direction qu'ils vont prendre.

Concernant en premier lieu les causes, il n'est pas question dans cette étude proprement juridique de rechercher les causes profondes de ces évolutions, lesquelles relèveraient d'une étude sociologique qui n'a pas été entreprise dans le cadre du rapport. On s'en tiendra donc aux seules causes juridiques.

Ce nous voudrions ici souligner c'est que dans la plupart des droits étudiés, les récents changements intervenus — soit *via* la loi (Belgique, Pays-Bas not.), soit *via* la jurisprudence (Inde, Australie not.), soit *via* les deux conjugués (Allemagne not.) — peuvent pratiquement tous être reliés aux normes constitutionnelles ou internationales protégeant les droits humains. À l'exception sans doute de la décision *Norrie Welby* rendue par la Haute Cour d'Australie²⁹ et ayant sorti l'Australie de la binarité des marqueurs de sexe (ou de genre)³⁰, toutes les évolutions constatées ont été liées en partie au souci des États de respecter les droits humains des personnes concernées, ainsi qu'en attestent les arguments mis en avant dans les travaux préparatoires législatifs ou dans les décisions de justice. Si le droit au respect de la vie privée est le droit le plus souvent mis en avant par les législateurs ou les juges, les arguments d'égalité devant la loi ou d'interdiction contre les discriminations sont aussi souvent invoqués, en particulier par les organes en charge au sein des États de lutter contre les discriminations³¹. Le droit au respect de la vie privée n'étant pas reconnu par tous les pays, il est parfois recouru, comme en Inde, au principe de dignité ou encore à la liberté d'expression³², liberté dont il a d'ailleurs pu être soutenu qu'elle était un meilleur vecteur de protection des minorités de genre que le droit au respect de la vie privée (Winter 2009). Il est frappant de constater, en particulier dans les pays de *common law*, que cette « dynamique des normes » (Fulchiron 2017) n'est pas seulement verticale — les États adaptant leur législation pour se conformer aux normes internationales —, mais aussi horizontale, les États s'inspirant explicitement des normes étrangères pour prendre leur propre décision. C'est

²⁹ HCA, 2 avril 2014, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie*, S273/2013, <http://eresources.hcourt.gov.au/downloadPdf/2014/HCA/11> (consulté le 19 déc. 2018).

³⁰ La motivation de la décision ne fait apparaître aucune utilisation des droits fondamentaux. Pour retenir cette solution la Haute Cour se contente d'interpréter les normes de l'état civil en vigueur en Nouvelle Galle du Sud. Cela étant, il n'est pas impossible que le souci de protéger les droits humains ait eu une influence sur l'interprétation finalement retenue par la Haute Cour.

³¹ Cf., pour l'Allemagne, Antidiskriminierungsstelle, *Gleiche Rechte - gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts*, 10 déc. 2015 ; pour la Tasmanie, Equal Opportunity Tasmania, *Legal recognition of sex and gender diversity in Tasmania: Options for amendments to the Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999*, févr. 2016 ; pour l'Inde, Standing Committee on Social Justice and Empowerment, *The Transgender Persons (Protection of Rights) Bill, 2016*, Report n° 43, http://164.100.47.193/lsscommittee/Social%20Justice%20&%20Empowerment/16_Social_Justice_And_Empowerment_43.pdf (consulté le 19 déc. 2018).

³² Affaire *Nalsa* précitée, § 62 à 69.

ainsi que la Cour Suprême Indienne, dans l'affaire *NALSA* précitée et largement présentée dans le rapport à la Mission, a de très longs développements sur les droits étrangers ou encore que la Haute Cour d'Australie, dans l'affaire *Norry Welby*, commence sa décision en s'appuyant sur des décisions de justice anglaises reconnaissant qu'il n'existe pas seulement des hommes et des femmes. Par cette utilisation des droits étrangers, les standards internationaux de protection des droits humains peuvent aussi se diffuser.

Reste à comprendre un peu plus précisément le fonctionnement de ces causes : comment concrètement les droits fondamentaux ont-ils pu diriger ces évolutions ? Pour le saisir, il convient de rappeler le fonctionnement du système d'enregistrement du sexe en vigueur dans les droits étudiés avant que ceux-ci ne commencent à évoluer.

Le système d'état civil tel qu'il se met en place au XIX^e et XX^e siècle dans tous les États occidentaux ou colonisés ne connaît pas la distinction du sexe et du genre. Le sexe est un tout, assis sur des éléments biologiques et sociaux. Dans la continuation des actes de baptême, l'acte de naissance mentionne le sexe de l'enfant à la suite des observations sommaires des organes génitaux de l'enfant. C'est en fonction de ce sexe que l'enfant sera ensuite appelé, élevé et qu'il trouvera une place dans la société. Voilà pourquoi ce sexe comprend une dimension biologique et sociale. Inscrit sur l'acte de naissance, document cardinal pour la vie juridique de l'individu, la mention de sexe va ensuite être reproduite à l'identique sur les différents documents d'identité qui se généralisent à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle (carte nationale d'identité, passeport, etc.), lesquels sont en effet le plus souvent établis à partir de copie de cet acte de naissance. Cependant, à partir de la fin du XIX^e siècle, ce système sexe/genre va être interrogé par les personnes transgenres puis intersexuées. Les premières vont contester que des éléments strictement biologiques — le type d'organes génitaux observé à la naissance — déterminent leur catégorie sociale. Les secondes vont inversement contester que des catégories sociales — profondément binaires dans le monde occidentaux et colonisés³³ — puissent déterminer leur sexe³⁴.

Cette contestation n'a pendant un temps guère abouti dans la société, faute d'appui sur les droits fondamentaux. L'exemple français est à ce titre excellent puisque la première décision de la Cour de cassation à trancher cette contestation ne s'appuie nullement sur les droits fondamentaux et finit par rejeter la demande. Ce n'est qu'à partir du moment où les droits fondamentaux sont mis en avant, en l'espèce le droit au respect de la vie privée, que le droit français va évoluer sur les demandes de changement de sexe formulées par les personnes transgenres. Cela tient au fait que les droits fondamentaux ont une valeur supralégislative de sorte qu'ils vont permettre, dans les différents États, d'écarter les normes législatives ou infralégislatives faisant obstacle aux demandes des personnes transgenre et intersexuées. Voilà pourquoi, dans l'ensemble des pays étudiés, les différents droits fondamentaux mobilisés (vie privée, dignité, liberté d'expression, intégrité physique) ont été déterminants dans les évolutions observées.

Les causes juridiques de ces évolutions étant à présent exposées, il est désormais possible, en second lieu, d'anticiper les évolutions à venir.

³³ Pour la diffusion de ce modèle occidental dans les colonies, cf. l'arrêt *NALSA* précité, spé. n° 16.

³⁴ D'où la contestation des opérations d'assignation sexuée réalisées sur les enfants intersexués.

La lecture des dernières résolutions que l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a consacré à la question de la mention du sexe à l'état civil³⁵ révèle une tendance très nette à se débarrasser de l'assignation du sexe — assignation réalisée par autrui à la naissance à partir d'exams biologiques — pour aller vers une affirmation du genre (Moron-Puech 2019). Ce mouvement qui est à l'œuvre à des degrés divers dans tous les ordres juridiques étudiés n'est pas encore parvenue à son terme, ce qui laisse augurer de futures évolutions. Commençons par montrer ce qu'un tel système implique, avant d'indiquer la situation à laquelle sont parvenus les ordres juridiques étudiés.

Pris au sens fort du terme, le principe d'autodétermination implique que c'est à l'individu lui-même de déterminer ce qu'il veut être et notamment à quelle catégorie d'individu il souhaite être rattaché. Ce principe nous semble tout d'abord impliquer une suppression de la mention du sexe sur l'acte de naissance. Dans un système juridique fondé sur l'autodétermination du genre, il n'y a plus guère de justifications à enregistrer le sexe biologique de l'individu sur son acte de naissance, après éventuellement avoir modifié le corps de l'enfant pour faciliter son enregistrement dans l'un des deux seuls sexes reconnus, comme c'est le cas dans la plupart des pays étudiés (Inde mise à part semble-t-il). En effet, la principale finalité de ce système d'inscription de la mention du sexe à l'état civil est d'inscrire le sexe de l'enfant pour ensuite déterminer son genre. Ce sexe proprement biologique inscrit sur l'acte de naissance va en effet servir par la suite à déterminer comment appliquer à l'enfant les normes juridiques ou sociales dépendant du genre. Où l'on voit que cet enregistrement du sexe entraîne bien également une assignation implicite du genre par l'État. Or, une telle assignation ne se comprend guère dans un système d'autodétermination de l'identité de genre prônée par le Conseil de l'Europe, à la suite des experts internationaux de l'identité de genre, autaires principes de Yogyakarta³⁶. Dans un système d'autodétermination, c'est à l'individu d'indiquer son genre et non à l'État de le lui assigner car, même si des possibilités de changement existent, celles-ci supposeront une démarche positive de l'individu pour lutter contre une assignation inadaptée qu'il aura un temps eue à supporter. Ce système d'autodétermination qui paraît être la direction prise par les États devrait donc amener à plus ou moins long terme à une suppression de la mention du sexe sur l'acte de naissance. Précisons que cette suppression ne sera pas en revanche nécessairement associée à un arrêt de l'enregistrement du sexe de l'enfant en dehors des actes d'état civil et à des fins statistiques. En effet, le principe d'indétermination ne s'oppose nullement à ce qu'un État qui serait particulièrement inquiet de la reproduction de son peuple puisse enregistrer le sexe des nouveaux-nés dans un fichier dédié.

Le principe d'autodétermination nous paraît ensuite impliquer que l'État accorde une certaine protection au genre de l'individu, protection qui pourrait passer par l'inscription du genre de

³⁵ Résolution 2048 (2015) préc., §6.2. et résolution 2191 (2017), *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, 12 oct. 2017, §7.3.

³⁶ Il y a en effet un lien entre les Principes de Yogyakarta (*Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*) et la volonté du Conseil de l'Europe de mieux protéger, à partir de 2009, les droits des minorités de genre, puis des minorités sexuées. La filiation apparaît nettement dans ce document du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe : *Droits de l'homme et identité de genre*, Document thématique, 2009, p. 12.

l'individu en faisant la demande sur ses pièces d'identité³⁷. Par cette mention du genre inscrite sur un document officiel opposable à touz*, l'individu pourra contraindre les tiars à le traiter conformément au genre indiqué sur cette pièce d'identité. En revanche, il ne faut pas que ce genre indiqué par l'individu le contraigne outre mesure, sans quoi le principe d'autodétermination ne serait pas respecté. Dès lors, comme le suggère le Conseil de l'Europe, la mention du genre sur les documents d'identité devrait être rendue facultative. En outre, comme le révèle le droit australien, il conviendrait que la personne puisse avoir des documents d'identité ne comportant pas les mêmes indications ou qu'elle puisse sans difficultés (réserve faite bien sûr de la fraude), modifier les marqueurs de genre présents sur ses documents. Le genre étant de nature relationnelle (Théry 2011), l'identité de genre de la personne peut varier selon les contextes et ces variations identitaires doivent être reflétées sur les documents exprimant le genre de l'individu. Tel est donc, à grands traits, le système fondé sur l'autodétermination du genre vers lequel nos droits se dirigent sous l'influence du respect grandissant des droits humains.

À l'heure actuelle, aucune des législations étudiées n'a pleinement adopté ce système d'autodétermination qui repose, on le voit, sur une distinction ferme du sexe et du genre. Si de plus en plus d'ordres juridiques, en particulier ceux soumis à l'influence du *common law*³⁸, commencent à reconnaître le genre et à l'utiliser dans les normes assurant la reconnaissance légale du genre des personnes transgenres (Malte, Australie, Belgique, plusieurs États et Territoires australiens) c'est encore le sexe qui demeure enregistré sur l'acte de naissance. Même à Malte, où des mentions non binaires sont admises, où la protection de l'identité de genre est assurée grâce au droit pénal et où la procédure de changement de sexe est très largement ouverte et repose sur la seule déclaration de l'individu, le sexe de l'enfant demeure enregistré à la naissance et c'est ce sexe qui commandera le genre de l'individu jusqu'à ce qu'il réalise une action en modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance. En effet, c'est toujours formellement cette mention du sexe qui se trouve modifiée pour assurer le respect de l'identité de genre de la personne. En dehors de Malte, aucun des ordres juridiques étudiés n'a totalement aboli le système d'enregistrement du sexe à l'état civil et, à notre connaissance, seules les sociétés Premières préservées de la colonisation continuent à ne pas enregistrer de telles mentions. Même l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, qui appelle à rendre la mention du sexe facultative, ne le fait qu'à propos des « certificat de naissance et autre documents d'identités », ce qui ne semble pas inclure le registre des naissance en tant que tels, mais seulement les documents de publicité de ce registre³⁹. Dans certains pays fédéraux (Canada et Inde) l'abolition est néanmoins partielle puisque, au niveau fédéral, les autorités peuvent laisser ouverte à l'individu la possibilité de choisir son sexe (ou genre) sans avoir à fournir une copie de son acte de naissance où son sexe apparaîtrait. L'on relèvera néanmoins pour terminer qu'au Québec un recours, formé devant la Cour Supérieure, entend justement remettre en cause cette mention en s'appuyant sur les droits fondamentaux ; la décision est attendue courant 2019.

³⁷ Les personnes transgenre ne s'y trompent pas puisque nombre d'entre elles demandent le maintien d'une mention de genre pour les défendre contre les tiars qui voudraient remettre en question leur expression de genre (cf. not. rapport à la Mission, p. 198).

³⁸ Ces pays ont en effet été historiquement les premiers dans lesquels s'est diffusée la distinction du sexe et du genre, développée par des universitaires anglo-saxons. Dans les pays de tradition civiliste, cette reconnaissance du genre, comme une entité distincte du sexe, apparaît globalement plus laborieuse.

³⁹ Résolution 2191 (2017) préc., §7.3.4.

Ayant ainsi présenté les principaux résultats de l'étude de droit comparé, quelles leçons en tirer pour le droit français ?

2. Les leçons de cette étude pour le droit français

Cette étude des droits étrangers permet de tirer différentes leçons pour le droit français. Elle permet tout d'abord de mieux décrire ce système en mettant en lumière ses particularités et ses zones d'ombre. Elle permet ensuite de percevoir la contradiction de ce droit avec des normes internationales obligatoires. Autrement dit, de cette étude des droits étrangers l'on peut tirer des leçons d'ordre descriptif ou prescriptif.

2.1. Les leçons descriptives : une meilleure perception du droit français

La comparaison du droit français avec les autres systèmes étudiés permet tout à la fois de percevoir les spécificités du droit français et ses zones d'ombres.

2.1.1. Percevoir les spécificités

La comparaison de l'ordre juridique français avec les ordres juridiques étrangers permet de mettre en lumière le rôle central que joue l'acte de naissance dans le contrôle par l'État du genre des individus. L'acte de naissance est en effet le document cardinal à partir duquel le genre de l'individu sera établi. Si tel a longtemps été le cas dans les ordres juridiques étudiés, l'on observe que plusieurs pays se sont partiellement détachés de ce système en acceptant de reconnaître qu'un individu puisse être reconnu d'un genre autre que celui suggéré par la mention du sexe sur son acte de naissance. Ainsi, à propos des étrangers, nous avons vu que plusieurs pays acceptaient d'émettre des actes officiels reconnaissant l'individu comme étant d'un « sexe » autre que celui indiqué sur son acte de naissance. De même, dans les États fédéraux que sont l'Inde et le Canada, les autorités fédérales acceptent de reconnaître le genre non binaire d'une personne, quand bien même serait inscrit sur son acte de naissance un sexe masculin ou féminin. Ces différents exemples permettent donc de voir que ce lien entre l'acte de naissance et les titres d'identité par lesquels la personne prouve son identité n'est pas inéluctable. Le fait qu'en droit français la reconnaissance du genre de l'individu passe nécessairement par la mention du sexe sur l'acte de naissance constitue assurément une spécificité de ce droit.

Une deuxième spécificité du droit français réside à nos yeux dans la place qu'y occupent les juges et à leur positionnement par rapport aux requêtes des personnes transgenres portées devant elles. En effet, historiquement, les juges ont été les premiers saisis* des requêtes de personnes transgenres et intersexuées, requêtes qu'ils* ont globalement traité avec beaucoup de résistances puisque la Cour de cassation s'y est initialement opposée, qu'il s'agisse du changement de la mention du sexe⁴⁰ ou de la demande d'inscription d'un sexe neutre⁴¹. Si cette jurisprudence a subi par la suite quelques évolutions, cela n'a jamais été de manière purement spontanée puisque, comme le montre le rapport à la Mission (p. 32), cela a fait suite soit à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (pour le revirement de 1992), soit à une

⁴⁰ Cass., 1^{re} civ., 16 déc. 1975, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006995241>.

⁴¹ Cass., 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

circulaire du ministère de la Justice priant les magistrats* de bien vouloir infléchir leur jurisprudence (pour les infléchissements de 2012). Or, encore aujourd'hui, la lecture des entretiens avec les magistrats consignés dans le rapport à la Mission (p. 185-190 et 210-213) ainsi que les retours d'expérience que nous avons pu avoir⁴², montre que quelques juges ont tendance à conserver les schémas de pensée passés où le genre dépendait du sexe, d'où le crédit encore donné par beaucoup de magistrats aux attestations médicales dans les dossiers de changement d'état civil qui leur sont déposés. Or, malgré ces résistances traditionnelles et que l'on perçoit encore aujourd'hui, ce sont ces mêmes magistrats qui ont été investis de la responsabilité de se prononcer sur les demandes de changement de la mention du sexe à l'état civil, alors qu'à l'étranger ces demandes sont la plupart du temps investies par des autorités administratives.

Il est par ailleurs intéressant de relever que dans les pays où le contrôle est en principe réalisé par l'officier* en charge du registre, l'intervention d'un juge peut être prévue lorsque le législateur a des raisons plus ou moins légitimes de se méfier de la personne désireuse de changer la mention de son sexe à l'état civil (Belgique et Malte), soit parce cette personne a déjà changé de sexe, soit parce qu'elle est mineure. Replacé dans le contexte français, cet usage systématique au juge révèle qu'aux yeux du législateur français les déclarations des personnes transgenres suscitent encore la méfiance et que, refusant de faire confiance à leur simple déclaration, l'on exige un contrôle de leur volonté de changer la mention du sexe par un magistrat. À la lumière de ces expériences étrangères, il est permis de se demander si, en droit français, l'absence de règles propres aux changements consécutifs de sexe n'est pas à l'origine d'une méfiance généralisée. C'est en effet parce que le législateur a voulu s'assurer que la conviction de l'individu ne changerait pas dans le futur qu'il a posé cette condition procédurale tenant à une décision judiciaire. Or, n'aurait-il pas été plus simple de réglementer seulement spécifiquement ce cas-là comme l'ont fait quelques droits étrangers ? Quoi qu'il en soit, ce dernier exemple permet de saisir que l'étude des droits étrangers ne permet pas seulement de voir les spécificités du droit français, elle permet aussi de prendre conscience des zones d'ombres, des points non traités dans notre droit (en l'espèce l'absence de dispositions propres pour le cas de changements successifs).

⁴² Cf. le témoignage ci-après relatant une audience de changement de sexe à l'état civil survenu à la fin de l'année 2018 : « Ensuite, le volet « médical » arrive. « Donc vous expliquez prendre de l'androtardyl mais on ne trouve aucune prescription, pas d'ordonnance ni d'attestation de votre endocrinologue. Là encore on trouve ça un peu léger » Je réponds que depuis la loi de 2016 il n'est plus obligatoire de fournir de documents médicaux. On me répond assez sèchement et avec des mots clés en bouche « il nous faut un faisceau d'indices » « des attestations du cercle familial, amical, professionnel et médical ». On me dit qu'il faut une attestation de psychiatre, je réponds que je ne souhaite pas en fournir, que ça me serait désagréable et dégradant de devoir le faire. Là, la femme de gauche [la Procureure] se met à « souffler » d'agacement et sur un ton et regard très méprisants me dit « désagréable oh faudrait pas exagérer ! Il y a plus désagréable quand même ! » je suis très étonné et choqué et réponds que c'est un ressenti que j'ai le droit d'exprimer. Elle me dit « de toutes façons vous en voyez un psychiatre, c'est la procédure vous en voyez déjà un, alors qu'est-ce que ça peut vous faire ? » de façon encore une fois très agressive, en posant les questions très vite sans me laisser le temps de répondre. Je suis assez abasourdi et réponds que j'en ai vu un une fois il y a longtemps mais que c'était déjà désagréable à ce moment là et que je ne souhaitais pas y retourner, d'autant que normalement je n'ai plus à fournir de documents médicaux. La personne en face de moi [la juge] essaie de « tempérer » mais tout en étant injuste « oui je comprends que ça puisse faire ombrage à votre démarche mais vous savez ce n'est pas compliqué, je suis sûre qu'il y a même des psychiatres qui ont des attestations toutes prêtes à fournir ». (pourquoi alors exiger cela si elle comprend elle-même que ça n'a pas de sens/valeur?) De nouveau elles s'y mettent à deux pour me dire qu'il faudrait que je fournisse ces documents, sinon ma requête ne contiendra pas assez d'éléments pour étayer ce fameux faisceau d'indices. »

2.1.2. Percevoir les zones d'ombre

La comparaison du droit français avec les systèmes étrangers permet de faire apparaître des problèmes restés à ce jour dans l'ombre en droit français. Ces problèmes peuvent porter sur la nature même de ce qui est inscrit à l'état civil en cas de modification de la mention du sexe d'une part ou sur les conditions et les effets de ce changement d'autre part.

Sur la nature même de la modification du sexe d'une part, lorsqu'on prend connaissance des droits étrangers étudiés, l'on constate que nombre des lois assouplissant les conditions de changement de la mention du sexe à l'état civil font référence dans leur intitulé même ou dans leur contenu aux termes de genre, expression de genre ou identité de genre (Malte, Conseil de l'Europe, Belgique, Australie-Méridionale⁴³, Australie occidentale⁴⁴), les termes de genre et de sexe étant parfois associés dans les mêmes dispositions de manière relativement confuse. En Australie occidentale par exemple, l'article 18 du *Gender Reassignment Act* de 2000 dispose qu'« [u]ne fois que le genre réassigné est enregistré par le Directaire* du registre et que le registre a été modifié en fonction, les certificats de naissance délivrés par le Directaire doivent [...] indiquer le sexe de la personne correspondant au registre altéré » (souligné par nous). Des dispositions similaires sont prévues à l'article 135/1 du code civil Belge, à l'article 5, (1), (b) du *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* de 2015, ou dans les résolutions du Conseil de l'Europe relatives aux personnes transgenres ou intersexuées⁴⁵. Seule l'Australie-Méridionale paraît éviter cette confusion en séparant nettement les deux notions. L'article 29I, (1) du *Birth, Death and Marriage Registration Act* de 1996 dispose ainsi qu'« une personne de 18 ans dont la naissance est enregistrée dans l'État peut demander au Directaire du registre [...] d'enregistrer le changement de son sexe ou de son identité de genre ».

Cette occurrence du genre pour parler de la mention du sexe à l'état civil suscite des interrogations quant à ce qui est réellement enregistré en France sur l'acte de naissance. Certes, l'article 57 du code civil indique que l'acte de naissance de l'enfant enregistre son sexe. Certes, encore, les articles 61-5 et suivants sont placés dans une section du code intitulé *De la modification de la mention du sexe à l'état civil*, section qui ne comprend aucune mention du genre. Cependant, l'examen des conditions de ce changement révèle que les conditions tenant à la modification du sexe (biologique) de l'individu ont disparu et qu'en réalité les éléments de preuve à rapporter concernent moins le sexe que le genre de l'individu, puisqu'il s'agit d'éléments d'ordre relationnel, touchant à son comportement et à la perception de celui-ci par les tiers. Où l'on comprend dès lors qu'en cas de changement de la mention du sexe, le registre d'état civil n'enregistrera pas tant une modification du sexe de l'individu qu'une modification du genre qui lui a été assigné à partir du sexe enregistré. Cette conclusion est importante car elle offre des pistes intéressantes pour régler les questions d'application à la personne transgenre des règles dépendant des qualités d'homme ou de femme. Ainsi, si les règles à appliquer dépendent du sexe de l'individu, il ne faudra pas prendre en compte la mention du sexe renseigné à l'état civil à la suite de sa modification, puisque cette mention renseigne en réalité le genre de l'individu. Il faudra ici s'en tenir à la mention du sexe initialement inscrite (du moins si celle-ci n'est pas erronée, l'erreur pouvant alors être rectifiée par application de l'article 99 du code

⁴³ *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996*, Part 4A.

⁴⁴ *Gender Reassignment Act 2000*.

⁴⁵ Résolution 2048 (2015), préc., §6.2.1. et résolution 2191 (2017), §.6.3.4.

civil). Par exemple, pour appliquer les règles d'établissement de la filiation ou les règles de la PMA, c'est le sexe de l'individu transgenre qui devra être pris en compte et non la mention de son sexe à l'état civil (Moron-Puech 2018). L'on pourrait également se demander si le changement de prénom — non accompagné d'un changement de sexe — et réalisé par une personne transgenre ne devrait pas conduire à traiter la personne conformément au genre suggéré non par la mention de son sexe à l'état civil mais par celle de son prénom. Ceci pourrait alors permettre à une personne transgenre ayant fait changer son seul prénom d'exiger de ses interlocutaires qu'ils ne la mégenrent pas lorsqu'ils s'adressent à elle, en particulier dans les titres de civilité, ou encore qu'ils la traitent conformément à son genre pour l'application des règles sur la parité — règles qui paraissent en effet moins reposer sur le sexe que sur le genre.

À côté de cet éclairage sur la nature même de la mention modificative du sexe inscrite à l'état civil, les droits étrangers mettent aussi en lumière les zones d'ombre du droit français quant aux conditions et aux effets du changement d'autre part.

Concernant tout d'abord les conditions du changement, il est frappant de constater que la loi française, contrairement à nombre de législations examinées plus haut, ne contient aucune disposition pour les personnes de nationalité étrangère. La possibilité pour les personnes transgenre d'affirmer leur genre a été pensée sur le paradigme ancien d'un système sexe/genre ne connaissant guère la distinction du sexe et du genre. Voilà pourquoi il a semblé que l'affirmation du genre devait nécessairement passer par la modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance. L'inconvénient d'un tel système est qu'il ne peut pas bénéficier aux personnes étrangères qui n'ont le plus souvent pas d'acte de naissance établi en France. Cela étant, le droit français n'est sur ce point pas aussi fermé aux étrangers que ne l'imposerait la logique d'un tel système. En effet, une circulaire du 10 mai 2017⁴⁶ prévoit que : « lorsque le demandeur est un réfugié, apatride ou bénéficiaire de la protection subsidiaire disposant d'un certificat tenant lieu d'acte de naissance délivré par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), le tribunal de grande instance de Paris est compétent ». Des dispositions sont ainsi donc bel et bien prévues pour les personnes de nationalité étrangère. On observera néanmoins le caractère doublement limité de ces dispositions. D'une part, elles ne concernent que certaines* étrangers (réfugiés*, apatride ou bénéficiaire de la protection subsidiaire), de sorte que les autres étrangers ne sauraient en bénéficier. D'autre part, ces dispositions concernent seulement la compétence territoriale et ne disent rien de la loi applicable. Or — et cela arrivera bien souvent — si cet* étranger bénéficie de ce statut protecteur en raison de discriminations ou persécutions qu'il subit dans son pays en raison de son identité de genre, il est fort probable que sa loi nationale, qui sera généralement applicable, ne permette pas la reconnaissance de son identité de genre, d'où alors un problème de droit international privé. Certes, le droit français n'est pas démuné pour appréhender ces situations puisque la jurisprudence a dégagé des solutions en la matière, comme le révèle le chapitre consacré au droit international privé dans le rapport à la Mission. Néanmoins, ces solutions ne sont connues que des professionnels* du droit — et encore ceux correctement formés* au droit international privé —, de sorte que les personnes concernées risquent fort en pratique de ne pas pouvoir bénéficier de cette possibilité. Le contraste est fort par rapport à Malte

⁴⁶ Circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, NOR : JUSC1709389C.

qui a pour sa part explicitement prévu des dispositions de droit international privé pour régler certaines de ces situations⁴⁷.

Sur les conditions, toujours, la comparaison du droit français avec le droit maltais fait apparaître la différence d'intensité quant à la démedicalisation de la procédure. Là où le droit français se contente de dire que le juge ne peut refuser d'accorder le changement au motif que n'aurait pas été rapportée la preuve d'un traitement médical (article 61-6 du code civil), le droit maltais indique à l'article 3 (4) du *GIGESC Act 2015* que « [l]orsqu'une personne invoque son droit à l'identité de genre, il ne peut pas lui être demandé de rapporter la preuve de traitements chirurgicaux de réassignation totale ou partielle de ses organes génitaux, de thérapies hormonales ou de quelques autres traitements psychiatriques, psychologiques ou médicaux ». Entre ces deux dispositions l'on perçoit nettement une différence : alors que le droit français s'intéresse à la motivation de la décision, le droit maltais s'occupe lui des éléments de preuve. La deuxième approche paraît nettement plus efficace puisqu'elle prive sans aucun doute possible les personnes décidant du changement de la possibilité d'exiger des documents médicaux. Or, comme l'a révélé l'enquête menée auprès des personnes concernées et des professionnels du droit, les documents médicaux sont encore très largement produits soit spontanément par les personnes demandant leur changement soit à la demande des professionnels du droit (cf. *supra*).

S'agissant ensuite des effets du changement, la comparaison du droit français avec les droits étrangers permet de faire apparaître que deux questions sont restées dans l'ombre en droit français. La première concerne les effets formels du changement, c'est-à-dire ses conséquences sur les mentions du sexe (ou du genre) qui vont apparaître formellement sur divers documents concernant la personne. La seconde concerne les effets substantiels de ce changement, c'est-à-dire les effets de ce changement sur les normes sexuées ou genrées s'appliquant à la personne.

Sur les effets formels du changement, la comparaison du droit français avec les droits maltais ou du Conseil de l'Europe révèle que la question de la mention du sexe (ou du genre) à faire figurer, consécutivement au changement, sur des documents autres que ceux produits par les services d'état civil n'a pas été abordée. En effet, si le droit français a prévu quelques dispositions sur le changement des actes d'état civil des tiers (conjoint et descendant) ou encore sur les documents d'identité produits par les services d'état civil et partagés avec des tiers (livret de famille), rien n'a été prévu pour les documents produits par d'autres personnes publiques ou privées et mentionnant le sexe (ou le genre) de la personne. Il y a là une question demeurée dans l'obscurité et qui pose en pratique de nombreuses difficultés. En effet, les autres administrations ou personnes privées, peu respectueuses de l'identité de genre de la personne, sont parfois tentées de refuser les demandes de modification des mentions révélant le genre de l'individu (civilité, prénom, sexe), au motif que de telles modifications constitueraient des faux et, même lorsque ces modifications sont obtenues, certaines magistrats les jugent souvent tentées de les juger frauduleuses pour les écarter et exiger à la place des documents médicaux⁴⁸. Si le Défenseur des droits a pu

⁴⁷ Cf. art. 9, (1), du *GIGESC Act* de 2015. Peuvent aussi être évoquées les lois de certains États et Territoires australiens qui ont réglementé la situation des ressortissants d'autres États australiens. Cf, not. pour le Territoire de la Capitale Australienne, l'art. 29D du *Birth, Death and Marriage Registration Act 1997*.

⁴⁸ Voyez le témoignage suivant recueilli auprès d'une personne transgenre racontant les commentaires des magistrats sur les documents rectifiés fournis en vue de convaincre la tribunal de lui octroyer le changement de sa mention du sexe : « en parlant des diplômes que j'ai fait refaire, la personne me dit, en insistant beaucoup dessus : « *Vos diplômes, ce sont presque des faux hein. On y lit « monsieur XXX »* (insiste lourdement sur le monsieur, le répète).

intervenir ponctuellement à propos des diplômes⁴⁹ ou des établissements bancaires⁵⁰, aucune norme générale n'existe sur ce sujet en France.

Deuxième zone d'ombre, les effets substantiels du changement. La comparaison des droits étrangers avec le droit français révèle que le droit français est resté particulièrement silencieux quant aux effets du changement sur les normes dépendant du sexe (ou du genre). À la différence de pays prévoyant des règles spécifiques sur les effets extrapatrimoniaux (principalement la filiation) ou patrimoniaux (principalement les retraites), le droit français est resté taiseux sur ce point. Seule est prévue une disposition lacunaire selon laquelle « [l]a 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 » (article 61-8 du code civil). Ainsi rien n'est prévu pour les obligations qui ne seraient pas encore nées mais qui dépendraient d'événements passés, comme c'est le cas pour la pension de retraite, ou encore les filiations qui seraient établies postérieurement à la modification, qu'il s'agisse d'enfants nés antérieurement ou postérieurement au changement. Sur ce point, les droits étrangers pourront assurément servir de boussole indicative. Là ne sera cependant pas leur seule influence sur le droit français. Comme nous allons à présent le voir, l'étude des droits étrangers peut aussi être source de leçons prescriptives pour le droit français.

2.2. Les leçons prescriptives : un droit français en partie inconventionnel

L'étude des droits étrangers est aussi source de leçons prescriptives pour le droit français. En effet, cette connaissance permet de prendre conscience de la probable inconventionnalité de certaines dispositions du droit français et dès lors de la prescription pesant sur les autorités françaises d'écarter lesdites règles ou de les changer. Ceci tient au fait qu'au sein des normes du Conseil de l'Europe existe une convention particulièrement importante, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « la Convention »), dont le respect est contrôlé par une juridiction, la Cour européenne des droits de l'homme, devant laquelle les justiciables (pas forcément européens) peuvent directement engager la responsabilité de l'État — et obtenir à ce titre une réparation adéquate, y compris financière — au motif que cet État aurait violé les dispositions de cette convention. Cette convention a en effet en France une autorité supérieure à celle des lois, par application de l'article 55 de la Constitution de 1958⁵¹, voilà pourquoi les juridictions sont tenues d'écarter les normes françaises qui lui seraient contraires. Ajoutons que dans son contrôle du respect par les États de cette convention, la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie particulièrement sur le droit des États membres du Conseil de l'Europe, en accordant une importance toute particulière aux États ayant modifié récemment leur législation sur le point objet du litige porté devant elle. D'où l'intérêt pour le

Pourtant à l'époque c'est sous votre « ancien prénom » que vous avez passé le bac et l'avez obtenu (prononcez plusieurs fois mon ancien prénom alors que ce n'est plus mon prénom officiel). En plus ils n'y sont pas allés de main morte avec le « monsieur » sur ces diplômes ». Je comprends qu'elle désapprouve ces diplômes remis à jour et que pour elle le « monsieur » est un titre de civilité auquel je ne peux pas prétendre sans modification de mon état-civil. »

⁴⁹ Défenseur des droits, 27 juill. 2012, décision MLD-2012-11, https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=1484 (consulté le 21 déc. 2018).

⁵⁰ Défenseur des droits, 6 oct. 2015, décision MLD-2015-228, https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=13603 (consulté le 21 déc. 2018).

⁵¹ C'est du moins l'interprétation retenue de ce texte par les juridictions françaises, en particulier depuis l'arrêt Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabres* : *Bull. ch. mixte*, n° 4, p. 6.

juriste français s'intéressant à la mention du sexe à l'état civil d'avoir une bonne connaissance des droits européens.

En l'espèce, cette connaissance des droits étudiés jette un doute sérieux sur la conventionnalité de deux règles nettes du droit français⁵². D'une part, la règle jurisprudentielle imposant la binarité des mentions de sexe ou de genre disponibles ; d'autre part les règles gouvernant les effets du changement.

S'agissant des mentions disponibles, la question qui se pose est celle de la conformité avec le droit au respect de la vie privée, tel qu'énoncé dans l'article 8 de la Convention et interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'interprétation par la Cour de cassation de l'article 57 du code civil. Selon cette interprétation, seules peuvent être inscrites à l'état civil les mentions de sexe masculin ou féminin. Si le doute surgit quant à la conventionnalité de cette interprétation c'est en raison des différentes recommandations formulées par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, ainsi que des décisions retenues dans certains des droits européens étudiés. Concernant l'Assemblée parlementaire, celle-ci a estimé dans ses résolutions 2191 (2017) et 2048 (2015) déjà citées que les États membres devaient « envisager de rendre facultatif pour tous l'enregistrement du sexe sur les certificats de naissance et autres documents d'identité » et « envisager de faire figurer une troisième option de genre sur les papiers d'identité des personnes qui le souhaitent ». Quant à l'Allemagne, le Tribunal constitutionnel fédéral a décidé que l'impossibilité d'inscrire une mention positive autre que le masculin et le féminin méconnaissait l'égalité devant la loi et constituait une discrimination fondée sur l'identité de genre de la personne⁵³. Certes, ce Tribunal s'est appuyé sur la constitution allemande, mais en raison de la grande proximité en Allemagne des normes constitutionnelles et de la Convention, tout laisse à penser qu'une semblable conclusion se serait également imposé pour les juges allemands au regard de la Convention. Relevons d'ailleurs que ce lien a été explicitement fait par les juges de la Cour constitutionnel autrichienne qui, dans une décision rendue en juin 2018, s'est appuyée sur ses normes constitutionnelles internes, lues à la lumière de l'article 8 de la Convention, pour juger que le refus d'inscrire sur l'acte de naissance du requérant une mention d'un sexe autre que le masculin ou le féminin méconnaissait son droit au respect de sa vie privée⁵⁴. Aux Pays-Bas, une interprétation strictement fondée sur l'article 8 de la Convention a également conduit un juge de première instance à reconnaître la possibilité d'inscrire à l'état civil une mention autre que masculin ou féminin. Toutes ces normes européennes ou nationales pourraient conduire la Cour européenne des droits de l'homme à retenir l'existence d'une tendance internationale à la reconnaissance d'un sexe neutre, ce qui pourrait alors plus facilement conduire la Cour à constater une violation par la France de l'article 8 de la Convention. L'on ne saurait être plus affirmatif sur l'inconventionnalité du droit français dans la mesure où la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme comporte, en particulier dans les affaires politiquement sensibles, une certaine dose d'arbitraire dans la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité. Un tel arbitraire résulte du flou concernant la distinction des obligations positives et négatives

⁵² On laissera de côté ici les problèmes de conventionnalité liés à des règles à la portée incertaine, telle par exemple la possibilité pour les mineurs représentés d'accéder au changement, ou encore la possibilité, dans l'intérêt de l'enfant et de son parent, d'établir leur filiation en fonction du sexe (biologique) du parent et non de son genre.

⁵³ BVerfG, 10 oct. 2017, 1 BvR 2019/16.

⁵⁴ VfGH, 15 juin 2018, n° G 77/2018-9, https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_77-2018_unbestimmtes_Geschlecht_anonym.pdf (consulté le 21 déc. 2018).

d'un côté et le rôle accessoire ou principal conféré par la Cour à la marge nationale d'appréciation (Moron-Puech 2017, n^{os} 40-57).

La deuxième question pour laquelle un doute existe sur la conventionnalité du droit français concerne les conditions dans lesquelles les actes d'état civil de tiærs (conjoinz et descendanz) ou partagés avec des tiærs (livret de famille) peuvent être modifiés pour tenir compte du changement de la mention du sexe intervenu. Comme le souligne le rapport à la Mission (p. 40 et 42), les règles actuelles soit subordonnent ces modifications subséquentes au consentement des tiærs intéressæs (c'est le cas pour la transcription des nouveaux prénoms sur les actes des conjoinz et descendanz lorsque ces prénoms sont changés en même temps que le sexe), voir ne permettent pas cette inscription (en cas de changement du sexe). Or, il peut être montré que telles solutions sont probablement contraires au droit au respect de la vie privée et familiales de l'individu. S'agissant tout d'abord du refus de transcrire automatiquement le changement de prénom concomitamment au changement de sexe sur les actes d'état civil des tiærs, il est très probable que la solution actuelle soit jugée disproportionnée au regard de l'article 8 de la Convention. En effet, un tel refus n'existe pas lorsque la personne change d'abord son prénom puis son sexe. Dans cette situation la transcription est alors automatique. Une telle différence de traitement ne répond à aucune logique et ne pourra dès lors probablement pas être considérée comme nécessaire pour constituer, au sens de l'article 8 alinéa 2 de la Convention, une ingérence légitime de l'État dans le droit au respect de la vie privée de la personne.

Le même raisonnement peut être reproduit pour le refus du pouvoir réglementaire (circulaire du 10 mai 2017 précitée) de permettre la modification de l'accord genré du participé passé « né(e) » figurant sur l'acte de naissance des tiærs pour indiquer le lieu de naissance de leur parenx ou conjoinz. Pourtant, la discordance qui en résulte entre le genre du prénom et le genre de l'accord du participe passé du verbe naître risque de créer dans l'esprit des personnes exigeant la production d'une copie l'acte un doute sur son authenticité. Ce doute contraindra alors la personne détentrice de la copie à révéler sa vie familiale pour échapper au risque de fraude. Là encore, l'on peine à voir quel objectif poursuit une telle interprétation qui s'avère attentatoire tant à la vie privée de la personne transgenre qu'à la vie familiale de son proche. Faute de justification, l'on peut estimer qu'existe là aussi un risque important d'inconventionnalité de cette absence d'accord du participe passé sur l'acte de naissance des tiærs.

On le voit, l'étude des droits étrangers est riche d'enseignements pour le droit français, espérons que les institutions françaises sauront à présent les appliquer, sans attendre de nouvelles condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme !

AMNESTY INTERNATIONAL, *The State Decides who I am. Lack of Legal Gender Recognition for Transgender People in Europe*, <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/eur010012014en.pdf> (consulté le 18 déc. 2018)

BRINK, Marjolein van den et TIGCHELAAR, Jet, dir., *M/V en verder. Sekseregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, WODC, Ministerie van Veiligheid & Justitie 2014, https://www.wodc.nl/binaries/2393-volledige-tekst_tcm28-73312.pdf, (consulté le 18 déc. 2018)

DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille et GORÉ Marie, *Les Grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., 2006

FULCHIRON, Hugues, Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et « dynamique des normes », *RTD civ.*, 2017, p. 271-304

HÉRAULT, Laurence (dir.), *État civil de demain et transidentité*, Rapport à la Mission de recherche Droit et Justice, mai 2018

MORON-PUECH, Benjamin, L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées, *Revue des droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, mai 2017

MORON-PUECH, Benjamin, Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques, *RDLF* 2018, chron. 26

MORON-PUECH, Benjamin, From Assigning Sex to Affirming Gender. Reflexions on an Ongoing Evolution, BREMS, Eva, CANNOOT, Pieter et MOONEN, Toon, dir., *Protecting Trans* Rights in the Age of Gender Self-determination*, Cambridge-Antwerp, Intersentia, 2019 (forthcoming)

RUBIN, Gayle, The Traffic in Women : Notes on the 'political economy' of sex, in REITER, Rayna, dir., *Toward an Anthropology of Women*, New York et Londres, Monthly Review Press, 1975, p. 157-210

SCHERPE, Jens M., dir., *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Intersentia, 2014

SCHERPE, Jens M., DUTTA, Anatol et HELMS, Tobias, dir., *The Legal Status of Intersex Persons*, 2018

THÉRY, Irène, *Qu'est-ce que la distinction de sexe ?*, éditions Fabert, 2011

WINTER, Sarah, Are human rights capable of liberation? The case of sex and gender diversity, *Australian Journal of Human Rights*, vol. 15(1), p. 151-174