HAL
open science

État civil de demain et transidentité. Rapport final

Laurence Hérault, Jérôme Courduriès, Christine Dourlens, Nicole Gallus, Michelle Giroux, Marie Annik Grégoire, Benjamin Moron-Puech, Philippe Reigné, Mylène Hernandez, Chloé Vallée

To cite this version:

Laurence Hérault, Jérôme Courduriès, Christine Dourlens, Nicole Gallus, Michelle Giroux, et al.. État civil de demain et transidentité. Rapport final. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice. 2018, http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2018/05/15-24-Rapport-final_%C3%89tat-civil-de-demain-et-transidentit%C3%A9_mai-2018.pdf. hal-02054506

HAL Id: hal-02054506

https://hal.science/hal-02054506v1

Submitted on 6 Mar 2019

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.

MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice

ÉTAT CIVIL DE DEMAIN ET TRANSIDENTITÉ

Rapport final

Recherche réalisée sous la direction de

Laurence Hérault

Professeure d'anthropologie

Aix-Marseille Université, CNRS

Institut d'ethnologie méditerranéenne, européenne et comparative (IDEMEC) UMR 7307

Aix-en-Provence - France

Recherche réalisée avec le soutien

de la Mission de recherche Droit et Justice

Mai 2018

Recherche menée par

Porteuse du projet

Laurence Hérault
Professeure d'anthropologie, Aix-Marseille Université, CNRS,
Institut d'ethnologie méditerranéenne, européenne et comparative (IDEMEC), UMR 7307

Co-chercheur·e·s

Jérôme Courduriès
Maître de conférences en anthropologie, Université Toulouse Jean Jaurès
Laboratoire interdisciplinaire Solidarité, sociétés, territoires (LISST)
Centre d'Anthropologie Sociale (CAS), UMR 5193

Christine Dourlens
Maître de conférences en sociologie, Université Jean Monnet Saint-Etienne
Laboratoire Triangle, UMR 5206, ENS de Lyon

Nicole Gallus
Avocate, professeure à l'Université libre de Bruxelles

Michelle Giroux
Professeur en droit civil, Université d'Ottawa
Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l'enfant (LRIDE)
Centre de droit, politique et éthique de la santé (CDPES)

Marie Annik Grégoire
Professeur agrégée à la faculté de droit de l'Université de Montréal
Chercheure associée à la Chaire Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés

Benjamin Moron-Puech
Maître de conférences en droit privé, Université Panthéon-Assas
Laboratoire de sociologie juridique, EA 3381

Philippe Reigné
Professeur de droit au Conservatoire national des arts et métiers (CNAM)
Laboratoire interdisciplinaire pour la sociologie économique, UMR 3320

Attachées de recherche

Mylène Hernandez
Docteure en anthropologie de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales,
Laboratoire interdisciplinaire Solidarité, sociétés, territoires (LISST)
Centre d'Anthropologie Sociale (CAS), UMR 5193

Chloé Vallée
Doctorante en anthropologie, Aix-Marseille Université, CNRS
Institut d'ethnologie méditerranéenne, européenne et comparative (IDEMEC), UMR 7307

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 215-10-12-15).

Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.

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

SOMMAIRE

SOMMAIRE 7
Remerciements **9**
INTRODUCTION 11
La loi de modernisation de la justice du XXIe siècle **13**
Équipe de recherche **15**
Méthodologie **16**
Note sur le vocabulaire utilisé **21**

PREMIÈRE PARTIE. DE L'ASSIGNATION DU SEXE À L'AFFIRMATION DU GENRE EN DROIT **23**
I. DROIT FRANÇAIS 27
Les mentions de sexe disponibles **27**
Le changement de sexe **31**
Synthèse **46**
II. DROIT COMPARÉ 47
Droit néerlandais **48**
Droit allemand **52**
Droit maltais **61**
Droit belge **69**
Droit canadien (Québec) **83**
Droit australien **92**
Droit indien **103**
III. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 119
Les mentions de sexe disponibles **120**
Le changement de la mention du sexe **129**
Synthèse **133**
IV. DROIT EUROPÉEN 134
Les mentions de sexe disponibles **134**
Le changement de sexe **138**
Synthèse **144**

DEUXIÈME PARTIE. L'ÉTAT CIVIL ET SES ACTEURS **149**
V. CHANGER DE SEXE À L'ÉTAT CIVIL : LE TRAVAIL PARLEMENTAIRE CONTEMPORAIN 153
L'éclairage des travaux passés **153**
L'anticipation des travaux de demain **157**
Synthèse **158**
VI. TRAVAIL LÉGISLATIF ET ACTION MILITANTE 161
Le changement d'état civil au cœur de l'action et des revendications des associations trans' **161**
Les associations trans' face aux législations sur le changement d'état civil **164**
La difficulté des associations à faire entendre une parole militante trans' **167**

VII. MODIFICATION DE L'ÉTAT CIVIL ET EXPÉRIENCE DES PERSONNES TRANS' 171
Les recours à la Cour européenne des droits humains 171
L'expérience du changement d'état civil dans le cadre de la loi J21 177
VIII. L'ÉTAT CIVIL CONFRONTÉ À L'EXPÉRIENCE TRANS'. LE POINT DE VUE DES PROFESSIONNELS DE LA JUSTICE 201
À propos du rôle indentificatoire de l'état civil 201
Les changements induits par la circulaire du 10 mai 2017 sur le changement de sexe et de prénom à l'état civil : le point de vue des magistrats 205
IX. ÉTAT CIVIL, MÉDECINE ET TRANSIDENTITÉ 217
Des liens fragiles avec le monde judiciaire 219
Un étayage réciproque 229
Prises de distance 237
X. LES PRATIQUES DE DÉCLARATION ET DE CHANGEMENT DU SEXE.....243
Les pratiques de déclaration et changement du sexe des personnes intersexuées autour de leur naissance 243
Les pratiques de changement du sexe après la naissance 252
BIBLIOGRAPHIE 259

ANNEXES 267
Affiches « Existrans » 268
Communiqués de presse d'associations trans' 269
À propos des débats entre membres de la Sofect 271
Table des matières.....272
Liste des sigles et abréviations 277

REMERCIEMENTS

Les chercheur·e·s adressent leurs plus sincères remerciements aux personnes trans', aux représentants des associations trans', aux magistrats, aux avocats, aux parlementaires, aux médecins et aux psychologues qui ont bien voulu leur accorder un entretien. Pour des raisons de préservation de leur anonymat, il n'est pas possible de mentionner ici nominativement chacune des personnes qui ont participé à cette enquête qualitative, mais nous leur sommes infiniment reconnaissants à la fois de l'accueil qu'elles nous ont réservé et de leur implication dans notre recherche.

Nous remercions la Mission de recherche Droit & Justice pour le financement accordé à ce projet ainsi que nos facultés, nos laboratoires de recherche et institutions respectives pour leur support et la délégation régionale du CNRS Provence et Corse qui a assuré la gestion du programme.

INTRODUCTION

En 2015, la Mission de recherche Droit & Justice a lancé un appel à projet intitulé « L'état civil de demain » auquel nous avons répondu avec une proposition de recherche portant sur le changement d'état civil des personnes trans'. À cette époque, le changement de la mention de sexe à l'état civil pour les personnes trans' n'était pas subordonné à une loi mais relevait d'une jurisprudence établie par deux arrêts de la Cour de cassation de 1992 faisant suite à la condamnation de la France par la cour européenne des droits humains. Le changement d'état civil était alors subordonné à de nombreuses et strictes conditions médicales : le requérant devait présenter le « syndrome du transsexualisme », avoir suivi un traitement médico-chirurgical dans un but thérapeutique, n'avoir plus tous les caractères de son sexe d'origine, avoir pris une apparence physique proche de l'autre sexe et, enfin, avoir adopté le comportement social correspondant à ce dernier. De surcroît, la réalité du « syndrome du transsexualisme » devait être établie par une expertise judiciaire.

En 2010, le rapport rédigé par M. Hammarberg, commissaire aux droits humains du Conseil de l'Europe, et la résolution n° 1728 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe conduisirent le Gouvernement français à prendre quelques mesures étayées par les travaux de la Haute Autorité de Santé (2009) et destinées à améliorer la situation des personnes trans'. Dans sa résolution n° 1728 (2010), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait en effet jugé contestable la stérilisation ou toute autre procédure médicale comme condition préalable au changement des documents officiels. Enfin, dans son document thématique du 29 juillet 2009, le Commissaire aux droits humains du Conseil de l'Europe avait invité les États membres à rendre possible des procédures de conversion de genre. De manière plus explicite, il avait même recommandé d' « [a]bolir la stérilisation et les autres traitements médicaux obligatoires susceptibles de porter gravement atteinte à l'autonomie, à la santé ou au bien-être de la personne en tant que conditions nécessaires à la reconnaissance légale du genre choisi par une personne transgenre ».

Le gouvernement français, dans le décret n° 2010-125 du 8 février 2010 retira ainsi de la liste des affections psychiatriques de longue durée les troubles de l'identité de genre, et dans la circulaire de la direction des affaires civiles et du sceau n° civ/07/10 du 14 mai 2010 permit au ministère public de « donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil […] sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux » et de fonder cet avis « sur les diverses pièces, notamment les attestations et comptes rendus médicaux fournis par le demandeur à l'appui de sa requête ». Ces mesures revenaient à simplifier les conditions posées en 1992 par la Cour de cassation sans les modifier fondamentalement : le changement de la mention du sexe à l'état civil nécessitait toujours la double preuve du « syndrome transsexuel » et de l'irréversibilité de la transformation physique, ces conditions étant, selon la haute juridiction, justifiées par « les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes ».

Il y avait donc de fait une association étroite entre médecine et droit dans la compréhension et le traitement de la transidentité : seules la reconnaissance de la transidentité comme une pathologie et l'effectivité de son traitement médical autorisaient le changement d'état civil des personnes trans'. Ce lien étroit n'avait pourtant cessé d'être questionné par ses principaux acteurs. Les personnes trans', en premier lieu, avaient interrogé ou dénoncé la psychiatrisation des protocoles médicaux ainsi que le caractère « suspicieux » et pathologisant de la procédure judiciaire de changement légal d'identité. Ils avaient notamment pointé du doigt l'exigence implicite de stérilisation que cette dernière supposait. Les juristes, quant à eux, avaient souvent vu cette double prise en charge comme problématique au sens où la procédure judiciaire s'apparentait peu ou prou à une « simple » validation d'un processus thérapeutique et ils avaient questionné diversement cette médicalisation du changement d'état civil[1]. Les médecins spécialisés, enfin, avaient pu être gênés par les exigences de la procédure judiciaire qui leur offrait un rôle paradoxal (les attestations demandées étant à la fois centrales mais aussi régulièrement mises en doute via l'expertise de confrères souvent « ignorants » de la question), et qui n'étaient pas sans effets-retour sur leur pratique médicale : bien au fait des exigences implicites de certains juges, il leur arrivait encore récemment de conseiller un divorce préalable à la demande de changement d'état civil ou bien même la réalisation d'opérations génitales irréversibles dont leurs patients n'étaient pas nécessairement demandeurs. Ce n'est donc pas seulement le changement légal de sexe à l'état civil qui était ici en question mais plus largement le lien entre médecine et droit dans le processus de transition contemporain.

De son côté, le législateur n'était pas parvenu à se saisir de cette question, malgré de très nombreuses initiatives parlementaires qui n'avaient cependant jamais reçu le soutien du Gouvernement. Ainsi, pas moins de cinq amendements au projet de loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (devenu la loi n° 2014-873 du 4 août 2014) ont été déposés. Il faut aussi mentionner de nombreuses propositions de loi : proposition de loi Delaunay, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011 ; proposition de loi Benbassa, enregistrée à la présidence du Sénat le 11 décembre 2013 ; avant-proposition de loi rédigée par un groupe de parlementaires socialistes. Ces tentatives avortées révèlaient une situation de blocage, alors qu'apparaissait une tendance internationale favorable à l'assouplissement des conditions préalables au changement de la mention du sexe sur les registres officiels et notamment à la suppression de la condition de stérilité.

Face à cette situation nationale et internationale, l'objectif de notre recherche était de proposer une approche comparée et pluridisciplinaire (droit, sociologie, anthropologie) de la procédure de changement de sexe à l'état civil. Il s'agissait d'une part, de proposer une recherche de droit comparé incluant un certain nombre de pays susceptibles d'ouvrir des pistes de réflexion en la matière : nous avons ainsi retenu l'Allemagne, l'Australie, l'Inde, Malte, les Pays-Bas, avec un focus particulier sur le

[1] Salas D., Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme, PUF, 1994 ; Branlard J-P., Le sexe et l'état des personnes : aspects historique, sociologique et juridique, LGDJ, 1998 ; Reigné P., Trouble dans la jurisprudence. L'état civil face au transgendérisme, Semaine juridique, édition G, note 1205, 2010 ; Reigné P., Modification de l'état civil d'une personne transidentitaire en raison de l'irréversibilité des effets de son traitement hormonal, Semaine juridique, édition G, 2012, actualités 124, Droit de la famille, commentaire 38, 2012b.

Québec et la Belgique en raison de leur situation en matière de droit[2] et/ou de leurs dispositions législatives particulièrement intéressantes pour une comparaison avec la France. Il s'agissait d'autre part, d'explorer la façon dont les différents acteurs de la procédure française (personnes trans', médecins, avocats, juges, procureurs, etc.) y prenaient part, participaient à sa transformation et envisagaient son avenir. Pour comprendre ce que pouvait être l'état civil de demain et la manière renouvelée dont il pouvait donner à penser l'état des personnes, et notamment des personnes trans', nous n'avions pas souhaité proposer un simple état des lieux de la situation et de ses possibles évolutions mais plutôt explorer la manière dont la transformation de la procédure de changement de sexe à l'état civil était en train de se faire. Nous avions également souhaité étendre la recherche aux personnes intersexuées, sujet émergent dans la recherche française[3], afin de comprendre comment les évolutions juridiques concernant ces dernières pouvaient également rayonner sur la situation des personnes trans', ce d'autant qu'une personne intersexuée tentant d'obtenir un sexe différent de celui qui a été inscrit sur son état civil à la naissance pourrait être qualifiée de trans', en ce sens qu'elle passe d'une identité sexuée à une autre.

LA LOI DE MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXIE SIÈCLE

En septembre 2015, une proposition de loi relative à la modification de la mention du sexe à l'état civil est déposée à l'Assemblée nationale par un groupe de députés socialistes. Ce projet, qui va être remodelé, va s'inscrire en 2016 dans le cadre du projet de loi de modernisation de la justice du XXIe siècle (J21) et aboutir à l'amendement n° 282 rectifié (article 18 quater, II) adopté le 18 novembre 2016. Il prévoit une procédure judiciaire devant le tribunal de grande instance ouverte aux majeurs et aux mineurs émancipés. La personne demanderesse doit démontrer bénéficier de la possession d'état du sexe revendiqué. La procédure est démédicalisée dans la mesure où 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.

Selon notre objectif initial, nous avons suivi et documenté ces évolutions législatives et nous avons souhaité, pour ce qui concerne la France, saisir la nouvelle procédure après la promulgation du décret d'application du 31 mars 2017. C'est ainsi que les entretiens prévus avec les personnes trans' et les magistrats ont été réalisé à la fin de 2017 pour mieux saisir les expériences récentes des uns et des autres.

La recherche s'est organisée selon trois axes.

Dans un **premier axe**, des approches juridique et anthropologique se sont attachées à saisir l'évolution des pratiques judiciaires. Il s'est agi, d'une part, d'étudier les décisions judiciaires rendues en matière de changement de sexe à l'état civil dans une perspective historique, et, d'autre part, d'explorer la façon dont les professionnels de la justice (juges,

[2] Le Québec est la seule province, au sein de la fédération canadienne, à évoluer dans un contexte de bijuridisme : le *Code civil du Québec* s'appliquant en matière privée et la *Common Law* en matière publique.

[3] « À qui appartiennent nos corps », *Nouvelles Questions Féministes*, 2008/1 (vol. 27) ; B. Moron-Puech, *Les intersexuels et le droit*, mémoire de Master II sous la direction de D. Fenouillet, université Panthéon-Assas, 2010, https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/10dd4242-a25c-462b-8283-cb99a843f1d2.

procureurs et avocats) instruisent les demandes des personnes trans', participent à la « transformation jurisprudentielle » de la procédure, envisagent la démédicalisation récente et la déjudiciarisation éventuelle de cette dernière. Pour documenter la situation des personnes intersexuées au regard de l'état civil, nous avons également travaillé sur les pratiques des officiers d'état civil au moment de la déclaration à la naissance du sexe d'un enfant intersexué. En effet, cette pratique n'est pratiquement pas documentée alors qu'elle est cruciale pour appréhender la manière dont sont résolues sur le terrain les difficultés soulevées par l'intersexuation. En outre, la circulaire relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation du 28 octobre 2011, qui évoque cette pratique au paragraphe 55, donne une certaine marge de manœuvre à l'officier d'état civil, de sorte qu'il est d'autant plus justifié de comprendre comment les officiers d'état civil traitent de cette question « au quotidien ».

Dans un **deuxième axe,** une approche sociologique s'est intéressée plus particulièrement à la façon dont les médecins ont investi et investissent le processus judiciaire. Considèrent-ils cette étape comme le dernier maillon d'un processus thérapeutique dont ils ne peuvent se désintéresser ? Si tel est le cas, quelles aides ont-ils apportés et apportent-ils à leurs patients dans leurs démarches ? Lorsqu'ils intègrent des avocats dans leur équipe, quel rôle leur confèrent-ils ? Quels types d'interventions ont-ils entrepris auprès du monde judiciaire pour s'assurer de la continuité et de la clôture du processus de transformation ? Comment appréhendent-ils les enjeux de la récente loi J21 ? Comment se positionnent-ils par rapport à la démédicalisation de la modification de la mention de sexe à l'état civil ?

Dans un **troisième axe**, une approche anthropologique s'est centrée sur l'expérience judiciaire des personnes trans'. Il s'agit tout d'abord de replacer la procédure judiciaire dans le cadre de la transition telle qu'elle a été (ou est vécue) par la personne, de comprendre la manière dont les personnes trans' constituent leur dossier et s'engagent dans la procédure (avec ou sans avocat par exemple) et comment elles la vivent. On s'est intéressé également à saisir la façon dont l'entourage familial, amical et professionnel est mobilisé et comment la protection de la vie privée des proches est envisagée (modification notamment de leur propre état civil). Notre approche s'est attachée enfin à l'expérience et la pratique des associations trans' pour essayer de comprendre la manière dont l'action militante s'est coordonnée au niveau national notamment dans le cadre de la discussion de la loi J21 ; l'impact des législations étrangères et les liens avec les mouvements associatifs d'autres pays ; les lignes de fracture éventuelles du mouvement militant.

ÉQUIPE DE RECHERCHE

Notre équipe regroupe des chercheur·e·s en droit, sociologie et anthropologie rattaché·e·s à des laboratoires de recherche français, belges et canadiens. Elle a été soutenue par deux attachées de recherche appartenant à ces laboratoires.

PORTEUSE DU PROJET

Laurence Hérault, Professeure d'anthropologie, Aix-Marseille Université,

Institut d'ethnologie méditerranéenne, européenne et comparative (IDEMEC), UMR 7307.

CO-CHERCHEUR·E·S

Jérôme Courduriès, Maître de conférences en anthropologie, Université Toulouse Jean Jaurès, Laboratoire interdisciplinaire Solidarité, sociétés, territoires (LISST), Centre d'Anthropologie Sociale (CAS), UMR 5193

Christine Dourlens, Maître de conférences en sociologie, Université Jean Monnet Saint-Etienne, Laboratoire Triangle, UMR 5206, ENS de Lyon

Nicole Gallus, Avocate, professeure à l'Université libre de Bruxelles

Michelle Giroux, Professeur en droit civil, Université d'Ottawa, Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l'enfant (LRIDE), Centre de droit, politique et éthique de la santé (CDPES)

Marie Annik Grégoire, Professeur agrégée à la faculté de droit de l'Université de Montréal, Chercheure associée à la Chaire Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés

Benjamin Moron-Puech, Maître de conférences en droit privé, Université Panthéon-Assas, Laboratoire de sociologie juridique, EA 3381

Philippe Reigné, Professeur de droit au Conservatoire national des arts et métiers (CNAM), Laboratoire interdisciplinaire pour la sociologie économique, UMR 3320

ATTACHÉES DE RECHERCHE

Mylène Hernandez, Docteure en anthropologie de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, Laboratoire interdisciplinaire Solidarité, sociétés, territoires (LISST), Centre d'Anthropologie Sociale (CAS), UMR 5193

Chloé Vallée, Doctorante en anthropologie, Aix-Marseille Université, Institut d'ethnologie méditerranéenne, européenne et comparative (IDEMEC), UMR 7307

MÉTHODOLOGIE

Les volets juridique et socio-anthropologique ont été développés de manière complémentaire et ont donné lieu à plusieurs réunions de travail des différents membres de l'équipe. L'enquête socio-anthropologique n'a été conduite qu'en France, comme initialement prévu, car le financement obtenu ne permettait pas de l'étendre aux autres pays.

Dans le cadre du volet juridique, nous avons conduit, d'une part, une analyse du droit français depuis 1992 en nous centrant plus particulièrement sur les dernières avancées législatives qui ont abouti au vote de l'article 18 quater de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle. Dans l'objectif de documenter le travail législatif, un entretien a également été réalisé par un juriste de l'équipe auprès de deux parlementaires engagées de longue date dans les propositions législatives présentées en France et notamment dans la dernière proposition de loi.

Nous avons parallèlement conduit une analyse de différents droits nationaux étrangers. Parmi les différentes législations étrangères retenues, nous avons particulièrement prêté attention aux droits québécois et belge qui nous semblaient particulièrement productifs au regard de la situation française.

Au Québec, les droits civils et fondamentaux des personnes sont essentiellement régis par deux textes phares : Le *Code civil du Québec* et la *Charte des droits et libertés de la personne* (aussi appelée « Charte québécoise »). La relation particulière et fondamentale entre ces deux textes piliers du droit privé québécois est par ailleurs reconnue à la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* qui prévoit, à son premier paragraphe que « [le] *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». Or, ces deux textes, ainsi que le *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* y associé, ont été modifiés en 2015 et en 2016 afin d'assurer un plus grand respect et une meilleure protection des droits des personnes trans', tant majeures que mineures.

En Belgique le changement d'état civil des personnes trans' relevait, jusqu'à très récemment, de la loi « relative à la transsexualité » du 10 mai 2007 qui avait déjudiciarisé la procédure mais sous conditions médicales strictes (attestation psychiatrique et attestation médicale de stérilité). La Belgique soumise, comme la France, aux directives et recommandations européennes (notamment rapport Hammarberg de 2010 et résolution n° 1728 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 2010 jugeant contestable la stérilisation ou toute autre procédure médicale comme condition préalable au changement des documents officiels) a entamé une réforme de sa législation en 2017. La nouvelle loi 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 sur les actes de l'état civil et ses effets », se revendique du droit à l'auto-détermination et rompt avec l'approche pathologique précédente puisque les conditions de stérilisation et de psychiatrisation sont supprimées. Nous avons donc analysé ces changements récents au Québec et en Belgique au regard des situations antérieures.

Dans le cadre du volet socio-anthropologique, nous avons privilégié une approche qualitative permettant de recueillir le point de vue et l'expérience des différents acteurs

par le biais d'entretiens de recherche. Il s'agissait notamment de favoriser la parole de nos interlocuteurs, d'éviter autant que possible les discours et réponses pré-construites, et d'atteindre une forme d'authenticité dans les réponses obtenues. C'est pourquoi l'entretien semi-directif, qui favorise la production d'un discours plutôt que de simples réponses à des questions pré-établies, a constitué notre outil d'enquête privilégié. Nous avons cependant sollicité l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) pour obenir des données chiffrées sur deux dimensions importantes de notre recherche : le nombre de personnes nées de sexe indéterminé par département entre 2013 et 2017 ; le nombre de changement de sexe et de prénoms par département et année de naissance depuis 2010.

1. L'ENQUÊTE AUPRÈS DES ASSOCIATIONS TRANS'

Pour recueillir les discours et pratiques militantes, nous avions prévu d'organiser des *focus groups*. Dans cette optique, les associations trans' en activité ont, dans un premier temps, été répertoriées par une assistante de recherche puis contactées via leur site ou par email. Afin d'avoir des interlocuteurs compétents sur la question de l'état civil, les associations qui se donnent comme des associations de personnes trans' ont été privilégiées. Cependant la fédération LGBT a également été contactée dans la mesure où elle porte de façon affirmée les revendications des personnes trans'.

Nous avions pensé organiser deux *focus groups* de cinq à six personnes représentant chacune une association. Au vu du nombre d'associations ayant répondu positivement, nous avons finalement opté pour l'organisation d'un seul *focus group* à Aix-en-Provence en juin 2016. Nous avons proposé en amont, quelques thèmes pour orienter la discussion. Chaque participant avait ainsi la possibilité de se prononcer sur les thèmes retenus par l'équipe et d'en proposer d'autres. Ceux que nous avions proposés ont tous été validés sans ajout. La discussion a été enregistrée avec l'accord des participants puis transcrite. Une synthèse écrite en a été établie par une assistante de recherche de l'équipe et a été envoyée à chaque participant pour validation. Un certain nombre de documents ont également été collectés auprès des associations dont certains seront inclus en annexe du rapport final.

2. L'ENQUÊTE AUPRÈS DES PERSONNES TRANS'

Notre recherche, débutée en 2015, prévoyait bien évidemment de recueillir l'expérience des personnes trans, premières concernées par les procédures de modification du sexe et des prénoms à l'état civil. La promulgation de la loi J21 a cependant quelque peu désorganisé la planification des entretiens initialement prévus. Il nous semblait, en effet, dès lors essentiel de documenter leur expérience dans ce nouveau cadre, ce qui nous a obligé à réaliser ces entretiens en tout fin de programme et à en recueillir en conséquence un peu moins que prévu.

Les participant·e·s ont été recruté·e·s via un appel à participation publié en septembre 2017. Une première version de l'appel a été rédigée en juin 2017 et soumise à la discussion des participant·e·s au *focus group* de 2016 de façon à élaborer un guide d'entretien relativement exaustif, susceptible d'embrasser l'ensemble des aspects de

l'expérience trans' concernant la prodédure judiciaire de changement de sexe à l'état civil et la procédure de modification du prénom prévues dans la loi J21. Cette première version, une fois amendée (suite aux commentaires reçus), a été publiée via le réseau associatif et un certain nombre de forums internet spécialisés sur les questions trans'. Il avait été prévu une quinzaine d'entretiens individuels avec des personnes trans' sans profil particulier. Ces personnes devaient seulement avoir réalisé un changement d'état civil récent (y compris avant la loi J21) ou être en cours de procédure ou encore envisager de le faire. Nous souhaitions, en effet, non seulement documenter les expériences directes mais aussi la façon dont les personnes programment un éventuel changement d'état civil dans le nouveau cadre législatif et ce qu'elles pensent des réformes à apporter dans le futur. Les thématiques qui ont été abordées dans le cadre des entretiens ont été les suivantes : (1) Le déroulement de la procédure de changement d'état civil (réalisée ou en cours). (2) La place de cette procédure dans le cours de la transition (à quel moment ? comment ? pourquoi ?) y compris pour celles et ceux qui ne l'ont pas encore réalisée. (3) Le contenu du dossier (pièces justificatives apportées). (4) Les aspects positifs et négatifs de cette procédure : facilités, difficultés, obstacles, ressenti, etc. (5) La mobilisation de l'entourage familial, amical ou professionnel (soutien, attestations, etc.). (6) La protection de la vie privée des proches (modification de leur propre état civil). (7) Les relations avec les professionnels de la justice ou de l'administration (avocats, magistrats, greffiers, officiers d'état civil). (8) Les avis sur la nouvelle loi et sur les législations étrangères connues.

Treize personnes ont répondu à l'appel et les entretiens réalisés ont été enregistrés et intégralement retranscrits. Dans le présent rapport, leur anonymat a été préservé via l'emploi de pseudonymes. Pour les mêmes raisons nous ne mentionnerons pas leur lieu de résidence mais l'enquête s'est déroulé dans les régions suivantes : Auvergne-Rhône-Alpes, Bretagne, Centre-Val-de-Loire, Grand-Est, Hauts-de-France, Ile-de-France, Pays-de-la-Loire, Provence-Alpes-Côte d'Azur et dans un département d'outre-mer (via skype). La taille des agglomérations de résidence était également assez diversifiée : deux des personnes rencontrées résidaient dans des capitales régionales, trois dans des villes de 100 à 150 000 habitants, cinq dans des villes de 40 à 80 000 habitants et enfin trois dans des villages de moins de 5 000 habitants.

Participant·e·s	**Genre**	**État matrimonial**	**Profession**	**Âge**	**Enfant(s)**	**Situation au regard du CEC**
Adami Brigitte	F	Divorcée	Sans emploi		2 majeurs	J21 en cours
Anbriot Raphaëlle	F	Pacsée	Informaticienne	33	1 mineur	Jur1992 prénom / J21 TGI sexe obtenu
Berliner Marielle	F	Divorce en cours	Informaticienne		2 mineurs	J21 prénom obtenu / sexe en projet
Brenot Sylvie	F	Mariée (2011)	Retraitée		1 majeur	J21 en projet
Delerme Cenydd	M	Pacsé	Traducteur	36	Sans	J21 TGI sexe et prénom obtenus
Chaffrey Elise	F	Mariée (1983)	Retraitée	56	2 majeurs	Jur1992 sexe et prénom obtenus
Coutellier Patricia	F	En couple	Professeure	51	2 mineurs	Belgique 2011 obtenu/transcription EC français

Lacaze Alix	F	Célibataire	Reprise d'études		Sans	J21 prénom obtenu / sexe en projet
Massard Sabine	F	En couple	Photographe	38	1 mineur	J21 TGI sexe et prénom obtenus
Masson Justine	F	Divorce en cours	Sans emploi	42	2 mineurs	J21 TGI sexe et prénom obtenus
Pons Carine	F	Mariée (2010)	Sans emploi	38	2 mineurs	J21 TGI sexe et prénom obtenus
Ruiz Pauline	F	Célibataire	Sans emploi		Sans	J21 prénom obtenu / sexe en projet
Villatte Louise	F	En couple	Ambulancière	44	1 mineur	J21 prénom obtenu / sexe en projet

3. L'ENQUÊTE AUPRÈS DES MAGISTRATS ET DES AVOCATS

Un appel à participation a été envoyé à un certain nombre de magistrats : quinze juges du siège de tribunaux de grande instance et dix-sept juges du parquet de tribunaux dans des tribunaux de grande instance, ainsi qu'un juge du parquet d'une cour d'appel. Ce dernier a proposé de relayer notre appel à participation auprès des parquettiers des tribunaux de grande instance de son ressort. Si bien qu'au total, quarante-cinq juges ont été sollicités. Ces juges ont été contactés parce qu'ils exercent dans des juridictions aux profils démographique et géographique variés : elles se situent en Île de France, dans plusieurs autres régions et leur ressort peut être très urbain ou plus mixte. Afin d'utiliser au mieux le temps dédié à cette partie de la recherche, il a été décidé de contacter, parmi ces magistrats, des magistrats que nous connaissions déjà, parce que nous avions eu l'occasion en d'autres temps de les rencontrer ou encore parce qu'il était notoire qu'ils avaient eu à traiter des dossiers de demande de changement de sexe. Sur les quarante-cinq juges sollicités, treize seulement ont répondu favorablement à la demande d'un entretien mais finalement six seulement (toutes des femmes) ont formellement accepté de donner suite à notre invitation.

Le fait de mener ces entretiens dans les dernières semaines du programme a compliqué singulièrement notre tâche. Néanmoins, les hasards de l'actualité législative qui a abouti à de nouvelles dispositions en matière de changement de sexe dès fin mai 2017, ont donné une matière très riche aux entretiens avec les magistrats qui ont pu ainsi non seulement commenter le changement introduit par la loi, mais également rendre compte d'une expérience modifiée par ces dernières évolutions.

En parallèle à ces entretiens menés avec des magistrats, il a été décidé, de compléter l'enquête par des entretiens avec des avocats. Deux avocats, qui ont eu à représenter à plusieurs reprises, voire à de nombreuses reprises, des personnes requérant un changement de sexe à l'état civil, ont pu être rencontrés.

Sur les huit entretiens finalement réalisés, un avocat et un magistrat ont refusé d'être enregistrés, malgré les assurances données en matière d'anonymat et de confidentialité.

La défiance ainsi exprimée par ces deux professionnels à l'égard de l'usage, de la diffusion et de la réception de leur parole peut avoir plusieurs significations. Elle peut être mise en relation avec la difficulté à rencontrer des magistrats disponibles pour participer à cette recherche. Le sujet de la transidentité n'est peut-être pas, dans le monde de la Justice, un sujet tout à fait comme les autres, sur lequel peuvent encore

peser quelques tabous ou qui peut être perçu, à cause de son potentiel polémique, comme sulfureux. Dans un monde social marqué par des discours souvent polémiques à l'égard de l'expérience du genre, et, au plan scientifique, des études de genre, les magistrats peuvent en effet s'avérer rétifs à toute expression publique ou semi-publique en-dehors du huis-clos du tribunal et des affaires qu'ils traitent. Il faut aussi considérer que les affaires concernant un changement de sexe à l'état civil représentent une part infime du travail des magistrats, spécialement dans les tribunaux de grande instance qui couvrent des zones à plus petite densité démographique. Si, dans les TGI de taille importante, ces affaires peuvent représenter quelques dizaines par an (d'après les magistrats rencontrés), dans des TGI de moindre taille, elles peuvent tomber à trois ou quatre par an. Si bien que beaucoup de magistrats, considérant que leur expérience dans le domaine est peu importante, en particulier depuis le changement législatif au printemps 2017, ont pu considérer que leur contribution à la recherche ne serait pas décisive. Il faut enfin considérer la charge de travail des magistrats. Sur les six magistrats rencontrés, un magistrat m'a certes accordé un long entretien, mais pendant un jour de congé (et pour l'occasion elle avait embauché une *baby-sitter*) et un autre m'a accordé un entretien qui a duré *seulement* quarante minutes, un entretien qui a souvent été entre-coupé d'appels téléphonique et d'irruption du greffier qui informait le magistrat que deux justiciables l'attendaient avec leurs avocats.

4. L'ENQUÊTE AUPRÈS DES MÉDECINS

Cette enquête a été menée auprès de professionnels du soin exerçant ou non au sein des équipes hospitalières françaises. Les professionnels interrogés sont majoritairement des médecins, essentiellement endocrinologues, psychiatres et chirurgiens et phoniatre, auxquels s'ajoutent trois psychologues et une orthophoniste. Trois entretiens ont été conduits auprès d'avocats attachés aux équipes hospitalières ou très impliqués dans les procédures de changement d'état civil des personnes trans'. En tout, dix-huit entretiens ont été conduits et intégralement retranscrits.

La programmation des entretiens avec les médecins des équipes hospitalières a rencontré un certain nombre de difficultés. Certaines demandes de rencontres ont, dans un premier temps été mises en échec. Le plus souvent cet échec s'est traduit par une absence de réponses malgré des relances successives, plus rarement par un refus. Certains témoignages attendus n'ont, donc, pu être recueillis.

L'enquête a été complétée par la participation en octobre 2016 à Bordeaux et en octobre 2017 à Lyon à deux congrès de la SOFECT, association qui regroupe principalement des médecins issus d'équipes hospitalières. Elle a pu également bénéficier de la consultation d'un certain nombre d'archives privées mises à notre disposition.

La recherche a pris aussi appui sur une enquête antérieure consacrée à la prise en charge médicale des personnes trans'[4]. Elle a notamment mobilisé les données et

[4] Thomas Bujon et Christine Dourlens, « Entre médicalisation et dépathologisation. La trajectoire incertaine de la question trans' », *Sciences Sociales et Santé*, 2012/3, vol. 30. Thomas Bujon et Christine Dourlens, « Les médecins aux bords de leurs savoirs, les concertations pluridisciplinaires », *Revue d'Anthropologie des connaissances*, 2016/1, volume 10, n° 1, p 95-120.

réflexions issues de l'observation pendant quatre ans des réunions de concertation pluridisciplinaires (RCP) d'une équipe hospitalière ainsi que le contenu des entretiens réalisés avec l'ensemble des membres de cette équipe.

Professionnels enquêtés	**Équipe hospitalière**	**Hors équipe hospitalière**
1. Psychiatre	Lyon	
2. Endocrinologue	Lyon	
3. Psychiatre	Paris	
4. Psychologue	Paris	
5. Chirurgien	Bordeaux	
6. Chirurgien	Bordeaux	
7. Psychiatre	Bordeaux	
8. Avocat	Bordeaux	
9. Psychiatre		Grenoble
10. Orthophoniste		Paris
11. Phoniatre	Paris	
12. Psychiatre		Paris
13. Psychiatre		Paris
14. Psychologue		Paris
15. Psychologue		Paris
16. Psychologue	Marseille	
17. Psychiatre		Lyon
18. Avocat	Marseille	
19. Avocat		Paris

NOTE SUR LE VOCABULAIRE UTILISÉ

Les termes utilisés dans les différentes législations ou textes français et étrangers pour désigner les personnes trans' et la transidentité sont extrêmement divers. On peut trouver ainsi *transsexuel, transsexualité, transsexualisme, transgenre,* voire *syndrome de transsexualisme, dysphorie de genre, trouble de l'identité de genre*, etc. On peut également assister à des changements de terminologie entre des législations anciennes et d'autres plus récentes. Face à cette diversité et aux problèmes d'appréhension des personnes qu'elle soutend, nous avons choisi de rendre les catégories utilisées par les différents législateurs entre guillements à titre de citations.

Pour ce qui concerne notre usage terminologique, nous avons retenu le terme *trans'* (utilisé le plus souvent en tant qu'adjectif) que nous comprenons comme un terme générique désignant toutes les personnes qui se reconnaissent comme telles, quels que soient, par ailleurs, le type de transition réalisée ou souhaitée et le type d'identification privilégiée par ces personnes (binaire ou non binaire). De même nous utiliserons le terme *transidentité* qui nous semble désigner, mieux que d'autres, l'expérience identitaire de la transition de genre qui vient soutenir nombre de modifications de l'état civil. Enfin, nous

utiliserons le terme *intersexe* pour désigner les personnes qui se revendiquent comme telles et le terme *intersexué* pour les personnes qui présentent des spécificités corporelles rendant difficile leur assignation à l'une des deux catégories de sexe reconnues mais qui ne se revendiquent pas nécessairement comme intersexe.

PREMIÈRE PARTIE

DE L’ASSIGNATION DU SEXE

À L’AFFIRMATION DU GENRE EN DROIT

À la suite de la Révolution française et de l'avènement d'une société bureaucratique procédant à l'enregistrement de ces citoyens pour mieux les compter, notamment dans un contexte de conscription et de crainte de falsification, l'état civil des citoyens a été figé bien plus qu'il n'avait pu l'être dans les siècles passés[5]. L'emprise de l'État sur l'état civil de ses citoyens n'était pas toutefois absolue puisque, par le jeu notamment de l'union matrimoniale, quelques modifications pouvaient être apportées à l'acte de naissance (mention du mariage ou du divorce) ou aux titres d'identité forgés à partir de cet acte de naissance (notamment pour le nom de la femme mariée). Progressivement cependant, ce caractère relativement figé s'est estompé et les modifications de nom et de prénom ont été progressivement admises, la crainte révolutionnaire de la falsification de cet état civil se faisant moindre. Le sexe cependant échappait assez largement à ce mouvement de libéralisation de l'état civil. Mis à part les cas d'intersexuation — on parlait alors plus volontiers d'hermaphrodite — où des changements étaient permis *via* une action en rectification[6], le sexe échappait à cette emprise. Du fait de l'état civil étatisé et nationalisé, il n'était plus possible après la Révolution pour les personnes désirant changer de genre de faire modifier leur état civil, alors qu'auparavant il leur suffisait de changer de village et de refaire leur vie dans le genre revendiqué[7]. L'ancrage biologique du sexe, l'absence de distinction des concepts de sexe et de genre et enfin l'importance de la dualité des sexes dans les sociétés constituaient autant d'obstacles aux requêtes de personnes réclamant sur leur acte de naissance l'inscription d'un genre distinct du sexe qui avait été inscrit à la naissance.

Progressivement, cependant, sous l'influence de la promotion des droits fondamentaux à l'issue de la seconde guerre mondiale, l'immutabilité de la mention du sexe inscrite sur l'acte de naissance a commencé à se fissurer. C'est ainsi que toutes les évolutions importantes du droit français sont liées au droit européen :

- L'admission du principe du changement de la mention du sexe en 1992 est liée à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ;
- La modification des conditions du changement opérée entre 2010 et 2012 par voie de circulaire et de décisions de justice est la conséquence de l'adoption d'un rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe portant sur les personnes trans' ;
- Le nouvel assouplissement des conditions du changement par une loi du 18 novembre 2016 est également lié à l'anticipation de condamnations annoncées du système antérieur par la Cour européenne des droits de l'homme.

À ce jour, toutefois, ce mouvement ne semble pas achevé puisque les récents assouplissements n'ont pas fait taire les demandes des personnes trans' qui continuent à mobiliser le discours des droits fondamentaux pour contester les conditions encore restrictives qui leur sont opposées lorsqu'elles souhaitent affirmer un genre distinct du

---

[5] Anne LEFEBVRE-TEILLARD, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, PUF, 1996.

[6] Benjamin MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de Master II, D. Fenouillet (dir), Université Paris II – Panthéon-Assas, Banque de mémoires, https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/10dd4242-a25c- 462b-8283-cb99a843f1d2, 2010 ; Geertje MAK, *Doubting sex. Inscriptions, bodies and selves in nineteenth century hermaphrodite case histories*, Manchester University Press, 2012.

[7] Pierre-Olivier CHAUMET, Le transgenre : une histoire de tous les temps, LEH, 2015.

sexe inscrit sur leur acte de naissance. La contestation a en outre pris une nouvelle tournure avec la mise en cause par des personnes trans' ou intersexes de la binarité dans laquelle cette mention du sexe est enfermée ou encore avec la remise en cause de la pertinence même d'une inscription du sexe sur l'acte de naissance.

Pour tenter de comprendre ces évolutions et d'anticiper celles à venir, cette première partie entend présenter un état du droit français, mais aussi des droits étrangers et du droit international. En effet, les droits étrangers sont des sources d'inspiration pour le législateur français et, quant au droit européen, il est une contrainte non négligeable pour les autorités françaises puisque, d'une part, la circulation sur le territoire français d'individus ayant un état civil ne correspondant pas aux standards français peut venir mettre à mal la cohérence de notre système, et que, d'autre part, les décisions des juridictions européennes prononcées à l'encontre de la France ou d'autres pays européens contraignent *de facto* les autorités françaises à modifier leur législation.

Les problèmes ne se posant pas tout à fait de la même façon en droit interne et en droit international — il faut dans le second cas tenir compte de la pluralité des législations en cause — ces droits seront étudiés séparément, en commençant par la situation la plus simple du droit interne.

I. DROIT FRANÇAIS

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a profondément modifié le droit français ; elle substitue à des solutions prétoriennes complexes et souvent incertaines, des dispositions législatives[8], complétées de dispositions réglementaires[9], commentées par une circulaire administrative[10] ; en outre, elle abandonne les critères médicaux retenus par les juges (syndrome du transsexualisme, traitements hormonaux et opérations chirurgicales, irréversibilité de la transformation de l'apparence, etc.) au profit de critères sociaux. En revanche, elle laisse de côté la question de la binarité et la dualité des mentions (sexe féminin ou sexe masculin), abandonnée à la lumière des tribunaux.

Il convient tout d'abord de préciser les mentions de sexe disponibles avant que d'exposer le droit applicable au changement de la mention du sexe à l'état civil.

LES MENTIONS DE SEXE DISPONIBLES

1. LES TEXTES

Le premier alinéa de l'article 57 du code civil prescrit de porter, sur l'acte de naissance de l'enfant, le sexe de celui-ci, mais ne précise pas le contenu de cette mention. Il ne fait aucun doute que, selon le cas, l'acte de naissance peut indiquer « du sexe féminin » ou « du sexe masculin ». Une autre indication est-elle admise ? Les rédacteurs de la circulaire du 28 octobre 2011 sont hostiles à ce que soit portée, sur l'acte de naissance d'un nouveau-né de « sexe incertain », la mention « de sexe indéterminé », admettant seulement qu'« avec l'accord du procureur de la République, […] aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance », sous réserve qu'il puisse « être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de

[8] Art. 61-5 à 61-8 du code civil.

[9] Décret n° 2017-450 du 29 mars 2017 relatif aux procédures de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil (art. 1055-5 à 1055-9 du code de procédure civile et art. 16-1 du décret n° 74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille).

[10] 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 XXIe siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil : BOMJ n° 2017-05 du 31 mai 2017 (NOR : JUSC1709389C).

traitements appropriés[11] ». Cette solution est d'une légalité douteuse[12] ; en effet, le premier alinéa de l'article 57 du code civil dispose que « l'acte de naissance énoncera […] le sexe de l'enfant », sans prévoir la possibilité de différer l'indication de cette mention. En outre, elle oblige à compléter l'acte de naissance de l'enfant par décision judiciaire[13]. Par ailleurs, elle présuppose que l'intersexuation est une anomalie qui doit être supprimée par un traitement médical ; ce qui est aujourd'hui très fortement critiqué[14].

Il convient cependant de souligner que les catégories de sexe et leur binarité découlent de nombreux textes. On peut notamment citer, outre les articles 1er et 3 de la Constitution, les articles 388, alinéa 1er, et 980 du code civil, 713-3, alinéa 3, et 723-3, alinéa 3, du code pénal, 255 du code de procédure pénale, L. 131-1, alinéa 1er, du code de l'éducation, etc.[15].

2. LA JURISPRUDENCE

Trois décisions, statuant sur la possibilité d'indiquer sur les registres de l'état civil une troisième mention, ont été récemment rendues dans la même affaire, à la demande d'une personne intersexuée.

A. Le jugement du tribunal de grande instance de Tours du 20 août 2015

La personne requérante, assignée à la naissance au sexe masculin et affirmant ne se sentir ni homme ni femme, a saisi, en application de l'article 99 du code civil, le tribunal de grande instance de Tours d'une demande de modification de son acte de naissance afin qu'y soit portée la mention « sexe neutre » ou, à défaut, la mention « intersexe », aux lieu et place de celle « sexe masculin ».

La juridiction tourangelle a fait droit à cette demande le 20 août 2015[16] ; elle a ordonné que soit substituée, sur les registres de l'état civil, à la mention « sexe masculin », celle « sexe neutre », assurant n'avoir aucunement l'intention de reconnaître l'existence d'un troisième sexe, mais prenant acte de « l'impossibilité de rattacher en l'espèce l'intéressé à tel ou tel sexe ». La solution était fondée sur le droit à l'autonomie

---

[11] Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation : BOMJL n° 2011-11 du 30 novembre 2011 (NOR : JUSC1119808C), § 55.

[12] V. M.-L. RASSAt, Sexe, médecine et droit, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p. 661 ; B. MORON-PUECH, Les intersexuels et le droit, mémoire de master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, n° 11.

[13] Circulaire du 28 octobre 2011, § 55.

[14] V. par ex. J. PICQUART, Ni homme ni femme, Enquête sur l'intersexuation, La Musardine, 2009, pp. 193 et s. ; B. MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées. Chantiers à venir », La Revue des droits de l'homme, vol. 11, 2017, nos 9-14.

[15] B. MORON-PUECH, Les intersexuels et le droit, mémoire préc., n° 9 et les réf. cit.

[16] TGI Tours, 20 août 2015 : D. 2015, p. 2295, note F. VIALLA ; AJ famille 2015 p. 613, obs. S. LE GAC-PECH ; D. 2016, p. 915, II, A, obs. M.-X. CATTO ; RDT Civ 2016, p. 77, obs. J. HAUSER ; Gaz. Pal. 5 janv. 2016, p. 91, note B. BLOQUEL ; adde J. HAUSER, Le mystère du chevalier d'Eon : JCP, éd. G, 26 oct. 2015, 1157 ; R. LIBCHABER, Les incertitudes du sexe : D. 2016, p. 20.

personnelle tel qu'il est entendu par la Cour européenne des droits de l'homme[17]. En revanche, les premiers juges ont relevé que la mention « intersexe » conduisait à « une catégorisation qu'il convient d'éviter (ne s'agissant pas de reconnaître un nouveau genre) et qui apparaît plus stigmatisante ».

B. L'arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 22 mars 2016

Le jugement du tribunal de grande instance de Tours a été infirmé par la cour d'appel d'Orléans, chambres réunies, qui, dans un arrêt du 22 mars 2016, déboute de ses demandes la personne intersexuée requérante[18].

Sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour admet que les personnes intersexuées puissent obtenir que « leur état civil ne mentionne aucune catégorie sexuelle » ou que « soit modifié le sexe qui leur a été assigné », tout en refusant, en l'espèce, le bénéfice de ces mesures ; en outre, elle écarte l'inscription d'une troisième mention à l'état civil, qui « reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle ».

La décision orléanaise a notamment été critiquée pour son manque de cohérence.

Selon la cour d'Orléans, le droit positif ne permet pas de « faire figurer, à titre définitif, une autre mention que sexe masculin ou sexe féminin, même en cas d'ambiguïté sexuelle », alors que la création d'une nouvelle catégorie sexuelle « relève de la seule appréciation du législateur ». Toutefois, la loi n'autorise pas non plus le juge à ordonner la cancellation de la mention du sexe sur les registres de l'état civil[19].

La juridiction orléanaise alléguait aussi le risque de stigmatisation des mineurs intersexués du fait de leur assignation dans une nouvelle catégorie sexuelle. L'argument prouve trop, outre que la personne requérante avait largement dépassé les dix-huit ans. L'omission de l'indication du sexe à l'état civil présente, en effet, le même risque[20].

---

[17] CEDH, 3e sect., 12 juin 2003, n° 35968/97, § 73 ; CEDH, 2e sect., 10 mars 2015, n° 14793/08, § 102 ; CEDH, 5e sect., nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13, 6 avril 2017, § 123.

[18] CA Orléans, 22 mars 2016 : D. 2016, p. 708 ; D. 2016, p. 1915, note Ph. Reigne ; JCP, éd. G, 27 avril 2016, 492, note F. Vialla ; AJ famille 2016 p. 261, obs. C. Siffrein-Blanc ; RTD Civ. 2016, p. 318, obs. J. Hauser ; Gaz. Pal. 12 juill. 2016, p. 81, note B. Bloquel ; Petites Affiches 2 mai 2016, p. 9, note M. Peron ; adde B. Moron-Puech, L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme : D. 2016, p. 904 ; Le droit des personnes intersexuées – chantiers à venir (1re partie), 3 juin 2016 : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01325272 ; D. Mazeaud, Pas de troisième sexe à la cour ! : JCP G 4 avril 2016, 389 ; J.-R. Binet, Sexe neutre : un utile rappel à la loi ! : Dr. famille mai 2016, étude 8.

[19] B. Moron-Puech, L'identité sexuée des personnes intersexuées, n° 2.

[20] B. Moron-Puech, art. préc., loc. cit.

C. L'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017

Le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans est rejeté par la Cour de cassation par une décision de principe du 4 mai 2017[21].

La Haute juridiction a tout d'abord jugé que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ». Elle s'est ensuite livrée à un contrôle de proportionnalité destiné à mesurer la compatibilité de la règle ainsi énoncée avec le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, retenant, en premier lieu, que « 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 » pour considérer, en second lieu, 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 ».

C'est la première fois, ce semble, que la Cour de cassation apprécie avec autant de rigueur la conformité du droit français avec les stipulations de la Convention européenne. S'il est sans doute excessif d'affirmer que la dualité des mentions relatives au sexe constitue encore aujourd'hui un « élément fondateur » de l'organisation sociale et juridique, il n'est guère douteux que l'introduction d'une troisième mention nécessiterait de « nombreuses modifications législatives de coordination », faisant peser sur l'État français la charge de réformer partiellement le droit de la filiation et aussi d'adapter les règles de parité. Or, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pour déterminer le contenu des obligations positives incombant à l'État au titre du droit au respect de la vie privée (comme l'admission d'une troisième mention relative au sexe) il faut prendre en considération, d'une part, la situation concrète de l'individu, (« par exemple l'importance de l'intérêt en jeu ou la mise en cause de « valeurs fondamentales » ou d' « aspects essentiels » de sa vie privée, ainsi que l'impact sur l'intéressé d'un conflit entre la réalité sociale et le droit »), d'autre part, les conséquences, pour l'État, de l'obligation positive alléguée, (« par exemple le caractère ample et indéterminé, ou étroit et défini, de cette obligation ou l'ampleur de la charge que l'obligation fait peser sur lui »), l'État jouissant toujours d'une « certaine marge d'appréciation » [22]. Pour autant, il faut souligner que la personne requérante ne demandait pas la création d'une règle générale, mais seulement l'adaptation à son cas précis des règles gouvernant la seule inscription de la mention du sexe à l'état civil[23].

Enfin, la Cour de cassation, en jugeant que « la cour d'appel, qui a constaté que D. avait, aux yeux des tiers, l'apparence et le comportement social d'une personne de sexe masculin, conformément à l'indication portée dans son acte de naissance, a pu en

---

[21] Cass. 1re civ., 4 mai 2017, n° Q 16-17.189 : D. 2017, p. 1399, note J.-.PH. VAUTHIER et F. VIALLA ; JCP, éd. G, 2017, 696, avis Ph. INGALL-MONTAGNIER ; AJ Famille 2017, p. 354, note J. HOUSSIER ; Petites affiches 16 juin 2017, p. 18, note M. PERON ; Gaz. Pal. 4 juillet 2017, p. 91, note B. BLOQUEL ; adde M. GOBERT, Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister : JCP, éd. G, 2017, 716.

[22] CEDH, Grande Chambre, 16 juill. 2014, n° 43835/11, §§ 66 et 67.

[23] B. MORON-PUECH, « Le rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? » : D. 2017, p. 1408.

déduire, sans être tenue de le suivre dans le détail de son argumentation, que l'atteinte au droit au respect de sa vie privée n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi », paraît bien admettre que, si l'apparence de la personne demanderesse avait été différente, la règle de la dualité des mentions aurait pu être écartée, au prix, cependant, d'une importance excessive accordée à l'apparence physique, déjà critiquée par le Défenseur des droits dans sa décision cadre MLD-MSP-2016-164 du 24 juin 2016 rendue à propos de la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil instituée par la loi du 18 novembre 2016.

Un recours contre la France a été formé devant la Cour européenne des droits de l'homme.

LE CHANGEMENT DE SEXE

Le changement de la mention du sexe sur les registres de l'état civil est aujourd'hui gouverné par un ensemble de dispositions législatives et règlementaires. Toutefois, il est nécessaire d'exposer préalablement le droit jurisprudentiel antérieur, qui éclaire les choix du législateur et du gouvernement, puis les textes qui lui ont succédé et, enfin, les premières décisions rendues sur le fondement des dispositions nouvelles.

1. LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE A LA LOI DU 18 NOVEMBRE 2016

A. L'interdiction initiale de changer de catégorie de sexe

L'impossibilité de changer la mention du sexe à l'état civil a d'abord été fondée par la Cour de cassation sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes[24]. C'était sans doute donner à ce principe une portée qu'il n'avait pas. En effet, le principe de l'indisponibilité de l'état traduisait seulement l'idée selon laquelle « toute convention, cession entre vifs ou à cause de mort, transaction, renonciation à cause de mort ou renonciation contraire à l'état légalement imposé est nulle de nullité absolue[25] ». C'est peut-être pourquoi la Cour de cassation a ensuite abandonné la référence au principe de l'indisponibilité de l'état pour retenir qu'une conversion sexuelle complète ne permet pas l'acquisition de tous les caractères du « sexe opposé »[26], adoptant implicitement une conception du sexe entendu comme une conjonction concordante de caractères génétiques, anatomiques et physiologiques[27].

---

[24] Cass. 1re civ., 16 décembre 1975 : Bull. civ. I, n° 374 ; D. 1976, jurispr. p. 397, note R. Lindon (1re esp.).

[25] F. TERRE et D. FENOUILLET, Droit civil, Les personnes, 8e éd., Dalloz, 2012, n° 131.

[26] V. not. Cass. 1re civ., 21 mai 1990 : Bull. civ. I, n° 117 ; D. 1991, jurispr. p. 169, rapp. J. MASSIP ; JCP, éd. G, 1990, II, 21588, rapp. J. MASSIP, concl. F. FLIPO (1re, 2e et 3e esp.) ; Cass. 1re civ., 18 décembre 1990 : Juris-Data n° 1990-003728 ; Cass. 1re civ., 5 février 1991 : Juris-Data n° 1991-000823 ; rappr. Cass. 1re civ., 3 et 31 mars 1987 : D. 1987, jurispr. p. 445, note P. JOURDAIN (2 arrêts).

[27] Cass. 1re civ., 7 juin 1988 : Bull. civ. I, n° 176 ; Cass. 1re civ., 10 mai 1989 : Bull. civ. I, n° 189.

B. Le changement de catégorie dans la pathologie

Après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, pour violation du droit au respect de la vie privée [28], la Cour de cassation a subordonné le changement de la mention du sexe sur les registres de l'état civil à la réunion de quatre conditions ; il fallait présenter le syndrome du transsexualisme, suivre un traitement médico-chirurgical dans un but thérapeutique, n'avoir plus tous les caractères de son sexe d'origine, avoir pris une apparence physique proche du sexe revendiqué et avoir adopté le comportement social correspondant à celui-ci[29]. Enfin, la réalité du syndrome du transsexualisme devait être établie par une expertise judiciaire[30]. On ne peut que relever la prééminence des critères médicaux.

Ces solutions étaient peu discutées, en jurisprudence comme en doctrine, jusqu'à la publication, en 2009, du rapport (document thématique) de M. Thomas Hammarberg, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, recommandant d'« 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[31] ». Le Gouvernement a alors retiré les troubles précoces de l'identité de genre de la liste des affections psychiatriques[32]. La direction des affaires civiles et du Sceau a ensuite appelé le ministère public à donner un avis favorable aux demandes de changement d'état civil présentées par les personnes trans', sans exiger ni expertise judiciaire ni ablation des organes génitaux, pourvu que soient démontrées la réalité du transsexualisme et l'irréversibilité des effets des traitements hormonaux pratiqués[33]. De son côté, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 29 avril 2010 la résolution n° 1728 (2010) affirmant le droit des personnes trans' à obtenir des documents officiels reflétant leur identité de genre[34].

Dans ce contexte, la Cour de cassation, par quatre arrêts de sa première chambre civile rendus en 2012 et en 2013, a assoupli et simplifié les conditions par elle posées à la modification de la mention du sexe à l'état civil[35]. D'une part, elle a rendu l'expertise

---

[28] CEDH, 25 mars 1992 : JCP, éd. G, 1992, II, 21955, note T. GARÉ ; D. 1993, jurispr. P. 101, note J.-P. MARGUÉNAUD.

[29] Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-12.373 et n° 91-11.900 : Juris-Data n° 1992-002867 ; Juris-Data n° 1992-002595 ; JCP G 1993, II, 21991, concl. M. JÉOL, note G. MÉMETEAU ; adde Cass. 1re civ., 18 oct. 1994, n° 93-10.730 : Juris-Data n° 1994-002160.

[30] V. Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490, préc.

[31] Th. Hammarberg, Droits de l'homme et identité de genre : Document thématique Cons. Eur., oct. 2009 pour la version française, p. 43.

[32] Décret n° 2010-125 du 8 février 2010

[33] Circ. DACS, n° CIV/07/10, 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil (NOR JUSC1012994C).

[34] Cons. Eur., résolution n° 1728 (2010), n° 16.11.2.

[35] Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490 et n° 10-26.947 : Juris-Data n° 2012-012147 ; Juris-Data n° 2012-012146 ; Dr. famille 2012, comm. 131, note Ph. REIGNE ; D. 2012, p. 1648, note F. VIALLA ; RJPF juill.-août 2012, p. 14, note I. CORPART ; Petites Affiches 3 août 2012, p. 11, note A. PHILIPPOT ; Cass. 1re civ., 13 févr. 2013, n° 11-14.515 et n° 12-11.949 : D. 2013, p. 1089, note J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; AJ famille 2013, p. 182, note G. VIAL ; RTD civ. 2013, p. 344, obs. J. HAUSER ; Dr. famille 2013, comm. 48, note Ph. REIGNE.

judiciaire facultative en la matière[36], faisant retour au droit commun[37]. D'autre part, elle a réduit de quatre à deux le nombre des conditions du changement d'état civil, celui-ci étant subordonné à la double démonstration, par la personne trans', de la réalité du syndrome transsexuel et du caractère irréversible de la transformation de son apparence. Cette dernière condition était manifestement inspirée des conclusions d'un rapport de la Haute autorité de santé, suggérant de faire de l'irréversibilité des effets d'une hormono-substitution une possible condition de modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance « sans aller jusqu'à l'opération de réassignation sexuelle[38] ». La circulaire de la direction des affaires civiles et du Sceau du 14 mai 2010 avait aussi adopté cette proposition[39]. Pour la Haute autorité de santé, un traitement hormonal peut supprimer « certains aspects physiologiques, notamment la fécondité, d'une façon qui peut être irréversible[40] ». Sans doute l'Académie nationale de médecine, dans un avis du 25 mars 2014, a-t-elle pris le contre-pied de cette affirmation, retenant qu' « il n'y a pas d'arguments documentés démontrant que les traitements hormonaux utilisés chez les personnes changeant de sexe entraînent des modifications irréversibles de la gamétogenèse et empêchent la fertilité de pouvoir s'exprimer naturellement ultérieurement [41] ». Toutefois, les juges du fond, lorsqu'ils se satisfaisaient d'un traitement hormonal, s'efforçaient, en pratique, de s'assurer de l'incapacité de procréer des personnes sollicitant un changement d'état civil[42]. Il s'agissait donc bien de rendre stériles les personnes trans', 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, tout en autorisant le changement de la mention du sexe avant le terme d'une réassignation sexuelle complète. C'était en effet un grief souvent formulé à l'encontre des solutions jurisprudentielles : le changement d'état civil intervenait trop tard, au terme d'un parcours médical long et compliqué, méconnaissant ainsi les exigences de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif au droit au respect de la vie privée et familiale.

Dans ses arrêts de 2013, la Cour de cassation a justifié le dernier état de sa jurisprudence au regard du droit au respect de la vie privée en relevant que les conditions par elle posées au changement de la mention du sexe sur l'acte de naissance « se fondent sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes, d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain, d'autre part[43] ». La Cour européenne des droits de l'homme en a jugé autrement, condamnant la France pour avoir placé « les personnes transgenres ne souhaitant pas

---

[36] Cass. 1re civ., 7 juin 2012, préc.

[37] Art. 263 du code de procédure civile : « L'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge. »

[38] Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France : Rapp. nov. 2009, p. 47.

[39] Circ. DACS, n° CIV/07/10, 14 mai 2010, préc.

[40] Haute autorité de santé, rapp. préc., p. 47 ; adde Rép. min. n° 14524 : JO Sénat Q 30 déc. 2010, p. 3373.

[41] Académie nationale de médecine, Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel, 25 mars 2014, p. 7.

[42] V. TGI Agen, 14 juin 2012, R.G. n° 12/00000214, inédit.

[43] Cass. 1re civ., 13 févr. 2013, préc.

suivre un traitement de réassignation sexuelle intégrale devant un dilemme insoluble : soit subir malgré elles une opération ou un traitement stérilisants ou produisant très probablement un effet de cette nature, et renoncer au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique, qui relève notamment du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention ; soit renoncer à la reconnaissance de leur identité sexuelle et donc au plein exercice de ce même droit[44] ».

Pour être complet, il convient d'ajouter que les actions en modification de l'état civil étaient fondées sur l'article 99 du code civil, relatif à la rectification des actes d'état civil, alors que cette action est très certainement une action innommée en réclamation d'état[45].

2. LA LOI DU 18 NOVEMBRE 2016

A. L'article 56 de la loi du 18 novembre 2016

Le II de l'article 56 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle insère, au chapitre II du titre II du livre Ier du code civil, une section 2 bis spécialement consacrée, selon son intitulé, à « la modification de la mention du sexe à l'état civil »[46]. La nouvelle section 2 bis comprend quatre articles, numérotés de 61-5 à 65-8 ; les deux premiers ont trait aux conditions et à la procédure de changement d'état civil ; les deux derniers portent sur la publicité et les effets de la modification de la mention du sexe à l'état civil.

Il convient de relever que les dispositions nouvelles permettent, en principe, à une personne trans' d'obtenir, en deux temps, la modification de son acte de naissance ; en effet, le I de l'article 56 précité opère une large déjudiciarisation de la procédure de changement de prénom au profit de l'officier d'état civil du lieu de résidence de la personne requérante ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé[47]. Or, le changement de prénom, « afin qu'il corresponde au sexe revendiqué », figure parmi les faits dont la « réunion suffisante » autorise, aux termes de l'article 61-5 du code civil, la modification de la mention du sexe sur les registres de l'état civil.

Dans le silence de la loi, les dispositions nouvelles sont entrées en vigueur le 20 novembre 2016 et s'appliquent aux instances en cours à cette date[48].

---

[44] CEDH, 6 avril 2017 (§ 132) : D. 2017, p. 1027, note J.-Ph. VAUTHIER et F. VIALLA ; AJ famille 2017, p. 299, obs. F. VINEY ; rappr. CEDH, 10 mars 2015 : Juris-Data n° 2015-004200 ; JCP, éd. G, 2015, act. 336, obs. A. SCHAHMANECHE ; D. 2015. 682 ; RTD civ. 2015, p. 331, obs. J.-P. MARGUENAUD, et p. 349, obs. J. HAUSER ; RDSS 2015, p. 643, note S. PARICARD ; Rev. droits de l'homme, act. droits-libertés, mars 2015, note B. MORON-PUECH ; Dr. famille 2015, comm. 113, obs. F. MARCHADIER.

[45] TGI Besançon, 19 mars 2009 : Dr famille 2011, comm. 33, note Ph. REIGNE ; F. GRANET-LAMBRECHTS et C. BERNARD-XEMARD, JCl. civil code, art. 99 à 101, fasc. 30, n° 26.

[46] V. A. MARAIS, Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! : JCP, éd. G., 2016, 1164 ; Ph. REIGNE, Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle : JCP, éd. G, 2016, 1378 ; F. VIALLA, Loi de modernisation de la justice du XXIe siècle : changement de la mention du sexe à l'état civil : D. 2016, p. 2351.

[47] Art. 60 du code civil.

[48] Circulaire du 10 mai 2017, p. 10 (avec une erreur sur l'année : 2017 au lieu de 2016).

Le II de l'article 56 de la loi du 18 novembre 2016 trouve sa source dans un amendement parlementaire[49], sous-amendé par le Gouvernement[50] ; il avait été précédé de très nombreuses initiatives, administratives ou parlementaires.

B. Les initiatives administratives et parlementaires

Les initiatives administratives

Le programme d'actions gouvernemental contre les violences et les discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, adopté le 31 octobre 2012, prévoyait la saisine de la Commission nationale consultative des droits de l'homme « pour répondre à la question de la définition et de la place de "l'identité de genre" dans le droit français, et à celle du changement d'état civil[51] ».

La saisine invitait tout d'abord la Commission à se prononcer sur la substitution du critère de l'identité de genre à celui de l'identité sexuelle dans les textes prohibant la discrimination envers les personnes trans' ; elle interrogeait ensuite la Commission sur la possibilité de simplifier la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil[52]. La Commission a rendu son avis le 27 juin 2013[53].

Dans son avis, la Commission recommandait la suppression des conditions médicales posées par la jurisprudence au changement d'état civil[54], mais maintenait le caractère judiciaire de la procédure tout en l'atténuant ; la demande aurait pris la forme d'une déclaration, étayée de deux témoignages « attestant de la bonne foi du requérant » et reçue par l'officier d'état civil pour être homologuée par le juge[55].

Les initiatives parlementaires

Les initiatives parlementaires, trop nombreuses pour être intégralement rapportées ici, ont principalement pris la forme de propositions de lois[56]. Trois propositions de loi relatives à la modification de la mention du sexe ont été déposées depuis 2011 ; aucune n'a été soumise à examen.

La proposition de loi présentée par Madame Michèle DELAUNAY *et alii*, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011, prévoyait une procédure judiciaire démédicalisée[57] ; une requête en « rectification » de la mention du sexe devait

---

[49] Amendement n° 282 rectifié : Ass. nat., 12 mai 2016.

[50] Amendements n°s 400, 401 et 402 : Ass. nat., 19 mai 2016.

[51] Programme, p. 12.

[52] V. la lettre commune de la garde des Sceaux et de la ministre des Droits des femmes du 8 janvier 2013.

[53] J.O. 31 Juillet 2013, texte n° 100. - V. M.-X. CATTO in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 11 juilllet 2013.

[54] Avis, n° 23.

[55] Avis, n° 30.

[56] De nombreux amendements ont aussi été déposés, notamment lors du vote du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, devenu la loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

[57] Doc Ass. nat., n° 1427 (13e législature).

être « présentée » au président du tribunal de grande instance « en présence d'au moins trois témoins capables », attestant « de la bonne foi du fondement de la requête » ; le changement d'état civil était décidé par le tribunal de grande instance, sauf « abus manifeste ».

Au contraire, la proposition de loi présentée par Madame Esther BENBASSA *et alii*, enregistrée à la présidence du Sénat le 11 décembre 2013, instituait une procédure administrative, elle aussi démédicalisée[58] ; dès lors que « la mention du sexe n'est pas conforme à son identité de genre ni à son comportement social et qu'elle est incompatible avec le respect de sa privée », la personne requérante pouvait en obtenir la modification ; un décret était nécessaire, sauf « décision implicite d'autorisation ».

Enfin, la proposition de loi présentée par Monsieur Bruno LEROUX *et alii*, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 29 septembre 2015, est à l'origine du II de l'article 56 de loi du 18 novembre 2016, après avoir été reprise sous la forme d'un amendement[59].

C. Les conditions de la modification de la mention du sexe

Le changement d'état civil est démédicalisé, mais est subordonné à l'existence d'une « réunion suffisante de faits ».

La démédicalisation du changement d'état civil

Suivant en cela l'avis rendu le 27 juin 2013 par la Commission nationale consultative des droits de l'homme[60], le législateur a écarté toute condition médicale, sans pour autant interdire de produire des éléments de cette nature[61]. La loi prévoit ainsi 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[62] ». De surcroît, au cours des débats parlementaires, a été supprimé le suivi de toute thérapie, initialement inscrit sur la liste indicative des faits probatoires permettant d'obtenir la modification de la mention du sexe[63]. En conséquence, l'exigence jurisprudentielle de la réalité du « syndrome transsexuel » n'est pas reprise dans la loi.

En revanche, est autorisée la production d'attestations médicales établissant que la personne requérante suit un traitement médical ou s'est soumise à une ou plusieurs opérations chirurgicales[64].

---

[58] Doc. Sénat n° 216 (session ordinaire de 2013-2014)

[59] Doc Ass. nat., n° 3084 (14e législature).

[60] V. supra, Les initiatives administratives.

[61] E. BINET : JO déb. Ass. nat. 1re séance du 12 juillet 2016, p. 5331.

[62] Art. 61-6, al. 3, du code civil.

[63] JO déb. Ass. nat. 1re séance du 12 juillet 2016, p. 5331.

[64] Circulaire du 10 mai 2017 : BOMJ n° 2017-05 du 31 mai 2017, p. 6.

La « réunion suffisante de faits »

La personne demanderesse doit apporter la preuve, « 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[65] ». La loi énumère « les principaux de ces faits » ; la personne requérante peut établir qu' « elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué », qu' « elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel » ou encore qu' « elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué[66] ».

La preuve d'une seule de ces circonstances ne satisferait sans doute pas les prescriptions de la loi, puisque celle-ci exige « une réunion suffisante de faits ». En revanche, la liste des faits établissant la possession d'état du sexe n'est pas limitative ; la demande de changement d'état civil peut faire état d'autres circonstances. La possession d'état du sexe s'établit donc selon « la méthode du faisceau d'indices ». Ces solutions sont retenues par les rédacteurs de la circulaire du 10 mai 2017[67].

Ceux-ci précisent encore que « le premier critère énoncé par l'article 61-5 du code civil a trait à l'identité de genre vécue, tandis que le deuxième révèle la dimension sociale de son appartenance au sexe revendiqué[68] ». Ces circonstances peuvent être prouvées par tous moyens : témoignages, attestations, documents, etc.[69].

La troisième circonstance est tirée du changement de prénom, qui peut être sollicité de l'officier de l'état civil par le jeu des nouvelles dispositions de l'article 60 du code civil, issues du I de l'article 56 de la loi du 18 novembre 2016. Il obéit cependant à un intérêt légitime ; celui-ci ne devrait pas présenter un caractère médical, sauf à revenir, indirectement, sur le choix du législateur de démédicaliser la procédure de modification de la mention du sexe sur les registres d'état civil. Les dispositions de l'article L. 231-1 du code des relations entre le public et l'administration sont très certainement applicables, le silence gardé pendant deux mois par les services de l'état civil sur une demande de changement de prénom valant donc décision d'acceptation.

La « réunion suffisante de faits », érigée en condition du changement d'état civil, caractériserait, d'après les débats parlementaires, la « possession d'état du sexe ». Selon le garde des sceaux, « 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 ». En effet, « 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[70] ». Il est vrai que la

[65] Art. 61-5, al. 5, du code civil.

[66] Art. 61-5, 1° à 3°, du code civil.

[67] Circulaire du 10 mai 2017, p. 6.

[68] Circulaire du 10 mai 2017, loc. cit.

[69] Circulaire du 10 mai 2017, loc. cit.

[70] J.-J. URVOAS, J.O. Déb. Ass. nat. 2e séance du 19 mai 2016, p. 3523.

rédaction de l'article 61-5 du code civil évoque celle de l'article 311-1 du code civil, qui définit la possession d'état en matière de filiation[71].

Toutefois, la possession d'état suppose une certaine permanence[72] ; en droit de la filiation, l'article 311-2 du code civil énonce ainsi que « la possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque » ; la possession d'état confortative du titre doit même avoir une durée de cinq ans au moins[73]. Le droit de la nationalité est encore plus exigeant ; il faut avoir joui de la possession d'état de Français pendant dix ans pour acquérir la nationalité française par déclaration[74].

Or, si, aux termes de l'amendement voté en première lecture par l'Assemblée nationale, la modification de la mention du sexe supposait que l'on appartînt au sexe revendiqué « de manière sincère et continue[75] », en nouvelle lecture, la Commission des lois de l'Assemblée nationale a supprimé ces exigences[76], aux motifs qu'elles auraient pu conduire les juges à ordonner une expertise psychologique afin d'établir la preuve du « syndrome transsexuel »[77] ; il suffit que la personne demanderesse se présente et soit connue dans le sexe revendiqué[78]. Il faut en déduire que le juge ne peut refuser le changement d'état civil sollicité pour insuffisance de la durée ou discontinuité de la « réunion suffisante des faits ». La solution contraire exposerait la personne requérante à de graves discriminations, contre lesquelles la modification de la mention du sexe doit précisément la prémunir. Il faut d'ailleurs remarquer que la circulaire du 10 mai 2017 ne fait aucune référence à la notion de possession d'état du sexe, qui ne figure pas dans la loi et qui paraît bien n'avoir vécu que le temps des débats parlementaires.

Ce nonobstant, le recours à des critères sociaux comme conditions du changement d'état civil n'est pas exempt de critiques. Il conduit en effet le juge à porter une appréciation sur le comportement social de la personne requérante. Le Défenseur des droits l'a justement souligné : « L'exigence d'avoir adapté son comportement social au sexe revendiqué risque de faire l'objet d'une évaluation et d'une interprétation variables de la part de l'autorité judiciaire ou administrative. Qu'est-ce qu'un comportement social d'homme ou de femme ? Existe-t-il des standards sur les caractéristiques physiques de

---

[71] Art. 311-1 du code civil : « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir.

« Les principaux de ces faits sont :

« 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents ;

« 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ;

« 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ;

« 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ;

« 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue. »

[72] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, La famille, Fondation et vie de la famille, 2e éd., LGDJ, 1993, n° 498.

[73] Art. 333, al. 2, du code civil.

[74] Art. 21-13, al. 1er, du code civil.

[75] J.-J. URVOAS : JO déb. Ass. nat. 2e séance du 19 mai 2016, p. 3523.

[76] Amendement n° CL96 : Assemblée nationale 27 juin 2016.

[77] P. CROZON : Ass. nat., commission des lois, compte rendu n° 99, séance du 29 juin 2016, p. 29.

[78] Art. 61-5, al. 1er, du code civil.

chacun·e ? De telles exigences risquent d'entériner les stéréotypes de genre…[79] » Les rédacteurs de la circulaire du 10 mai 2017 se bornent à rappeler la mise en garde du Défenseur des droits, tout en indiquant, avec un certain sens du paradoxe, que la personne requérante pouvait produire, au soutien de sa demande, « une photographie permettant d'établir que la personne se présente sous l'identité de genre revendiquée[80] »…

D. La procédure

Le maintien du caractère judiciaire du changement d'état civil

La modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance de la personne demanderesse nécessite toujours une décision du tribunal de grande instance[81]. Sont compétents aussi bien le tribunal de grande instance dans le ressort duquel la personne requérante demeure que le tribunal de grande instance du lieu d'établissement de son acte de naissance[82]. Par exception, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire[83].

Il s'agit d'une procédure en matière gracieuse[84]. La demande est formée par requête. L'affaire, communiquée au ministère public, est instruite et débattue en chambre du conseil et les décisions sont rendues hors la présence du public, afin de respecter le droit au respect de la vie privée de la personne demanderesse[85].

Le tribunal peut, dans la même décision, ordonner la modification des prénoms si celle-ci lui est demandée corrélativement[86].

La situation des personnes mineures

Selon le premier alinéa de l'article 61-5 du code civil, la procédure de changement d'état civil est ouverte à « toute personne majeure ou émancipée ». Les personnes mineures émancipées peuvent donc, sans être représentées ni autorisées, saisir le juge aux fins de changement de leur état civil[87]. Quant aux personnes mineures non émancipées, elles devraient pouvoir solliciter la modification de la mention du sexe à l'état civil par le truchement de leur représentant légal[88]. La jurisprudence antérieure est en ce sens[89]. Il est cependant regrettable que le législateur ne l'ait pas expressément

---

[79] Défenseur des droits, décision cadre MLD-MSP-2016-164 du 24 juin 2016, p. 20.

[80] Circulaire du 10 mai 2017, p. 6.

[81] Art. 61-6, al. 1er, du code civil.

[82] Art. 1055-5, al. 1er, du code de procédure civile.

[83] Art. 1055-7, al. 2, du code de procédure civile.

[84] Art. 1055-6 du code de procédure civile.

[85] Art. 1055-8 du code procédure civile ; circulaire du 10 mai 2017, p. 7.

[86] Art. 61-6, al. 4, du code civil ; art. 1055-7, al. 1er, du code de procédure civile.

[87] E. BINET : JO déb. Ass. nat. 1re séance du 12 juillet 2016, p. 5330.

[88] J.-Y. LE BOUILLONNEC : JO déb. Ass. nat. 1re séance du 12 juillet 2016, p. 5330.

[89] CA Versailles, 22 juin 2000 : JCP, éd. G, 2001, II, 10595, note Ph. GUEZ ; Juris-Data n° 2000-134595, à propos d'un enfant intersexué *; adde infra* les arguments évoqués aux chapitres 5 et 7.

prévu, comme il l'a fait pour le changement de prénom[90]. La solution contraire constituerait une discrimination à raison de l'âge dans la jouissance du droit au respect de la vie privée des enfants, violant ensemble les article 8 et 14 de la Convention européenne ; elle serait également contraire au droit au respect de la vie privée[91].

E. La publicité et ses effets

La modification de mention du sexe ne suit pas le même régime que le changement des prénoms, quand bien même celui-ci aurait été ordonné corrélativement à celle-là.

La publicité du changement des prénoms

La juridiction peut ordonner à la fois la modification de la mention du sexe et celle des prénoms de la personne demanderesse[92]. Il est, dans ce cas, dérogé aux dispositions de l'article 61-4 du code civil d'après lesquelles les décisions de changement de prénom sont mentionnées en marge des actes de l'état civil du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité et des enfants. En effet, les mentions marginales, selon le deuxième alinéa de l'article 61-7 du code civil, ne peuvent être portées sur les actes d'état civil du conjoint et des enfants qu'avec leur consentement[93].

La solution n'est guère satisfaisante.

D'une part, le législateur paraît avoir oublié d'exiger l'accord du partenaire lié par un pacte civil de solidarité, alors qu'il a étendu le champ de l'article 61-4 précité aux actes d'état civil de celui-ci[94] ; il en résulte que l'acte de naissance du partenaire portera l'indication des nouveaux prénoms dans la mention du pacte apposée en marge sans qu'il y ait lieu de recueillir son consentement [95] ; ce qui ne répond à aucune logique.

D'autre part, la personne trans', qui aura obtenu de l'officier d'état civil la modification de ses prénoms par le jeu de l'article 60 du code civil, avant de solliciter du juge celle de la mention du sexe[96], aura été dispensée de recueillir l'accord de son conjoint et de ses enfants ; cette différence de traitement est difficilement explicable.

Une interprétation étroite des dispositions du deuxième alinéa de l'article 61-7 du code civil a conduit les rédacteurs de la circulaire du 10 mai 2017 à refuser la possibilité de porter la mention des nouveaux prénoms en marge de l'acte de mariage du conjoint lorsque le mariage aura été dissous par le décès de celui-ci[97]. On aurait tout aussi bien pu admettre que, dans cette hypothèse, l'obligation de recueillir le consentement du conjoint n'était pas applicable. En cas de dissolution du mariage par divorce, les

---

[90] Art. 60, al. 1er, du code civil.

[91] B. MORON-PUECH, « Les mineurs peuvent-ils changer la mention de leur sexe à l'état civil ? », Intersexes et autres thèmes (juridiques), 4 avr. 2017, https://sexandlaw.hypotheses.org/198.

[92] Art. 61-6, al. 4, du code civil.

[93] Art. 61-7, al. 2, du code civil.

[94] Art. 57, I, 2°, a, de la loi du 18 novembre 2016.

[95] Circulaire du 10 novembre 2017, p. 7.

[96] Art. 61-5, 3°, du code civil.

[97] Circulaire du 10 novembre 2017, p. 7.

rédacteurs de la circulaire du 10 mai 2017, faisant preuve de davantage de réalisme, ont admis que, « dans l'intérêt des enfants mineurs, il sera procédé, à la demande de l'intéressé et avec l'accord de son ex-conjoint divorcé, à la mise à jour de l'acte de mariage ce qui permettra la délivrance d'un nouveau livret de famille[98] ».

L'indication des nouveaux prénoms sur les actes d'état civil du conjoint et des enfants permet la délivrance d'un nouveau livret de famille, sur la demande de l'un des époux ou de l'un des parents[99] ; ce qui suppose le consentement du conjoint et des enfants[100].

La publicité de la modification de la mention du sexe

La modification de la mention du sexe prend la forme d'une mention marginale portée sur l'acte de naissance de la personne demanderesse[101] ; elle est ordonnée par le tribunal de grande instance après qu'il a constaté la réunion des conditions légales[102]. Elle est opposable à tous à compter de sa publicité sur les registres de l'état civil et aucune expédition de l'acte ne peut plus être délivrée sans les rectifications apportées à celui-ci[103]. Le délai de transcription est fixé à quinze jours à compter de la date à laquelle la décision de changement d'état civil est passée en force de chose jugée[104].

L'article 61-8 du code civil apporte une double précision quant aux effets du changement d'état civil ; celui-ci n'a aucune incidence sur les obligations contractées ni sur les filiations déjà établies. La première solution est d'une utilité discutable, la modification de la mention du sexe n'emportant évidemment pas naissance d'une personne juridique nouvelle ; celle-ci survit nonobstant le changement d'état civil et ne s'éteint qu'à la mort naturelle de l'être vivant qui en est muni. La seconde solution, qui résulte du caractère constitutif du jugement ordonnant la modification de la mention du sexe, peut, en revanche, conduire à la violation du droit au respect de la vie privée des parents trans'.

La loi est muette à l'endroit des filiations établies après le changement d'état civil, alors que la procédure de modification de la mention du sexe, démédicalisée, ne porte plus atteinte à la fécondité des personnes trans'. Une double filiation maternelle ou paternelle pourrait certainement être consacrée au moyen de la reconnaissance d'enfant, dont l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 a fait un mode général d'établissement de la filiation. En effet, les principes s'y opposant, à savoir le principe de subsidiarité, le principe chronologique et le principe sexué, tendent principalement à éviter une contradiction, d'un point de vue biologique, entre des filiations de même nature. Or, une telle contradiction n'existerait pas dans l'hypothèse considérée, puisque

[98] Circulaire du 10 novembre 2017, p. 7.

[99] Art. 16-1 du décret n° 74-449 du 15 mai 1974.

[100] Circulaire du 10 mai 2017, p. 9.

[101] Art. 61-7, al. 1er, du code civil.

[102] Art. 61-6, al. 4, du code civil.

[103] Art. 100 et 101 du code civil, par renvoi de l'alinéa 3 de l'art. 61-7.

[104] Art. 61-7, al. 1er, du code civil.

l'enfant aurait bien pour géniteurs ou génitrices deux personnes de même sexe. La cour d'appel de Montpellier est déjà saisie de la question[105].

Le législateur n'a pas prévu la possibilité de porter en marge des actes de l'état civil du conjoint et des enfants la mention du changement de sexe. En effet, les actes de mariage et les actes de naissance n'indiquent pas le sexe des époux ou des parents[106], bien que le lieu et la date de naissance de ceux-ci y soient mentionnés et introduits par les mots « né » ou « née ». Toutefois, pour la délivrance des extraits d'acte de naissance des enfants (avec filiation) mentionnant les nouveaux prénoms de leur parent, les rédacteurs de la circulaire du 10 mai 2017 croient pertinent d' « inviter » les officiers d'état civil à « laisser le terme « né(e) » inchangé. Cette solution, outre qu'elle ne respecte même pas les règles grammaticales les plus élémentaires, constituent, à l'évidence, une violation du droit au respect de la vie privée et familiale du parent trans' et, sans doute, de ses enfants. En revanche, les rédacteurs de la circulaire du 10 mai 2017 admettent paradoxalement que le nouveau livret de famille « pourra être délivré avec les adaptations nécessaires à la nouvelle identité de genre résultant de la décision judiciaire[107] ».

3. LES PREMIÈRES DÉCISIONS

A. Les décisions analysées

Douze décisions ont été analysées, toutes faisant application des dispositions nouvelles issues de la loi du 18 novembre 2016, dont onze rendues par des tribunaux de grande instance et une par une cour d'appel. Neuf décisions ont été rendues en 2017 et trois en 2018.

Les décisions analysées sont les suivantes (par ordre chronologique) :

- Cour d'appel de Montpellier, 15 mars 2017 ;
- Tribunal de grande instance de Créteil, 15 juin 2017 ;
- Tribunal de grande instance d'Évry, 9 octobre 2017 ;
- Tribunal de grande instance de Nanterre, 17 octobre 2017 ;
- Tribunal de grande instance de Paris, 14 novembre 2017 ;
- Tribunal de grande instance de Paris, 15 novembre 2017 ;
- Tribunal de grande instance de Bobigny, 21 novembre 2017 ;
- Tribunal de grande instance de Paris, 28 novembre 2017 ;
- Tribunal de grande instance de Créteil, 7 décembre 2017 ;
- Tribunal de grande instance de Paris, 18 janvier 2018 ;
- Tribunal de grande instance de Versailles, 18 janvier 2018 ;
- Tribunal de grande instance de Paris, 24 janvier 2018.

---

[105] J.-Ph. VAUTHIER et F. VIALLA, *Matres semper certae sunt* ? Un pluriel bien singulier : D. 2017, p. 1373, à propos de la décision de première instance (T.G.I. Montpellier, 22 juillet 2016) ; S. PARICARD, Vers un droit spécial de la filiation ? : D. 2018, p. 75.

[106] Circulaire du 10 mai 2017, pp. 8 et 9.

[107] Circulaire du 10 mai 2017, p. 9.

B. La nature des demandes

Neuf décisions statuent sur deux demandes portant respectivement sur la modification de la mention du sexe et le changement des prénoms[108].

Une décision statue sur deux demandes portant respectivement sur la modification de la mention du sexe et l'indication de celle-ci sur les actes de naissance des enfants et du conjoint de la personne requérante, celle-ci ayant antérieurement obtenu la modification de ses prénoms[109].

Une décision statue sur trois demandes portant respectivement sur la modification de la mention du sexe, le changement des prénoms et leur indication sur l'acte de naissance d'un enfant[110].

Enfin, une décision statue sur la seule modification de la mention du sexe, la personne requérante ayant antérieurement obtenu la modification de ses prénoms[111].

C. Les circonstances retenues

Les attestations et certificats médicaux

Huit décisions font mention d'attestations et certificats médicaux produits par la personne requérante et les prennent en considération pour ordonner les changements d'état civil sollicités[112].

En revanche, quatre décisions ne font état d'aucune pièce à caractère médical[113].

Le fait de se présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué

Cette circonstance est retenue par dix décisions[114].

En revanche, ni le tribunal de grande instance d'Évry, dans son jugement du 9 octobre 2017, ni le tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement du 24 janvier 2018, n'y font référence, préférant, le premier, constater que « le requérant est inscrit depuis

---

[108] C.A. Montpellier, 15 mars 2017 ; T.G.I. Créteil, 15 juin 2017 ; T.G.I. Évry, 9 octobre 2017 ; T.G.I. Paris, 14 novembre 2017 ; T.G. Paris, 15 novembre 2017 ; T.G.I. Bobigny, 21 novembre 2017 ; T.G.I. Paris, 28 novembre 2017 ; T.G.I. Paris, 18 janvier 2018 ; T.G.I. Versailles, 24 janvier 2018.

[109] T.G.I. Nanterre, 17 octobre 2017.

[110] T.G.I. Créteil, 7 décembre 2017.

[111] T.G.I. Paris, 24 janvier 2018.

[112] C.A. Montpellier, 15 mars 2017 ; T.G.I. Créteil, 15 juin 2017 ; T.G.I. Paris, 14 novembre 2017 ; T.G.I. Paris, 15 novembre 2017 ; T.G.I. Paris, 28 novembre 2017 ; T.G.I. Créteil, 7 décembre 2017 ; T.G.I. Paris, 18 janvier 2018 ; T.G.I. Versailles, 18 janvier 2018.

[113] T.G.I. Évry, 9 octobre 2017 ; T.G.I. Nanterre, 17 octobre 2017 ; T.G.I. Bobigny, 21 novembre 2017 ; T.G.I. Paris, 24 janvier 2018.

[114] C.A. Montpellier, 15 mars 2017 ; T.G.I. Créteil, 15 juin 2017 ; T.G.I. Nanterre, 17 octobre 2017 ; T.G.I. Paris, 14 novembre 2017 ; T.G. Paris, 15 novembre 2017 ; T.G.I. Bobigny, 21 novembre 2017 ; T.G.I. Paris, 28 novembre 2017 ; T.G.I. Créteil, 7 décembre 2017 ; T.G.I. Paris, 18 janvier 2018 ; T.G.I. Paris, 24 janvier 2018 ; T.G.I. Versailles, 24 janvier 2018.

plusieurs années dans une démarche de transformation de son apparence physique », le second, faire état de la féminisation des prénoms de la personne requérante.

Le fait d'être connu sous le sexe revendiqué par son entourage

Cette circonstance est relevée par toutes les décisions analysées, le tribunal de grande instance de Créteil, dans son jugement du 7 décembre 2017, observant avec pertinence que « l'absence d'attestation de ses collègues de travail s'expliqu[e] par l'inutilité de les informer des changements de sexe et d'apparence antérieurs à l'embauche ».

La possession d'état

Aucune décision ne fait référence à la notion de possession d'état.

En revanche, neuf décisions indiquent, dans leurs motifs, de manière plus ou moins précise, la durée des circonstances justifiant le changement d'état civil ordonné. Sont ainsi mentionnées les durées d' « au moins trois ans[115] », de quatre ans[116], de cinq ans[117], de huit ans[118], de vingt ans[119], de « plusieurs années[120] » ; on trouve aussi les expressions « depuis longtemps[121] » et « dès Noël 2015[122] », cette dernière expression correspondant, en l'espèce, à une durée d'un an et demi.

Au contraire, trois décisions ne font pas référence à la durée dans leur motivation[123].

L'apparence physique

Cinq décisions font état, dans leur motivation, de l'apparence physique de la personne requérante, constatée par les juges eux-mêmes, selon des formules très diverses ; on trouve ainsi les observations suivantes :

- « C'est en conséquence à juste titre que le jugement querellé relève que [la personne requérante] se présente à l'audience comme une personne de sexe féminin[124]. »
- Le requérant « ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique le rapprochant de l'autre sexe[125] » ; il faut y voir une survivance de l'ancienne jurisprudence.

---

[115] T.G.I. Paris, 28 novembre 2017.

[116] T.G.I. Paris, 15 novembre 2017.

[117] C.A. Montpellier, 15 mars 2017.

[118] T.G.I. Paris, 24 janvier 2018.

[119] T.G.I. Créteil, 7 décembre 2017.

[120] T.G.I. Évry, 9 octobre 2017 ; T.G.I. Nanterre, 17 octobre 2017.

[121] T.G.I. Paris, 14 novembre 2017.

[122] T.G.I. Créteil, 15 juin 2017.

[123] T.G.I. Bobigny, 21 novembre 2017 ; T.G.I. Paris, 18 janvier 2018 ; T.G.I. Versailles, 18 janvier 2018.

[124] C.A. Montpellier, 15 mars 2017.

[125] T.G.I. Bobigny, 21 novembre 2017.

- « Le dossier comprend une photo montrant son aspect féminin. » « La chambre du conseil a également pu constater à l'occasion de sa comparution que la personne requérante se présentait publiquement comme appartenant au sexe féminin revendiqué[126]. »
- « A l'audience, le requérant s'est présenté sous des traits masculins notamment avec un bouc[127]. »
- « Les photographies produites établissent l'identité féminine évidente » de la personne requérante[128].

Une décision relève que l'apparence physique de la personne requérante « est par ailleurs confirmée tant par les photographies produites que par le certificat médical du docteur […], chirurgien plastique, qui indique avoir pratiqué deux opérations féminisantes de la face »[129].

La loi n'impose pourtant pas au juge de porter une appréciation sur l'apparence, féminine ou masculine, de la personne requérante. Il semble bien que la mise en garde, formulée par le Défenseur des droits dans sa décision cadre MLD-MSP-2016-164 du 24 juin 2016, sur les risques de consacrer des stéréotypes de genre, n'ait pas été entendue.

Deux décisions se bornent à faire état d'appréciations de tiers rapportées au moyen d'attestations[130] ou du suivi d'un traitement hormonal[131].

Enfin, quatre autres décisions ne font aucune mention directe de l'apparence physique de la personne requérante[132].

Les mesures ordonnées

Toutes les décisions analysées ont fait droit aux demandes de modification de la mention du sexe et des prénoms.

La mention desdites modifications sur les actes d'état civil du conjoint et des enfants a suscité davantage de difficultés.

Dans un cas, la demande portait sur l'indication de la modification de la mention du sexe sur l'acte de naissance du conjoint et des enfants ; elle a été rejetée motifs pris de ce que le divorce avait été prononcé et que les enfants n'avaient pas donné leur accord[133], alors qu'en tout état de cause, une telle indication n'est pas prévue par la loi.

Dans un autre cas, la demande portait sur l'indication de la modification de la mention du sexe et du changement des prénoms sur l'acte de naissance d'un enfant. Seule l'indication des nouveaux prénoms a été ordonnée avec l'accord du représentant légal,

[126] T.G.I. Créteil, 7 décembre 2017.

[127] T.G.I. Évry, 9 octobre 2017.

[128] T.G.I. Paris, 15 novembre 2017.

[129] T.G.I. Paris, 28 novembre 2017.

[130] T.G.I. Nanterre, 17 octobre 2017.

[131] T.G.I. Paris, Paris, 14 novembre 2017.

[132] T.G.I. Créteil, 15 juin 2017 ; T.G.I. Paris, 18 janvier 2018 ; T.G.I. Versailles, 18 janvier 2018 ; T.G.I. Paris, 24 janvier 2018.

[133] T.G.I. Nanterre, 17 octobre 2017.

le tribunal ayant énoncé dans son jugement que « la rectification de l'acte de naissance de l'enfant […] ne peut concerner que les prénoms en application de l'article 1055-9 du code de procédure civile[134] ».

SYNTHÈSE

L'examen du droit français permet de porter les appréciations suivantes :

- Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que le droit français n'admet que deux mentions susceptibles d'inscription, « de sexe féminin » et « de sexe masculin ». La possibilité de différer l'inscription de la mention du sexe pour les personnes « de sexe incertain » n'est pas prévue par la loi ; elle résulte d'une simple circulaire, de licéité incertaine ; elle est entendue comme exceptionnelle et s'inscrit en complément d'une démarche médicale.
- Le changement de la mention du sexe à l'état civil est démédicalisé depuis la loi du 18 novembre 2016, mais il est possible de produire des attestations et certificats médicaux. La procédure reste judiciaire ; le juge peut ordonner la modification sollicitée sur le fondement de seuls critères sociaux. En pratique, la production d'éléments médicaux incite le juge à alléger son contrôle des autres circonstances probatoires, à caractère social.
- La démédicalisation de la procédure n'a pas donné lieu à une modification du droit de la filiation, de sorte que le sort des enfants nés de personnes trans' ayant obtenu leur changement d'état civil devra être réglé par les tribunaux.

[134] T.G.I. Créteil, 7 décembre 2017.

II. DROIT COMPARÉ

Pour mener cette recherche de droit comparé, nous procéderons à l'examen détaillé des législations de pays européens et non européens et cela afin de rechercher si la tendance observée au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe se retrouve aussi dans des pays non soumis à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais avec lesquels la France où d'autres pays européens partagent une histoire commune. D'où le choix de s'intéresser au Canada et plus précisément au Québec, lequel partage des liens étroits avec la France d'une part et à l'Inde et l'Australie, anciennes possessions de l'empire britannique d'autre part.

L'étude des **droits européens** s'est, compte tenu des moyens alloués, centrée sur quatre pays : Pays-Bas, Allemagne, Malte et Belgique. Le choix de ces pays a été commandé par deux raisons.

La première était d'avoir des pays de traditions proches (Belgique) ou 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 trans' 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[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 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

[135] Jean-Marc 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).

objectifs poursuivis par le droit européen[136]. Telles sont les raisons qui ont conduit au choix de l'Allemagne, de Malte, des Pays-Bas et de la Belgique.

DROIT NÉERLANDAIS

Du point de vue de sa structure, le droit néerlandais est très proche du droit français puisqu'il a été en grande partie bâti à partir de l'exportation du code civil français. On y retrouve donc le système centralisé d'état civil, semblable à celui que connaît la France[137].

L'étude du droit néerlandais est intéressante pour deux raisons. D'une part, car les néerlandais ont engagé depuis trois ans une réflexion sur les mentions pouvant être inscrites à l'état civil et d'autre part car ceux-ci ont récemment réformé leur législation relative au changement de sexe à l'état civil.

1. LES MENTIONS DE SEXE DISPONIBLES

Depuis au moins le 1er janvier 1995, date d'entrée en vigueur de l'article 19 du code civil, le droit néerlandais reconnaît explicitement la possibilité pour des individus de ne pas être rattachés aux sexes masculin et féminin. Cette troisième option est cependant fortement encadrée, puisqu'elle n'est ouverte qu'aux personnes intersexuées. Encore faut-il préciser que cela ne concerne que les personnes intersexuées dont l'intersexuation a été identifiée à la naissance et pour lesquelles il n'a pas été possible, ni à la naissance ni dans les trois mois après celle-ci, de les rattacher au sexe masculin ou féminin. Autrement dit, cette possibilité n'est pour l'instant pas ouverte aux personnes qui découvriraient ultérieurement leur intersexuation.

Les personnes relevant de cette troisième catégorie n'ont pas, à proprement parler, de mention du sexe inscrite sur leur acte de naissance. En effet, le texte prévoit qu'il est seulement indiqué sur un nouvel acte de naissance — un nouvel acte est en effet établi passé le délai de trois mois — que « le sexe de l'enfant ne peut pas être déterminé ».

En pratique, l'usage de cette mention est très rare, les parents décidant le plus souvent d'inscrire l'enfant dans un sexe d'« élevage » masculin ou féminin. Une étude néerlandaise a ainsi révélé qu'en décembre 2013 seule une personne née aux Pays-Bas avait un sexe non déterminé sur son acte de naissance[138]. D'après les auteurs de cette

---

[136] K. LENAERTS, « La Cour de justice de l'Union européenne et la méthode comparative », *in Le droit comparé au XXIe 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/docAsPDF/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4095.pdf.

[137] M. VAN DEN BRINK *et al.*, « Out of the box ? Domestic and private international law aspects of gender registration. A comparative analysis of Germany and the Netherlands », *European Journal of Law Reform*, 2015 (17), p. 284.

[138] M. VAN DEN BRINK AND J. TIGCHELAAR (dir.), *M/F and beyond, Gender registration by the state and the legal position of transgender persons (English Summary)*, 2014, https://english.wodc.nl/images/2393-summary_tcm45-573685.pdf. Soixante-six personnes nées à l'étranger étaient également dotées d'un tel état civil. Cependant, comme l'indique les auteurs de cette étude (p. 4), pour la plupart d'entre elles cela

étude, ceci impliquerait que cette personne puisse inscrire la mention « X » dans son passeport, mais ces auteurs doutent que cette possibilité ait jamais été utilisée[139]. En effet, jusqu'à présent, les autorités néerlandaises ne semblent guère avoir pris au sérieux cette troisième identité sexuée puisqu'aucune des règles de droit sexuées n'a été aménagée ou précisée pour tenir compte de cette hypothèse.

Récemment, cependant, les autorités néerlandaises ont entamé une réflexion qui pourrait à terme conduire à l'extension de cette troisième option aux personnes trans' qui estimeraient ne pas pouvoir relever des sexes féminin et masculin. En effet, à l'occasion des discussions parlementaires intervenues lors de la discussion d'une loi relative au changement de sexe des personnes trans', un parlementaire a interrogé le ministre de la justice pour savoir s'il était possible, notamment au regard des engagements internationaux signés par les Pays-Bas, de ne pas inscrire de mention du sexe sur les actes d'état civil. Dans sa réponse à cette question, le ministre néerlandais de la justice s'est engagé à faire réaliser une étude, ce qu'il a fait. Ainsi, dans un rapport publié en 2014 par le centre européen de recherche en droit de la famille de l'Université d'Utrecht[140], il a été notamment montré qu'aucun obstacle international ne s'opposait à la suppression du sexe sur les documents d'identité pour les personnes trans'. Le rapport a en outre souligné que nombre des problèmes rencontrés par les personnes trans' et liés à leur état civil pourraient être résolus si ces personnes étaient moins souvent tenues de communiquer leur sexe à autrui.

Les conclusions de ce rapport ont été débattues à la chambre basse du Parlement en juin 2015[141]. Au cours de ces discussions parlementaires, un relatif consensus s'est fait autour de trois points : (1) une suppression du sexe de l'état civil n'est pas pour l'instant envisageable, (2) il faudrait étendre le nombre de mentions disponibles et (3) il conviendrait de limiter les cas dans lesquels une personne est tenue de révéler son identité sexuée car trop souvent la transmission de cette information n'est pas justifiée. Aucune évolution législative n'a cependant eu lieu à ce jour, le ministre de la justice néerlandais ayant estimé nécessaire de mener des études plus approfondies sur deux points : d'une part tenter d'identifier les cas dans lesquels la mention du sexe serait vraiment nécessaire, d'autre part réfléchir au développement d'une troisième mention de sexe[142]. S'agissant du deuxième point, l'on peut espérer que soit explicitement précisée la manière dont les règles de droit sexuées — c'est-à-dire les règles dépendant pour leur application de l'identité sexuée de leur destinataire — s'appliquent aux individus non rattachés aux sexes masculin et féminin.

---

résulte sans doute moins de leur identité sexuée non binaire que du fait que le sexe n'était pas mentionné sur le document d'identité présenté au moment de leur enregistrement sur les registres néerlandais.

[139] *Idem*, p. 3.

[140] M. VAN DEN BRINK AND J. TIGCHELAAR (dir.), *M/V en verder, Sekseregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, 2014, https://www.wodc.nl/images/2393-volledige-tekst_tcm44-573686.pdf. *Adde* le résumé en anglais cité à la note précédente.

[141] Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 27 859, n° 80, https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id =ce0ac5c2-8080-4b2b-8e7e-aded00c95fe1&title=Verslag%20van%20een%20algemeen%20overleg%2C%20ge houden%20op%2018%20juni%202015%2C%20over%20Sekseregistratie%20door%20de%20overheid.pdf.

[142] *Idem*, p. 21.

2. LE CHANGEMENT DE SEXE

Par une loi du 18 décembre 2013[143], les Pays-Bas ont considérablement facilité les conditions du changement de sexe. Pour bien cerner la portée de cette loi, l'on décrira d'abord l'état du droit antérieur, puis le droit nouveau.

A. Le changement de sexe avant la loi du 18 décembre 2013

Depuis 1986, les Pays-Bas disposent d'une législation permettant aux personnes trans' de changer leur sexe à l'état civil. Cette législation était — et c'est encore le cas — principalement codifiée dans les articles 28 à 28 c du code civil. S'agissant des conditions, cette procédure était ouverte par l'article 28 précité tant aux nationaux qu'aux non-nationaux. Elle n'était pas — du moins pas explicitement — fermée aux mineurs. En revanche cette procédure était à la fois médicalisée et judiciaire.

Médicalisée tout d'abord car il était nécessaire pour la personne désireuse de changer de sexe de modifier préalablement son corps, de manière à ressembler autant que possible à une personne du sexe « opposé ». Ceci impliquait en outre une condition de stérilité, expressément prévue par l'article 28.1, le texte imposant que la personne ne puisse plus avoir d'enfants dans son sexe d'origine. Le caractère médical de la procédure résultait en outre de la nécessité d'un rapport d'expertise établissant ces différents points. La procédure était également judiciaire puisque la décision de changement de sexe était prise par le juge chargé de vérifier le respect des conditions médicales posées. Le juge devait en outre vérifier qu'il était « suffisamment établi que le demandeur avait la conviction d'appartenir à un sexe différent » que cette conviction était en outre « durable ».

Quant aux effets, aucune rétroactivité du changement de sexe n'était permise ; celui-ci produisait ses effets à compter du changement matériel apporté au registre d'état civil.

B. Le changement de sexe depuis la loi du 18 décembre 2013

Les conditions du changement de sexe

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 décembre 2013, les conditions ont été globalement assouplies, même si la procédure est désormais explicitement fermée aux personnes mineures de moins de seize ans, sauf à considérer que le droit commun leur est applicable et que les parents peuvent le décider en leur nom.

La procédure est démédicalisée en ce sens que les articles 28 et suivants du code civil néerlandais n'exigent plus aucune intervention médicale préalable au changement d'état civil. En revanche, la présence d'un expert nommé par le gouvernement est toujours nécessaire afin d'attester que la personne ne correspond pas au sexe dans lequel elle est

[143] Wet van 18 december 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte, https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2014-1.html.

enregistrée. L'expert doit notamment s'assurer du caractère éclairé du changement en vérifiant que la personne a compris la portée de son acte. Le texte de loi n'impose pas en pratique la présence d'un expert médical, mais tel semble bien être le cas en pratique.

La procédure est également déjudiciarisée puisque le changement de sexe est réalisé par l'officier d'état civil, au vu du certificat de naissance du demandeur et de l'expertise.

Les effets du changement de sexe

Concernant les effets, les règles sont un peu plus complexes qu'auparavant et cela afin de tenir compte de la suppression de la condition de stérilité. Comme précédemment, il est prévu que le changement ne prend effet qu'au jour où l'acte de naissance est modifié (art. 28, c, 1). En revanche, s'agissant de la filiation, le droit néerlandais a prévu une exception de manière à tenir compte du caractère sexué des modes d'établissement de la filiation. Ainsi, si une personne tombe enceinte après avoir changé de sexe, elle est considérée, au regard du droit de la filiation, comme appartenant au sexe qu'elle avait antérieurement au changement de sexe. Cette exception n'a en revanche pas été étendue aux personnes qui auraient conçu un enfant avec leur sperme mais qui, au moment de la naissance de cet enfant, seraient devenues de sexe féminin. Plutôt que d'indiquer que cette personne serait considérée au regard du droit de la filiation comme appartenant à son sexe d'origine, ce qui aurait conduit à dire de cette personne qu'elle était le père de l'enfant[144], le législateur néerlandais a ici préféré conserver l'unité du sexe de cette personne. Cependant, pour permettre à cette personne devenue femme d'établir sa filiation à l'égard de l'enfant, le législateur lui a ouvert la voie de l'adoption. La solution peut paraître quelque peu étrange en ce qu'elle conduit une personne à adopter son propre enfant, alors qu'on aurait pu s'attendre à ce qu'elle puisse établir le lien de filiation simplement par une reconnaissance. Une telle solution résulte de ce qu'en droit néerlandais la reconnaissance d'enfant n'est pas ouverte à la mère biologique dont la filiation n'est établie que par l'accouchement. Or, dans notre hypothèse, la personne de sexe féminin n'a pas mis au monde l'enfant, de sorte que le seul moyen pour elle d'établir sa filiation est d'adopter l'enfant.

La solution retenue par le droit néerlandais est cependant complexe et peut sembler doublement contradictoire. D'abord, car elle conduit à traiter une personne comme relevant simultanément de deux sexes différents selon les droits à lui appliquer (hypothèse de l'homme enceint). Ensuite, car elle contraint le parent biologique à recourir à un mode d'établissement de la filiation réservé traditionnellement aux personnes n'ayant pas participé à la conception de l'enfant : l'adoption. Ces incohérences ont été en partie critiquées par la doctrine néerlandaise et, afin d'y remédier, un auteur a pu récemment proposer de désexuer les modes d'établissement de la filiation[145]. Quoi qu'il en soit de ces critiques, ces dispositions spéciales sur la filiation ont au moins le

[144] Comp. *infra* l'exposé du droit allemand où cette solution est retenue.

[145] K. WAALDIJK, « Vijftien jaar openstelling huwelijk - Naar een huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht », *Ars Aequi*, avr. 2016, pp. 237-246, spé. p. 245. Serait ainsi parent d'un enfant la personne (1) qui le mettrait au monde, (2) qui le reconnaîtrait, (3) qui serait lié par un mariage ou un partenariat enregistré avec la personne l'ayant mis au monde (sauf en cas de reconnaissance par un tiers), (4) dont la filiation serait établie de plein droit ou (5) qui l'adopterait.

mérite de légitimer la possibilité pour des personnes trans' ayant changé de sexe d'avoir des enfants dans leur sexe d'origine[146].

3. SYNTHÈSE

De cet examen du droit néerlandais, les éléments suivants doivent être retenus :

- Concernant les mentions susceptibles d'être inscrites, le droit néerlandais permet à certaines personnes intersexuées de ne pas inscrire de sexe à leur état civil. La situation est pour l'instant exceptionnelle et les conséquences du rattachement à cette autre identité sexuée n'ont pas été à ce jour précisées en droit néerlandais. Une réflexion est cependant en cours pour étendre cette possibilité aux personnes trans' qui en feraient la demande.
- Concernant le changement de sexe : depuis 2014, celui-ci a été démédicalisé et déjudiciarisé. Cette démédicalisation s'est accompagnée d'une modification à la marge des règles du droit de la filiation, de manière à régler la situation des personnes ayant changé de sexe, sans perdre pour autant leur capacité à enfanter.
- Une réflexion est également en cours afin de limiter les cas dans lesquels une personne pourrait être tenue de révéler la mention du sexe figurant au registre d'état civil.

DROIT ALLEMAND

Le droit allemand est un système fédéral connaissant bien un système d'état civil centralisé qui le rapproche fortement du système français.

Le droit allemand peut, à certains égards, être considéré comme précurseur sur cette question de l'état civil des personnes trans' et intersexuées. En effet, très tôt, en comparaison des autres pays européens, le législateur allemand s'est saisi de la question du changement de sexe et il en a été de même plus récemment pour la question des mentions disponibles. Pour autant, comme nous allons le voir, ces législations n'ont pas toujours satisfait les premiers intéressés qui se sont fréquemment tournés vers les tribunaux pour tenter d'écarter des dispositions législatives qu'ils estimaient insuffisamment protectrices de leurs droits.

1. LES MENTIONS DU SEXE DISPONIBLES

À la suite des actions entreprises en 2008 par des associations défendant les droits des personnes intersexuées allemandes devant le Comité pour l'élimination de la

[146] Rappr. College voor de Rechten van de Mens, 7 juill. 2016, *Radboud universitair medisch centrum*, https://www.mensenrechten.nl/publicaties/oordelen/2016-70/detail. Il s'agit d'une décision d'un organisme de protection des droits de l'homme décidant que constitue une discrimination le fait de refuser à une personne trans' le droit de conserver ses gamètes avant qu'elle ne se soumette à des actes de réassignation sexuée.

discrimination à l'égard des femmes et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels — deux comités dépendant de l'ONU —, le Gouvernement fédéral allemand a été enjoint par ces organismes internationaux de nouer le dialogue avec ces associations et de prendre des mesures de protection des personnes intersexuées. Dans ce cadre, le Gouvernement fédéral a demandé en 2010 au Conseil d'éthique allemand de produire un avis sur l'intersexualité[147]. Publié la même année, cet avis a notamment recommandé aux Gouvernement fédéral de reconnaître le caractère non binaire de l'identité sexuée en consacrant une mention « autre », qui ne serait toutefois pas obligatoire[148]. L'avis a, en outre, invité le Gouvernement à préciser la manière dont les textes sur le mariage et le partenariat civil s'appliqueraient aux personnes ayant la mention de sexe « autre ». Tentant de mettre en œuvre ces recommandations, le Gouvernement fédéral a modifié en 2013 sa législation. Après avoir examiné l'état du droit résultant de cette modification, nous en examinerons les évolutions probables.

A. En droit positif

Par une loi du 7 mai 2013[149], l'Allemagne a élargi le champ des possibles concernant les mentions du sexe à l'état civil. En effet, l'article 1.6 vient modifier la *Loi sur le statut personnel*[150] afin d'ajouter un alinéa 3 à l'article 22 de cette loi. Dans cet alinéa il est indiqué que lorsque le sexe d'une personne ne peut pas être déterminé, aucune mention du sexe n'est inscrite dans l'acte de naissance. La circulaire d'application de ce texte insiste bien sur le fait qu'aucune mention ne peut être inscrite et notamment pas les mentions « indéterminé » ou « intersexuel »[151].

Jusqu'alors, cette possibilité d'inscrire un autre sexe n'était prévue par aucun texte[152], même si le Tribunal constitutionnel fédéral avait, en 2008, semblé ouvrir la voie vers une telle reconnaissance, en déclarant inconstitutionnelle la pratique suivant laquelle il était interdit de choisir pour l'enfant un prénom neutre[153].

---

[147] Sur cet historique de l'avis, *cf*. Conseil d'éthique allemand, *Intersexualité*, Avis, 2012, http://www.ethikrat.org/files/avis-intersexualite.pdf, p. 9 et s.

[148] *Idem*, p. 182

[149] *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften*, 7 mai 2013, http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/ start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s1122.pdf, art. 1.6.

[150] *Personenstandsgesetz*, 19 févr. 2007, https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html.

[151] *Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Änderung der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz* (PStG-VwV-ÄndVwV), 3 juin 2014, http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/ PERS/Themen/Rechtsquellen/aenderung-allgvv.pdf;jsessionid=5687C9BD289F3F45721E45363B42C116.2_cid 295?__blob=publicationFile, §21.4.3.

[152] Certains juristes défendaient toutefois, à rebours de la pratique suivie, la possibilité d'inscrire la mention « hermaphrodite » ou « intersexuel ». *Cf.* les auteurs cités dans Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*.

[153] BVerfGK 14, 479 – 485, 5 déc. 2008, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/ DE/2008/12/rk20081205_1bvr057607.html. En effet, en Allemagne le prénom est un marqueur fort du sexe des personnes, de sorte que les autorités n'ont pas estimé nécessaire d'indiquer le sexe sur les pièces d'identité des individus : cela aurait fait double emploi avec le prénom. En ce sens : Conseil d'éthique allemand, *op. cit.*, p. 128 et les références mentionnées.

Une analyse littérale du paragraphe 22, alinéa 3 peut donner à penser que, à l'image de la législation néerlandaise, cette possibilité d'un troisième sexe n'est ouverte qu'aux personnes dont l'intersexuation est identifiée à la naissance. Pour autant, il n'en est rien. L'étude des travaux préparatoires révèle que cette possibilité concerne également les personnes adultes et qui demanderaient *a posteriori* à corriger leur état civil[154]. Ceci a été consacré dans une décision de la cour d'appel de Celle[155], confirmée par la Cour fédérale de justice[156], ainsi que dans une réponse ministérielle[157]. Par ailleurs, dans sa réponse ministérielle, le gouvernement allemand a précisé quelque peu la procédure à suivre pour procéder à ce changement (*lato sensu*) de la mention du sexe : il doit s'agir d'une procédure de rectification d'état civil relevant de l'article 47 de la loi sur le statut personnel. En outre, indique le gouvernement, la preuve de l'intersexuation doit en principe être rapportée par le biais d'un certificat médical[158]. Pour autant, cette condition semble en pratique parfois écartée puisque quelques personnes trans' ont pu également bénéficier de ce dispositif.

Ces dispositions sont aujourd'hui réellement appliquées puisque dans la réponse ministérielle précitée, le gouvernement indique qu'entre novembre 2013 et août 2014, huit enfants ont été enregistrés à l'état civil sans qu'aucun sexe ne soit mentionné. Le même document indique également qu'en janvier 2016, il y avait en Allemagne au moins douze personnes pour lesquelles aucun sexe n'était mentionné sur leur acte de naissance[159].

Si le législateur a introduit cette troisième option, il n'en a pas pour autant envisagé les conséquences, sans doute car, comme l'écrit un auteur, cela aurait généré d'importantes difficultés, empêchant à terme au processus législatif d'aboutir[160]. En particulier, la législation sur les passeports n'a pas été modifiée puisque n'a pas été introduite la possibilité d'inscrire sur les passeports la mention « X », comme le permet pourtant le droit international ou européen[161]. De même, la réglementation afférente au numéro d'immatriculation à l'assurance vieillesse n'a, pour l'instant, pas été modifiée puisqu'elle ne prévoit toujours que deux possibilités[162]. De même encore, n'ont pas été retouchées les règles sur la filiation, le mariage ou le partenariat civil.

---

[154] Voyez l'intervention du parlementaire Peter Tauber cité dans W. SIEBERICHS, « Das unbestimmte Geschlecht », *FamRZ*, 2013, Heft 15, pp. 1180-1184, spé. p. 1181.

[155] OLG Celle, 21 mai 2015, 17 W 28/14, http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2015/01/OLG-Celle.pdf, § III, 3, p. 5.

[156] BGH, 22 juin 2016, ECLI:DE:BGH:2016:220616BXIIZB52.15.0, http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=75539&pos=0&anz=1

[157] Réponse du Gouvernement fédéral, 20 janv. 2016, n° 18/7310.
http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/073/ 1807310.pdf, p. 4.

[158] Idem.

[159] *Id.*, p. 3. Ce chiffre est cependant un minimum car, comme l'indique le Gouvernement fédéral un certain nombre d'États sont dans l'impossibilité pour l'instant d'enregistrer informatiquement les personnes n'ayant pas de sexe, de sorte que l'enregistrement se fait « à la main ». En effet, certains *länder* utilisent des logiciels d'état civil ne permettant pas à l'heure actuelle d'enregistrer une troisième option.

[160] W. SIEBERICHS, *op. cit.*, p. 1184.

[161] *Idem*, p. 1183.

[162] *Id.*, p. 1184.

B. En droit prospectif

Si la loi du 7 mai 2013 a pu apparaître comme un progrès en ce qu'elle reconnaissait le caractère non binaire de l'identité sexuée, le dispositif mis en place a été parfois critiqué[163]. Aussi, depuis lors, plusieurs actions juridiques et institutionnelles ont été mises en œuvre afin d'amender l'alinéa 3 du paragraphe 22 précité.

D'abord, sous l'impulsion d'une association défendant l'existence d'une véritable troisième option à l'état civil[164], une procédure judiciaire a été engagée afin de permettre aux personnes intersexuées d'avoir leur sexe inscrit positivement sur les registres d'état civil avec la mention « inter » ou « divers ». Si ces demandes n'ont pas été accueillies positivement par les juges d'Hanovre (en première instance), de Celle (en appel) et de la Cour fédérale de Justice en troisième instance[165], elles l'ont en revanche été par le Tribunal constitutionnel fédéral. Dans sa décision du 10 octobre 2017[166] – dont nous avons proposé un commentaire[167] – le tribunal a jugé que le refus d'inscrire une mention positive portait doublement atteinte aux droits fondamentaux du requérant. Pour le Tribunal, il s'agit d'une discrimination fondée sur le genre, puisque seules les personnes ayant un genre non binaire sont privées de la possibilité d'inscrire un genre leur correspondant. Surtout, le tribunal a jugé qu'il s'agissait là d'une atteinte aux droits de la personnalité du requérant, atteinte que l'intérêt des tiers ne permettait pas de justifier. En effet, (1) les tiers ne sont pas obligés d'adopter une telle mention positive de sexe/genre. Même pour ceux qui seraient intersexuées ou trans', la Cour souligne bien que l'inscription d'un sexe/genre non binaire ne doit pas être obligatoire et que ces personnes doivent pouvoir conserver la possibilité d'être rattachée au sexe/genre masculin ou féminin ou de n'inscrire aucune mention de leur sexe/genre à l'état civil. (2) La Cour ajoute que la reconnaissance d'un troisième sexe/genre ne causera pour l'administration que de minces contraintes bureaucratiques, financières ou organisationnelles, de sorte que celles-ci ne sauraient faire obstacle à la possibilité d'inscrire une mention autre que le masculin et le féminin. (3) La Cour relève que l'inscription d'une entrée positive, du moins si elle est standardisée — la Cour refuse une inscription d'une mention de genre aléatoire —, ne créera aucun problème qui n'existe pas déjà dans l'état actuel de la législation allemande. La question de savoir comment appliquer les règles dépendant du sexe/genre à une personne de sexe/genre non binaire est la même que celle de savoir comment appliquer ces règles à une personne n'ayant pas de mention du sexe/genre inscrite à son état civil. Pour ces deux raisons (l'existence

---

[163] *Cf.* not. SIEBERICHS, *op. cit.*, p. 1184 où l'auteur indique que l'absence positive de mention a été perçue comme une contrainte par certaines personnes intersexuées, ainsi que comme une manière d'inciter les parents à choisir un sexe pour leur enfant, en réalisant pour cela des actes d'assignation sexuée non médicalement nécessaires.

[164] http://dritte-option.de/.

[165] Cour fédérale de Justice, 22 juin 2016, http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py? Gericht=bgh&Art=en&nr=75539&pos=0&anz=1. Pour un commentaire et une traduction d'un extrait de cette décision, voir notre texte : *Troisième sexe en Allemagne : une reconnaissance pour l'instant en demi-teinte*, 20 sept. 2016, https://sexandlaw.hypotheses.org/27.

[166] http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.html.

[167] https://sexandlaw.hypotheses.org/292.

d'une discrimination et l'atteinte aux droits de la personnalité), le Tribunal a jugé que la loi de 2013 précitée était inconstitutionnelle et il a exigé du législateur allemand, soit qu'il renonce à l'inscription d'un sexe à l'état civil, soit (et cela peut être cumulé) qu'il prévoit la possibilité d'opter pour une mention positive uniforme de sexe qui ne soit ni le masculin ou le féminin.

En outre, l'Agence de lutte contre les discriminations, dans un rapport de décembre 2015, a proposé d'aller plus loin que la seule admission d'une troisième option. Outre les mentions de sexe masculin et féminin, celle-ci a recommandé deux autres options : d'une part une option « autre » et d'autre part l'absence de mention[168]. Le rattachement à ces options devrait se faire, nous dit l'Agence, conformément au principe d'auto-détermination. L'Agence ne se prononce en revanche guère sur la manière d'articuler ces nouvelles catégories avec les règles de droit sexuées existantes.

De son côté, le Gouvernement fédéral a poursuivi son travail sur la reconnaissance potentielle d'un troisième sexe. Ainsi, dans le cadre du Groupe de travail interministériel « intersexualité/transsexuel », le Gouvernement fédéral a mandaté des universitaires afin de produire un rapport sur une meilleure reconnaissance de la diversité des genres. Ce rapport publié en 2017 contient notamment une offre de loi dont l'article 2 (2), propose quatre possibilités pour le genre : masculin, féminin, non spécifié, autre option de genre. Il est intéressant de relever que l'entrée « autre option de genre » peut être remplacée par tout autre nom, dans la limite de trente caractères. Ce rapport pose en outre les premières bases pour une adaptation du droit allemand à un système non binaire, puisqu'il évoque les principales adaptations à réaliser[169].

2. LE CHANGEMENT DE SEXE

Traditionnellement la question du changement de sexe ne se posait en Allemagne que pour les personnes trans'. Cependant, depuis la reconnaissance d'une identité sexuée ni masculine ni féminine, la question doit être aussi examinée à propos des personnes intersexuées. Les règles du changement n'étant pas les mêmes, on les traitera séparément.

---

[168] Antidiskriminierungsstelle, Gleiche Rechte - gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, 10 déc. 2015. http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Handlungsempfehlungen_Kommission_Geschlecht.pdf?__blob=publicationFile&v=5, paragraphe 2.4.2.

[169] N. ALTHOFF, G. SCHABRAM AND P. FOLLMAR-OTTO, Geschlechtervielfalt im Recht, Status quo un Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt, Deutsches Institut für Menschenrecht, 2017, p. 30 s. https://www.bmfsfj.de/blob/114066/7830f689ccdfead8bbc30439a0ba32b9/geschlechtervielfalt-im-recht---band-8-data.pdf.

A. Le changement de sexe pour les personnes trans'

À la suite d'une décision du Tribunal constitutionnel fédéral[170], le législateur est intervenu par une loi du 10 septembre 1980[171] afin d'autoriser sous des conditions strictes les personnes trans' à changer de sexe. Les dispositions de cette loi ont depuis lors été contestées à plusieurs reprises devant le Tribunal constitutionnel ce qui a conduit à suspendre la vigueur de nombre de dispositions de cette loi[172]. Le droit actuel ne donne cependant pas entière satisfaction aux personnes trans' et il semble qu'il soit amené à évoluer. Après avoir présenté l'état actuel du droit positif allemand, nous présenterons les perspectives d'évolution, autrement dit le droit prospectif.

Le droit positif

Pour bien comprendre l'état du droit allemand, il est nécessaire de préciser à titre liminaire que le sexe des individus ne figure pas sur leur carte d'identité. Aussi, dans leur vie quotidienne, le principal marqueur de l'identité sexuée qui pose problème aux personnes trans' n'est pas tant leur sexe à l'état civil que leur prénom. Voilà pourquoi il a semblé au législateur allemand que nombre des difficultés rencontrées par les personnes trans' pourraient être résolues par une simple modification du prénom inscrit sur les registres d'état civil. D'où la création par la loi du 10 septembre 1980 de deux procédures, l'une dite « restreinte », qui concerne seulement le changement de prénom, et l'autre dite « large », qui concerne tant le prénom que le sexe inscrit à l'état civil.

Ces procédures ayant des effets distincts, elles étaient naturellement soumises à des conditions différentes. Cependant, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand a progressivement rapproché les conditions pour accéder à ces procédures. Les juridictions — dont le Tribunal précité — sont également intervenues pour renforcer les effets de ce changement.

Les conditions du changement d'identité sexuée

Les procédures de changement de sexe et de prénom sont des procédures judiciaires et médicalisées, en ce sens que la décision de changement de prénom ou de sexe est prise par un magistrat après avoir entendu deux experts attestant que, au regard des connaissances médicales actuelles, il est très probable que la personne ne reviendra pas sur sa décision de changement d'identité sexuée. Si l'article premier ne dit pas explicitement qu'il doit s'agir de médecins, tel est bien le cas en pratique, puisque les experts sont souvent des psychiatres[173].

---

[170] BVerfGE 49, 286, 11 oct. 1978, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049286.html.

[171] Bundestag, Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Trans'ngesetz – TSG), 10 sept. 1980, BGBl. I S. 1654 http://www.bgbl.de/xaver/bgbl /start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl180s1654.pdf

[172] *Cf.* les références des décisions citées *infra*.

[173] Cf. Antidiskriminierungsstelle, *Gleiche Rechte - gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts*, 10 déc. 2015, http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/ Handlungsempfehlu ngen_Kommission_Geschlecht.pdf?__blob=publicationFile&v=5, p. 25.

Par ailleurs, il existe une condition de délai : la procédure n'est ouverte qu'aux personnes trans' à même de prouver qu'elles ont voulu vivre dans le sexe « opposé » depuis au moins trois ans.

Initialement ces procédures n'étaient pas ouvertes aux étrangers, à moins qu'ils ne s'agissent de réfugiés, d'apatrides ou de demandeurs d'asiles. Néanmoins, à la suite d'une décision du Tribunal constitutionnel fédéral[174], le législateur est intervenu[175] pour étendre aux étrangers, à certaines conditions, le droit de changer leur identité sexuée. Il est ainsi exigé que ces étrangers soient légalement installés en Allemagne et qu'il soit, en outre, établi que leur législation nationale ne leur permet pas de bénéficier de procédures équivalentes à celles prévues par le droit allemand.

Initialement, encore, la loi du 10 septembre 1980 prévoyait que ces procédures n'étaient ouvertes qu'aux personnes de plus de vingt-cinq ans. Cependant, le Tribunal constitutionnel fédéral a vu dans cette limitation une violation de la Loi fondamentale et en a donc suspendu la vigueur, d'abord pour la procédure « restreinte »[176], ensuite pour la procédure « large »[177]. Le législateur est par la suite intervenu pour abroger cette condition[178].

Enfin, dans le texte initial, des conditions supplémentaires étaient nécessaires pour accéder à la procédure large de changement de sexe. Ainsi fallait-il ne pas être marié (paragraphe 8, (1), 2), être définitivement stérile (paragraphe 8, (1), 3) et avoir conformé ses organes génitaux externes à l'apparence de ceux du sexe désiré (paragraphe 8, (1), 4). La vigueur des dispositions prévoyant ces conditions a cependant été suspendue par le Tribunal fédéral constitutionnel[179], parfois relayé dans son action par le législateur, intervenant quant à lui pour abroger les dispositions litigieuses[180]. Dès lors, il n'est plus nécessaire aujourd'hui, pour une personne trans' désireuse de changer son sexe, de renoncer à son mariage (nullité ou divorce) ou de subir des actes médicaux d'assignation sexuée.

---

[174] BVerfGE 116, 243, 18 juill. 2006, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv116243.html.

[175] Bundestag, *Gesetz zur Änderung des Passgesetzes und weiterer Vorschriften*, 20 juill. 2007, BGBl. I S. 1566, http://www.buzer.de/outb/bgbl/1566071.htm, art. 3.a.

[176] BVerfGE, 60, 123, 16 mars 1982, www.servat.unibe.ch—bv060123.html.

[177] BVerfGE, 88, 87, 26 janv. 1993, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088087.html.

[178] Bundestag, *Gesetz zur Änderung des Passgesetzes und weiterer Vorschriften*, 20 juill. 2007, BGBl. I S. 1566, http://www.buzer.de/outb/bgbl/1566071.htm, art. 3.a.

[179] Pour la condition tenant au mariage : BVerfGE 121, 175-205, 27 mai 2008, http://www.bundesverfassungs gericht.de/entscheidungen/ls20080527_1bvl001005.html ; pour les conditions de stérilité et de chirurgie conformatrice : BVerfGE 128, 109-137, 11 janv. 2011, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/ Entscheidungen/DE/2011/01/rs20110111_1bvr329507.html.

[180] Bundestag, *Gesetz zur Änderung des Trans'ngesetzes*, 17 juill. 2009, BGBl. I S. 1978, http://www.buzer.de/ outb/bgbl/1978091.htm. L'article 1 abroge la condition tenant au mariage, jusque-là seulement suspendue. Ce faisant, le législateur a préféré maintenir ces personnes dans les liens du mariage — apportant ainsi une dérogation au principe suivant lequel le mariage est en Allemagne l'union de personnes de sexe différent —, plutôt que de transformer automatiquement ces unions en partenariat civil.

Les effets du changement d'identité sexuée

Lorsqu'une personne décide de changer son prénom, ce changement est relativement précaire, en ce sens qu'il peut être remis en cause si celle-ci adopte un comportement objectivement jugé non conforme à l'identité sexuée réclamée[181]. En effet, l'article 7 (1) de la loi de 1980 prévoit que la décision ayant autorisé le changement de prénom se trouve annulée si, dans les trois cents jours de la décision de changement, vient à naître un enfant à l'égard duquel la filiation du demandeur se trouve établie. De même, il était initialement prévu que si la personne se marie — étant précisé que le mariage n'est ouvert en Allemagne qu'entre personnes de sexes différents — alors la décision de changement de prénom se trouve annulée (paragraphe 7, (1), 3). La vigueur de cette dernière disposition a cependant été suspendue par le Tribunal constitutionnel fédéral en 2005[182]. Celui-ci a en effet considéré qu'il fallait à tout le moins permettre à ces personnes de poursuivre leur union sous la catégorie du partenariat enregistré.

Concernant le changement de sexe proprement dit, la loi allemande n'indique pas expressément que ce changement ne vaut que pour l'avenir. Néanmoins cette règle est explicitement mentionnée à propos de certains rapports entre la personne changeant de sexe et les tiers, ce qui porte à croire que d'une manière générale le changement n'est pas rétroactif. Ce caractère non rétroactif est ainsi précisé pour le rapport entre le requérant et ses descendants nés antérieurement au changement (paragraphe 11 de la loi précitée) ou encore ses rapports avec les caisses de retraite lui versant des pensions (paragraphe 12).

Relevons en outre que le changement de sexe ne produit aucun effet du point de vue du droit de la filiation où la personne semble devoir conserver son sexe d'origine. En effet, la cour d'appel de Cologne, interprétant téléologiquement le paragraphe 11 précité, a pu juger qu'une personne de sexe masculin devenue femme pouvait bénéficier des modes d'établissement de la filiation réservés aux pères et ainsi reconnaître son enfant biologique né postérieurement au changement de sexe à la suite d'une insémination artificielle subie par sa compagne à partir de son sperme congelé[183]. Cette analyse a été confirmée en 2011 par le Tribunal constitutionnel fédéral qui, dans la décision précitée par laquelle il a suspendu la vigueur de la condition de stérilité, a indiqué que cette suspension ne venait pas perturber le droit de la filiation. Pour le Tribunal, en effet, une interprétation large du paragraphe 11 permet de considérer que, s'agissant du droit de la filiation, ces personnes doivent continuer à être rattachées à leur sexe initial[184].

---

[181] La décision de changement de prénom peut également être abrogée à la demande du requérant qui doit alors se rendre à nouveau devant les tribunaux et indiquer qu'il se sent à nouveau appartenir au sexe « opposé ». Cette fois aucune expertise n'est demandée.

[182] BVerfGE, 115, 1, 6 déc. 2005, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115001.html.

[183] OLG Cologne, 16 Wx 94/09, 30 nov. 2009, http://openjur.de/u/140061.html.

[184] BVerfGE 128, 109-137, 11 janv. 2011, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/01/rs20110111_1bvr329507.html, § 72.

Le droit prospectif

Depuis quelques années, une tendance semble se dessiner au sein des institutions allemandes afin d'amender en profondeur la loi de 1980. Ainsi, en septembre 2014, le gouvernement allemand a mis sur pied le Groupe de travail interministériel « intersexualité/transsexuel » chargé de réfléchir à l'amélioration de la situation des personnes trans' et intersexuées. Dans le cadre de ce groupe de travail, un rapport a notamment été commandé à des universitaires afin que soit établi si la loi de 1980 devait être réformée voire abolie[185].

Parallèlement à cette action gouvernementale, l'Agence de lutte contre la discrimination a publié en décembre 2015 un rapport déjà cité relatif à la discrimination fondée sur le sexe, lequel contient plusieurs recommandations relatives aux personnes trans' :

- Limiter les cas où une personne est désignée par son identité sexuée (§ 2.4.2 du rapport) ;
- Abolir la loi de 1980 et créer une loi nouvelle sur l'identité de genre où le principe d'autodétermination serait pleinement consacré, conformément à la résolution 2048 du Parlement européen[186] (§ 2.6.1) ;
- Permettre la rétroactivité du changement de genre sur les diplômes et autres documents importants pour la vie professionnelle (§ 2.6.2).

B. Le changement de sexe pour les personnes intersexuées

Lorsque le législateur allemand a reconnu en 2013 le droit pour les personnes intersexuées d'appartenir à des catégories autres que les sexes masculin et féminin, celui-ci n'a nullement cherché à préciser la procédure à suivre pour permettre aux personnes intersexuées actuellement rattachées aux sexes masculin et féminin de se rattacher à cette nouvelle identité sexuée. Confrontée à cette difficulté les magistrats semblent pour l'instant avoir accepté de recourir à la procédure de rectification prévue par l'article 47 de la loi précitée sur le statut personnel[187]. Pour changer la mention du sexe il suffirait alors de prouver qu'une erreur a été commise dès l'origine sur cette mention. Dans une réponse ministérielle, le gouvernement a confirmé que telle était la procédure à suivre et il a indiqué que la preuve de l'erreur serait généralement produite au moyen d'un certificat médical[188]. Reste à savoir cependant si la seule preuve de la condition physique d'intersexuation suffit, ou s'il faut également prouver un ressenti intersexué depuis l'établissement de l'acte de naissance. Dans le second cas, compte tenu de la difficulté à prouver l'existence d'un sexe psychologique intersexué pour le passé, les personnes

[185] http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=215952.html.

[186] Parlement européen, *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, résolution 2048 (2015), http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=21736&lang=FR

[187] OLG Celle, 21 mai 2015, 17 W 28/14, http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2015/01/OLG-Celle.pdf. Le tribunal ne cite pas explicitement l'article 47, mais semble faire sienne l'analyse d'un auteur qui retient cette procédure, W. Sieberichs, fréquemment cité dans la décision.

[188] Réponse du Gouvernement fédéral, 20 janv. 2016, n° 18/7310, http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/073/ 1807310.pdf, p. 4.

intersexuées tenteront probablement de recourir à la procédure prévue par la loi de 1980 précitée, ce qui ouvrira alors la question de savoir si cette procédure peut leur être également ouverte.

3. SYNTHÈSE

Du droit allemand, les éléments importants à retenir sont les suivants :

- S'agissant des mentions du sexe, la loi reconnaît depuis 2013 une identité sexuée non binaire à l'état civil. Cette reconnaissance est cependant relativement mesurée puisque cette identité n'apparaît pas formellement sur les registres d'état civil et que le législateur n'a nullement cherché à articuler cette autre identité sexuée avec les règles existantes. Il est probable qu'à l'avenir des évolutions surviennent, tant pour l'intitulé de la mention du sexe que pour les effets attachés à cette mention.
- Quant au changement de sexe, celui-ci est subordonné à une condition de délai (trois ans) et nécessite une procédure judiciaire où des experts doivent attester que le requérant appartient à l'autre sexe. Depuis 2011, plus aucune condition de stérilisation ou de chirurgie préalable n'est exigée. Le changement opère pour l'avenir mais ne concerne pas cependant le droit de la filiation. Là encore des évolutions sont probables tant sur les conditions que sur les effets.

Le droit allemand dissocie les registres d'état civil des titres d'identité puisque le sexe n'est pas mentionné sur la carte d'identité et que, depuis 2008, le prénom n'a plus à correspondre au sexe de l'individu.

DROIT MALTAIS

Malte est un État centralisé, mélangeant des traditions de *common law* et de *civil law*. Il connaît un système d'état civil centralisé avec notamment la réalisation d'acte de naissance où est inscrit le sexe de l'individu (art. 278 (c) et 287 du code civil[189]).

Le droit maltais a été profondément renouvelé sur cette question en 2015 à l'occasion du vote du *Gender identity, gender recognition and sex characteristics Act*[190] (*GIGESC Act*) qui, dans son article 3, a reconnu le droit pour toute personne de voir son identité sexuée (*gender identity*) reconnue. Tout en reconnaissant le droit à l'identité de genre, cette loi n'en a pas moins maintenu la notion de sexe, encore inscrire à la naissance.

Cette loi a adopté une approche globale à deux égards. D'abord, en s'intéressant tant aux personnes trans' qu'intersexuées — même si celles-ci ne sont pas nommément désignées dans le texte où il n'est question que de changement de marqueur de genre ou de caractéristiques sexuées. Ensuite, en tâchant d'englober les aspects juridiques liés à l'état civil, médicaux liés aux soins et sociaux liés aux difficultés de ces personnes de

[189] http://www.justiceservices.gov.mt/downloaddocument.aspx?app=lom&itemid=8580.

[190] Le texte initial est du 14 avril 2015. Il a été complété par une nouvelle loi du 14 juillet 2015 afin de régler la situation des personnes trans' qui aurait été adoptées et qui se trouvaient *de facto* exclues.

vivre dans une société où la conception binaire, intangible et biologique du sexe demeure importante — malgré un passage du vocable « sexe » à celui de « genre ».

Ainsi, à la différence par exemple de nombreux textes internationaux ou nationaux qui ne s'en tiennent qu'aux questions d'identité de genre, en laissant de côté les questions plus pratiques d'ordre médical ou social, la loi maltaise entend agir sur ces terrains. Sont ainsi encadrées les pratiques médicales d'assignation sexuée réalisées sur les enfants intersexués (art. 14) ; la loi met même sur pied un groupe de travail dédié à l'encadrement des actes médicaux d'assignation sexuée (art. 16). De même, la loi maltaise pose un droit d'accès aux soins en lien avec le sexe ou le genre pour les personnes qui en feraient la demande (art. 15). En outre, conscient des difficultés rencontrées par les minorités sexuées à trouver leur place dans la société, la loi pose un droit au soutien psychologique ou au soutien par les pairs (art. 15).

Reprenant la trame suivie jusqu'à présent, en adoptant toutefois le terme de « genre » retenu en droit maltais, on examinera dans un premier temps la question des mentions de genre disponibles, avant de s'intéresser aux procédures de changement de mention.

1. LES MENTIONS DE GENRE DISPONIBLES

L'état du droit maltais sur la question du nombre de mention de genre disponible est une question encore incertaine. Comme nous allons le voir, théoriquement tous les outils sont présents dans la législation maltaise pour admettre à l'état civil des mentions de sexe autres que le masculin. Cependant, pratiquement, cette reconnaissance semble poser d'importantes difficultés aux autorités maltaises.

A. La possibilité théorique d'une sortie de la binarité du genre

Si le législateur maltais a très nettement reconnu la possibilité de ne pas inscrire de mention du sexe à l'état civil, il semble également avoir implicitement reconnu des mentions de genre non binaires.

La possibilité théorique d'une absence de mention du sexe/genre

La possibilité de n'inscrire aucune mention de sexe à l'état civil résulte de l'article 278 du code civil introduit par l'article 18 (c) du *GIGEST Act*. La possibilité semble toutefois réservée à l'existence d'un état intersexué, puisque cette absence de déclaration n'est ouverte aux parents que dans les cas où le « sexe du mineur ne peut pas être inscrit sur l'acte de naissance tant que le genre du mineur n'est pas déterminé ». Or, il est souvent dit que ce serait uniquement pour les enfants intersexués qu'un tel délai serait nécessaire pour connaître le sexe de l'enfant. Cette absence de mention n'est toutefois pas durable. Le législateur maltais a en effet prévu à l'article 7 (4) que les « titulaires de l'autorité parentale d'un mineur dont le genre (*sic*) n'a pas été déclaré à la naissance doivent, avant que le mineur n'ait atteint l'âge de dix-huit ans, déposer une requête auprès de la Juridiction civile, aux fins d'enregistrement du genre et du prénom du mineur ».

Tôt ou tard, le mineur devra donc être doté d'un genre par ses parents. Cependant, le système ne prévoyant aucun dispositif de surveillance ou d'inscription forcée du genre

par le Directeur du registre d'état civil, il n'est pas impossible que certaines personnes demeurent sans genre à l'état civil. Cette absence de mention, bien que provisoire, pourra donc durer toute la vie durant de l'individu, tant que celui-ci n'est pas contraint de choisir.

La possibilité théorique d'un troisième genre

Si la possibilité pour les personnes d'être identifiées au moyen de mentions de genre non binaires n'est pas prévue explicitement par la loi, elle peut néanmoins être déduite de quatre éléments.

Premièrement, le recours à la notion de genre par le *GIGESC Act* vient au soutien d'une sortie de la binarité des sexes/genres. Certes, le *GIGEST Act* n'a nullement introduit la notion de genre en droit maltais qui s'y trouvait déjà depuis quelques temps[191]. Pour autant, cette loi, dans son article 18 (c) a introduit la notion de genre dans le code civil maltais — ce qui est cette fois une nouveauté. Plus précisément, l'article 278 (c) du code civil dispose désormais que tout acte de naissance doit comprendre (nous soulignons) la mention « du sexe de l'enfant […] à moins que l'identification du sexe du mineur ne puisse pas être inscrite avant que l'identité de genre de ce mineur n'ait été déterminée ».

Cette coexistence du sexe et du genre dans l'article 278 révèle que pour le législateur, lorsque la mention du sexe est apposée après la naissance, ce n'est plus de sexe dont il s'agit mais d'identité de genre. D'après le législateur maltais, la notion de genre fait référence à « l'expérience intime et individuelle que chaque personne a de son genre, ce qui peut ou non correspondre au sexe assigné à la naissance ; cette expérience inclut la sensation de son propre corps (laquelle peut impliquer, si elle est librement choisie, une modification de son apparence physique et/ou de ses fonctions par la médecine, la chirurgie ou d'autres moyens) mais aussi d'autres expressions du genre, tel le nom, l'habit, le langage et les manières de se comporter »[192]. Or l'une des caractéristiques du genre est de permettre une sortie de la binarité, comme n'ont pas manqué de le relever les commentateurs maltais de cette loi[193]. Dès lors, si l'on s'en tenait aux sens qu'ont les mots, et en particulier celui de genre, il est permis de penser que la loi maltaise reconnaîtrait, au-delà de la naissance, la possibilité d'inscrire une mention de genre autre que le masculin et le féminin.

Deuxièmement, cette opinion se trouve également alimentée par la reconnaissance — sans réelles conditions de fond — de l'identité de genre de chacun. L'article 3 (1) de la loi pose en effet le droit de chaque citoyen maltais à la reconnaissance de son identité de genre. Si d'aventure le sexe déclaré à la naissance ne correspond pas au genre de l'individu, l'article 4 (1) du *GIGESC Act* permet de changer « le genre enregistré » — étonnamment le texte parle uniquement du genre ici, alors qu'il faudrait plutôt parler du sexe ou du genre au regard de la manière dont l'article 278 du code civil articule les

[191] En particulier depuis la révision de la Constitution maltaise intervenue le 14 avril 2014 pour y introduire la discrimination en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre (Constitution of Malta, art. 32 et 45). http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8566

[192] *GIGESC Act,* art. 2. Traduit par nos soins.

[193] N. S. DEBONO, 'Malta's Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. A Shift from A Binary Gender to A Whole New Spectrum ?', *ELSA Malta Law Review*, Edition V, 2015, p. 5. http://www.elsa.org.mt/wp-content/uploads/2016/04/Art-5-Gender-Identity-.pdf

notions de sexe et de genre — par un simple acte authentique déclaratif (*declaratory public deed*). L'article 5 du *GIGESC Act* détaille le contenu de cet acte déclaratif et aucune de ces indications ne révèle l'existence de conditions de fond susceptibles de venir restreindre substantiellement le droit à la reconnaissance de l'identité de genre. L'acte authentique déclaratif doit ainsi seulement contenir « (a) une copie de l'acte de naissance du requérant ; (b) une déclaration claire, sans équivoque et éclairée du requérant selon laquelle son identité de genre ne correspond pas au sexe assigné dans l'acte de naissance ; (c) le détail de ses caractéristiques genrées ; (d) le prénom avec lequel le requérant souhaite être enregistré ; (e) toutes les mentions obligatoires requises par la loi sur la profession notariale et les archives notariées ». Dès lors, si un citoyen demandait à être reconnu dans une identité non binaire et mettait pour cela en avant des caractéristiques genrées ni masculines ni féminines, rien ne s'opposerait au regard des textes précités à une reconnaissance de cette identité par le directeur du registre de l'état civil auquel l'acte notarié aura été transmis.

Troisièmement, une analyse systémique de la loi maltaise va également dans le sens de la reconnaissance d'identités non binaires. Au moins deux arguments peuvent être avancés en ce sens. D'abord, doit être mentionné l'article 9 (2) qui concerne le droit international privé maltais. Ce texte prévoit que sont reconnus à Malte les mentions du genre autre que le masculin ou le féminin ainsi que l'absence d'une telle mention. L'existence d'une telle reconnaissance nous semble être un indice fort de l'ouverture de la législation maltaise aux mentions non binaires. En effet, le fait que le législateur maltais ait expressément évoqué la question des mentions non binaires en droit international privé alors que ces questions sont plus généralement laissées de côté par les autres pays, nous paraît révéler une volonté du législateur maltais de ne pas admettre seulement des mentions « masculin » et « féminin », y compris en droit interne.

Ensuite, il convient de mentionner l'article 13 (1) du *GIGESC Act*, lequel dispose *in fine* que « toutes les normes doivent être interprétées et appliquées de façon à favoriser le droit à l'identité de genre ». Dès lors, il nous semble que cette disposition vient faire barrage à toute interprétation du *GIGEST Act* qui tendrait à limiter le droit à la reconnaissance de l'identité de genre, en ne permettant son exercice que *via* deux catégories de genre : le masculin et le féminin.

Quatrièmement, il doit être relevé que dans un *Plan d'action LGBTIQ*[194] rédigé par le Ministère du dialogue social quelques mois après le vote du *GIGESC Act*, on peut lire au point 4 (5) d que le Ministère de l'intérieur et de la sécurité nationale, ainsi que les services du Premier ministres sont chargés d'introduire sur les cartes d'identité et les passeports une mention du genre alternative à « M » et « F », telle que « X ». Le fait que le texte parle de mention de genre alternative et non simplement d'une absence de mention (comme c'est le cas en Allemagne), suggère bien que pour le Ministère du dialogue social, le *GIGESC Act* implique de reconnaître une ou plusieurs mentions de genre autre que masculin ou féminin.

[194] Ministère du dialogue social, *Plan d'action LGBTIQ*, juill. 2015 <https://socialdialogue.gov.mt/en/Documents/LGBTIQ%20Action%20Plan/LGBTI.pdf>.

B. Les difficultés pratiques de cette reconnaissance

Malgré l'ensemble de ces éléments, il semble que les personnes demeurant à Malte et qui souhaiteraient que soit reconnue leur identité de genre non binaire éprouveraient des difficultés à cela. Certes, le Gouvernement maltais a annoncé le 5 septembre 2017 que désormais les personnes qui le souhaitent pourraient obtenir la mention « X » sur leurs pièces d'identité et sur leur passeport[195] ; toutefois à ce jour aucun règlement d'application (*subsidiary legislation*) du *GIGESC Act* n'a été édicté sur cette question des marqueurs de genre, ce qui laisse planer une hésitation sur les conditions requises et sur son champ d'application exact.

Concernant les conditions, le communiqué de presse indique que seule une déclaration sur l'honneur est nécessaire. Mais que faut-il déclarer ? S'il s'agit de déclarer qu'on est intersexué, alors cela signifie que les personnes non binaires qui ne seraient pas intersexuées, ne pourraient pas bénéficier de ce dispositif. Quant au champ d'application, le communiqué de presse mentionne seulement les passeports et les pièces d'identité. Qu'en est-il des autres titres d'identité, en particulier les extraits d'acte de naissance ? Ceux-ci ne sont pas mentionnés et la consultation du site internet officiel permettant d'obtenir des copies des actes d'état civil révèle que plus de deux mois après le communiqué de presse, il n'est toujours pas possible d'inscrire le genre « X » sur son acte de naissance. Seuls deux genres sont possibles[196].

Ceci donne à penser que le marqueur « X » correspond moins à une mention positive qu'à une absence de mention, possibilité qui ne ferait qu'étendre aux majeurs intersexes et aux non-intersexes la possibilité d'absence de mention du sexe offerte de n'inscrire aucun marqueur de sexe en cas de naissance d'un enfant intersexué par l'article 7 (4) et 18 du *GIGESC Act*. Cette interprétation peut être confortée par l'analyse de l'annexe 9303 à la Convention de l'Organisation internationale de l'aviation civile, premier document à avoir introduit la mention « X » pour le genre. En effet, la mention « X » y signifie que le champ du sexe/genre n'a pas été « spécifié ». Cette analyse est enfin corroborée par les échanges que nous avons eus avec la présidente du Comité consultatif LGBTIQ, comité siégeant au sein du Ministère du dialogue social. Dans un courriel du 29 septembre 2016, la présidente de ce comité nous indiquait en effet à propos du marqueur « X » dans la loi maltaise qu'il « n'[était] pas un troisième genre mais simplement une non déclaration du genre ». Pour toutes ces raisons, il n'est donc pas impossible, en dépit des effets d'annonce politique et de ce que prévoyait le point 4 (5) d du *Plan d'action LGBTIQ*, qu'il n'y ait pas encore véritablement de troisième genre à Malte, mais seulement une possibilité – restreinte aux passeports et aux pièces d'identité – de faire disparaître le genre. D'ailleurs, le communiqué de presse précité se garde bien d'employer l'expression « third gender ».

Cette absence de reconnaissance réelle d'un troisième genre se trouve conforté par l'analyse des règles binaires qui devraient être adaptées à cette situation. Force est ainsi de constater qu'aucune des autorités ayant à appliquer des règles de droit sexuées n'a pour l'instant adopté des règles nouvelles permettant l'intégration de personnes ayant

[195] https://www.gov.mt/en/Government/Press%20Releases/Pages/2017/September/05/PR171985en.aspx .

[196] https://secure2.gov.mt/certifikati/freestatus.aspx.

un genre non binaire, voire aucune mention de genre. Par exemple, les échanges que nous avons eus avec l'autorité en charge du recensement de la population maltaise ont révélé que celle-ci n'envisageait nullement de permettre aux individus recensés d'inscrire autre chose que les sexes masculin ou féminin[197]. De même, la consultation d'une circulaire produite en 2015 par l'administration pénitentiaire maltaise ne révèle aucune mesure permettant de respecter l'identité de genre non binaire des personnes[198]. Par exemple, lorsque les auteurs de cette circulaire envisagent la question des fouilles corporelles, ils se montrent seulement soucieux de ce que les personnes trans' soient fouillées par des agents dont l'identité sexuée correspond à leur « nouveau genre », sous-entendu masculin ou féminin. Pas un instant n'est envisagée la situation où la personne trans' ou intersexuée aurait une identité de genre non binaire. Cela est d'autant plus frappant que d'après son titre cette circulaire concerne pourtant tant les personnes trans' qu'intersexuées. Ajoutons que même la solution minimaliste de l'absence de mention n'est pas sérieusement prise en compte par les autorités maltaises qui n'ont à ce jour pas pris les mesures nécessaires pour que cet effacement de la mention du genre puisse fonctionner. Comme le relevait un analyste de la loi : comment appliquer les règles de droit genrées aux personnes n'ayant pas de marqueur de genre ? Dans quelle école — toutes ne sont pas encore mixtes, loin s'en faut — ira l'enfant ? Quelles toilettes fréquentera-t-il ? Etc.[199]

Ainsi, malgré l'affirmation de principes généraux susceptibles de permettre l'inscription à l'état de mention non binaires ou encore l'absence de mention du sexe, le droit maltais reste pratiquement silencieux sur ces hypothèses. D'où l'état de relative incertitude de ce droit quant au nombre de mentions du sexe disponible.

2. LA MODIFICATION DU SEXE/GENRE

Le droit maltais n'ayant pas totalement remplacé le sexe par le genre, il est pertinent d'envisager séparément les questions de modifications du sexe et du genre.

A. La modification du sexe

Si le droit maltais ne connaît pas d'action spécifique en modification de la mention du sexe, en revanche les articles 253 et 257 du code civil ouvrent des procédures de rectification des mentions inscrites sur les actes d'état civil, procédures qui englobent donc la mention du sexe inscrite sur l'acte de naissance par application de l'article 278 dudit code.

Les textes ne sont pas très détaillés sur les conditions et effets de cette procédure, mais l'on comprend que le bien-fondé de cette action implique de rapporter, par tous

[197] Courriels du 29 septembre 2016 dans lesquels le Service national de la statistique maltais (NSO) refusait d'enregistrer un troisième genre en s'appuyant sur deux arguments. D'abord le fait que ce qui était recensé était le sexe et non le genre ; or pour le NSO, il n'existe que deux sexes. Ensuite le fait que cette binarité est imposée par le règlement européen n° 1201/2009.

[198] Correctional services, *Trans, gender variant and intersex inmates*, août 2015. https://www.gov.mt/en/Government/Press%20Releases/Documents/pr161790d.pdf

[199] N. S. Debono, précité, p. 7.

moyens, la preuve d'une erreur dans la mention de l'acte (arg. art. 257, (4) c. civ.). Compte tenu de la notion de sexe retenue en droit maltais, ne seront pertinents que les éléments de preuve tenant à la composante biologique du sexe. Ceci implique que, quant à son champ, cette action ne pourra être utilisée qu'en présence d'erreurs strictement matérielles sur le sexe de l'enfant — résultant par exemple d'une erreur de frappe — ou en présence d'enfant intersexué. Ne pourront donc pas s'en prévaloir les personnes ayant, pour reprendre les concepts maltais, un genre différent de leurs caractéristiques sexuées.

Ceci est important car l'action en rectification du sexe ne semble pas avoir les mêmes effets que l'action en changement de genre, la première semblant rétroactive (arg. art. 253 c. civ.) à la différence de la seconde.

B. La modification du genre

L'action en changement de genre est instituée par l'article 4 (1) du *GIGESC Act*. Bien que le texte parle du droit de « changer le genre enregistré », ce sera en réalité le plus souvent une action en établissement du genre. En effet, dans la mesure où l'acte de naissance n'enregistre pas le genre, mais le sexe de l'individu, l'action permettra — sauf l'hypothèse exceptionnelle du mineur intersexué ayant bénéficié des dispositions de l'article 7 (4)[200] — à la personne d'établir son genre. Évoquons les conditions de cette action avant d'en préciser les effets.

Les conditions de la modification du genre

Ratione personae cette procédure est ouverte à tous les citoyens maltais, ainsi qu'aux non maltais bénéficiant d'un statut de réfugié (art. 4, (1) et (8)). En bénéficient notamment les personnes mineures, par l'intermédiaire des titulaires de l'autorité parentale (art. 7, (1)), ainsi que les personnes ayant déjà recouru à cette procédure de changement de genre (art. 8, (2)) — le changement multiple de mention du genre est donc possible en droit maltais. Si la décision n'est donc pas ouverte aux étrangers, sauf s'ils sont bénéficiaires du droit d'asile (art. 4 (8)). Il est par ailleurs prévu à l'article 9 (1) qu'« [une] décision relative à l'identité de genre d'une personne, ayant l'autorité de la chose décidée, est reconnue à Malte, dès lors qu'elle a été prise par une juridiction ou une autorité étrangère compétente agissant conformément à la loi de ce pays ».

Ratione materiae la procédure n'est pas médicalisée, le texte indiquant à plusieurs reprises — non sans répétitions — que « nul n'est tenu de rapporter la preuve d'actes chirurgicaux de réassignation sexuée totale ou partielle, de thérapies hormonales ou de tout autre traitement psychiatrique, psychologique ou médical[201] ».

Quant à la procédure, celle-ci est, en règle générale, déjudiciarisée puisque le changement est opéré par le Directeur du registre d'état civil, à partir d'un acte authentique déclaratif réalisé devant un notaire maltais et devant comprendre les

[200] Cette disposition permet aux parents d'enfants intersexués de ne pas inscrire de sexe sur l'acte de naissance de leur enfant et, une fois que ce dernier a pu affirmer son genre, d'inscrire le genre affirmé par celui-ci.

[201] Art. 3, (3) ; rappr. art. 4, (3) et 5, (2) du *GIGESC Act*.

conditions de formes posées par l'article 5 du *GIGESC Act*. Les deux seules exceptions concernent le cas du mineur (art. 7, (2)) et celui de la personne ayant déjà recouru à cette procédure (art. 8, (1)). Dans le premier cas, il est prévu que le juge doit procédure à deux diligences supplémentaires : (a) vérifier que le changement de genre répond à l'intérêt supérieur de l'enfant et (b) « donner du poids à l'opinion du mineur compte tenu de son âge et de sa majorité ».

Les effets de la modification du genre

Du point de vue des effets du changement de sexe, le droit maltais refuse la rétroactivité des effets du changement de genre. S'il n'y a pas de dispositions générales en ce sens, l'article 3 (2) envisage la plupart des situations dans lesquelles la mention du genre peut avoir eu une influence et il indique à chaque fois que les droits acquis n'en sont pas affectés, en particulier pour les liens de parenté.

Le texte ne dit rien, en revanche, de la situation de l'homme enceint. Il est permis de penser que, à l'image de ce qui s'est produit en France, la tradition fortement catholique de Malte a conduit les parlementaires à faire le choix de taire cette difficulté plutôt que d'essayer de la traiter[202].

Pour autant, la loi maltaise présente à d'autres endroits un incontestable souci de concrétisation de ce droit à l'identité sexuée. Ceci ressort d'abord des dispositions faisant en sorte de rendre effectif le droit d'être reconnu dans sa nouvelle identité de genre. Le législateur maltais ne s'en est ainsi pas tenu à l'affirmation de principe suivant laquelle « [tout] citoyen maltais a le droit de : […] être traité conformément à son identité de genre et, en particulier d'être identifié comme cela est indiqué sur ses documents d'identité » (art. 3, (c)). Ont également été prévues des dispositions pour obtenir la modification de documents publics, mais aussi privés antérieurement établis (art. 10 et 13). Ceci ressort ensuite des dispositions tentant de protéger le droit de la personne de conserver le secret sur son changement de genre. Ainsi sont minutieusement encadrées les conditions de diffusion des copies intégrales d'acte d'état civil. Sauf exception en effet, ces copies ne doivent pas mentionner de détail sur le changement intervenu, en particulier le genre initial. Il doit seulement être indiqué sur l'acte de naissance que l'acte a été établi par le Directeur du registre ou, le cas échéant, la Juridiction civile (art. 4). De même, des peines spécifiques sont prévues pour les personnes qui viendraient à rendre public le changement de genre intervenu (11).

3. SYNTHÈSE

Le droit maltais protège assez largement les droits des personnes trans' et intersexes, même si épisodiquement, sur la question du genre non binaire, des effets d'annonce masquent une réalité moins favorable. Ainsi, la reconnaissance d'un genre non binaire n'est pas tout à fait achevée. Elle ne paraît en l'état concerner que les pièces d'identité ou passeport, et le statut des personnes ayant un marqueur de genre « X » est loin d'être réglé.

---

[202] Rappr. N. S. Debono, précité, p. 3 : « Cependant, dans la mesure où Malte est majoritairement un pays conservateur, un tel projet de loi n'a pas été accueilli à bras ouvert par tous les membres de la société. »

Concernant le changement de la mention du sexe, le droit maltais est démédicalisé, ouvert au mineur, déjudiciarisé (pour la première demande et pour le majeur), mais en revanche fermé aux étrangers (même si des dispositions sont prévues pour les bénéficiaires du droit d'asile ou les personnes ayant obtenu un changement à l'étranger). Les effets du changement de sexe ne sont pas rétroactifs, mais la personne peut tout de même obtenir la rectification des documents publics et privés produits par le passé. La question de la filiation est en revanche laissée dans l'ombre.

DROIT BELGE

Le 25 juin 2017, la Belgique a adopté la 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[203] ». Après avoir brossé la genèse de cette réforme, notre contribution[204] vise à rendre compte de la nouvelle procédure mise en place par le législateur fédéral tant pour modifier le sexe enregistré dans l'acte de naissance que le prénom. Le régime établi par le législateur pour régler les délicates questions de filiation qui en découlent est également analysé.

1. GENÈSE DE LA RÉFORME

Les difficultés des personnes trans' à obtenir la reconnaissance de leur identité vécue selon des critères autres que l'apparence morphologique découlent de la manière dont le droit belge conçoit l'état civil, c'est-à-dire les éléments qui permettent d'identifier une personne tant sur le plan individuel que dans ses relations avec les autres. Ces éléments, parmi lesquels figure le « sexe »[205], constituent le statut personnel dont la réglementation est d'ordre public eu égard à son importance pour l'organisation sociale. De ce caractère d'ordre public découle une indisponibilité, c'est-à-dire une interdiction de modifier l'état par la seule volonté, en dehors des conditions et procédures légales.

Le premier acte d'état civil de toute personne, c'est-à-dire l'acte de naissance, mentionne le sexe de l'enfant : l'article 57 du Code civil fait référence ici à des critères apparents de nature biologique et morphologique permettant une classification binaire – homme ou femme – des personnes. Il n'est pas question d'« identité de genre », fonction du vécu psychique personnel, qui ne peut être définie à la naissance et qui constitue, en toute hypothèse, une construction plus récente totalement ignorée lors de

[203] *M.B.*, 10 juillet 2017 (entrée en vigueur au plus tard le 1er janvier 2018, art. 15).

[204] Cette analyse du droit belge a été réalisée par Nicole Gallus en collaboration avec Emmanuelle Bribosia (professeure à l'institut d'études européennes et à la faculté de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles, directrice du Centre de droit européen) et Isabelle Rorive (professeure à la faculté de droit et de criminologie et à l'institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles, directrice du Centre Perelman de philosophie du droit).

[205] Nous utilisons ici le terme « sexe », plutôt que celui de « genre » pour coller au plus près de la terminologie utilisée par le législateur. Bien évidemment, cette terminologie n'est pas neutre et est révélatrice des rapports que notre droit positif entretient avec le genre conçu comme étant biologiquement déterminé, plutôt que construit socialement et culturellement.

la rédaction du Code civil. Or, la transidentité pose précisément la question d'une discordance perçue entre le sexe de naissance tel que mentionné dans l'acte de l'état civil et l'identité de genre vécue personnellement. La question est d'autant plus complexe lorsque l'on retient que les manifestations de la transidentité sont multiples allant notamment de l'adoption d'une apparence de genre différente, sans modification hormonale ou chirurgicale, à la décision de recours à la modification des caractères sexuels secondaires par un traitement hormonal ou encore, à une conversion irréversible par intervention chirurgicale afin de donner une apparence morphologique conforme à l'identité vécue. Ces manifestations s'accompagnent d'une revendication du droit de définir l'identité personnelle en fonction de critères autres que morphologiques et d'obtenir, en conséquence, la modification de l'acte de naissance.

Dans un premier temps, le droit belge est confronté à cette problématique sous l'angle de la seule « transsexualité », c'est-à-dire de l'hypothèse d'une conversion sexuelle par traitement hormonal et chirurgical. Les personnes concernées vont tenter d'obtenir la reconnaissance de leur identité devant les cours et tribunaux. Deux voies sont utilisées avec des succès divers au fil du temps : l'action judiciaire en rectification de l'acte de naissance (qui suppose d'établir une erreur dans la rédaction de l'acte) et l'action d'état (qui suppose d'établir la preuve d'une conversion sexuelle complète et irréversible liée à une « force irrésistible » permettant de distinguer l'indisponibilité – absolue – de l'état civil pat rapport à son immutabilité – relative)[206]. L'insécurité juridique engendrée par des jurisprudences divergentes conduit le législateur à introduire, le 10 mai 2007, les articles 62*bis* et 62*ter* dans le Code civil qui déjudiciarisent la matière en transférant aux officiers de l'état civil la compétence de modifier la mention du sexe dans l'acte de naissance de l'intéressé[207]. La modification se fait alors par une « déclaration de conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé[208] », accompagnée de la remise à l'officier de l'état civil d'une déclaration du psychiatre et du chirurgien attestant de cette conviction ainsi que d'une réassignation sexuelle faisant correspondre l'intéressé au sexe opposé « dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical[209] » et enfin, d'une impossibilité de concevoir des enfants conformément au sexe précédent. L'officier de l'état civil procède alors à un contrôle formel relatif aux conditions légales, et non pas à un contrôle en opportunité, et établit un acte portant mention du nouveau sexe, acte inscrit dans les registres de l'état civil et en marge de l'acte de naissance.

Même si la loi du 10 mai 2007 a pu être saluée parce qu'elle met fin à une procédure judiciaire aléatoire et la remplace par une procédure administrative simplifiée, transparente et efficace[210], elle est, dès son adoption, sujette à une critique très vive des personnes concernées. En effet, aucune d'entre elles n'est impliquée dans le processus

---

[206] Voy. N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Anthémis, 2013, p. 175 et s., et les nombreuses références citées.

[207] Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2017.

[208] Ces termes soulignent que le législateur persiste dans une conception binaire des genres impliquant un choix définitif et irréversible.

[209] Civ. Anvers, 3 avril 2009, *R.W.*, 2009-2010, p. 630. Cette deuxième condition semble introduire une nuance dans les exigences de conversion sexuelle mais elle est immédiatement effacée par la troisième condition qui suppose une stérilisation définitive.

[210] C. SIMON, « Au-delà du binaire : penser le genre, la loi et le droit des personnes transgenres en Belgique », *Canadian Journal of Women and le the Law – Revue Femmes et Droit*, 2016, 28(3), pp. 521-547.

législatif. Tout se passe comme si la plupart des parlementaires étaient en grande partie ignorants de la situation des personnes pour lesquelles ils légifèrent. Au premier chef, limiter la procédure de modification du sexe enregistré aux personnes qui ont recours à la chirurgie pour modifier leurs organes génitaux externes est très réducteur. D'une part, un nombre important de personnes qui vivent une discordance entre le sexe qui leur a été assigné à la naissance et le genre auquel elles s'identifient ne veulent pas ou ne peuvent pas – parfois pour des raisons médicales – entamer une transition au moyen de thérapies hormonales et/ou de chirurgie[211]. D'autre part, un retour sur l'histoire du terme « transgenre », souvent décrit comme un terme « parapluie »[212] qui vise des situations très différentes, permet de comprendre que la manière dont certaines de ces personnes vivent leur identité de genre met plus fondamentalement en cause l'organisation binaire de notre société, en « s'appropriant, ignorant ou déconstruisant à leur gré les rôles sociaux ou les expressions habituellement associées à l'un ou l'autre genre[213] ».

Du reste, l'économie générale de la loi du 10 mai 2007 induit une approche psychiatrique de la transidentité liée à l'« anormalité » ou aux comportements « déviants »[214]. Si cette approche a pu être endossée par l'Organisation mondiale de la santé ou par l'ouvrage de référence de l'Association américaine de psychiatrie – Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, connu sous l'abréviation « DSM »[215] –, elle est loin de faire l'unanimité. Du reste, le parallèle avec l'homosexualité permet d'en relativiser fortement l'autorité[216]. Par ailleurs, la loi du 10 mai 2007 est très rapidement en porte-à-faux avec des développements du droit international des droits de l'Homme. Deux mois avant son adoption, les Principes de Yogyakarta sur l'application

---

[211] J. J. MOTMANS, I. DE BIOLLEY & S. DEBUNNE, « *Being transgender in Belgium. Mapping the social and legal situation of transgender people* », Institut pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 2010, table 40, 59, 93, 94 ; Agence de l'Union européenne pour les droits fondamentaux (FRA), « *Being trans in the European Union. Comparative analysis of EU LGBT survey data* », 2014, figure 1, table A6.

[212] Voy., par exemple J. MOTMANS et al., *op. cit.*, p. 18; National Centre for Transgender Equality, *Transgender Terminology*, 2014, http://www.transequality.org/sites/default/files/docs/resources/TransTerminology_2014.pdf ; S. Aguirre-SÁNCHEZ-BEATO, « Explaining Discrimination Against Trans People: A conceptual journey », accepté pour publication in *Psychology and Sexuality*.

[213] Voy. l'encadré sous l'article 1, 1° de la « loi modèle relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels » élaborée en 2016 par l'*Equality Law Clinic* de l'ULB en collaboration avec de nombreuses associations, dont *Genres pluriels* (<http://www.philodroit.be/IMG/pdf/_elc_projet_de_loi_mode_le_pour_les_personne_trans__.pdf>).
Sur le processus d'élaboration de cette loi modèle, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Human Rights Integration in Practice: Making equality law work for trans people in Belgium », in E. Brems (dir.), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, Edward Elgar Publishers, 2018 (sous presse) ; « L'Equality Law Clinic aux prises avec les droits bafoués des personnes trans' en Belgique », *revue Sextant*, 2017 (sous presse).

[214] J. BUTLER, *Défaire le genre,* éd. Amsterdam, Nouvelle Édition, 2016 (postface « Le transgenre et 'les attitudes de révolte' », pp. 347-370, spéc. p. 356).

[215] Voy. les références citées dans C. SIMON, *op. cit*., *Canadian Journal of Women and the Law* 2016, 28(3), pp. 521 et s., notes 18 à 20 ainsi que dans E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit*. *in Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, 2018, note 46 (sous presse).

[216] Rappelons que l'homosexualité a été inscrite sur la liste des maladies du DSM jusqu'en 1973 (et des références y ont été maintenues jusqu'en 1987). Pour l'Organisation mondiale de la santé, il faut attendre 1990 pour que toute référence pathologique à l'homosexualité soit retirée.

de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre mettent en lumière l'importance d'une approche ancrée dans l'autodétermination des personnes[217]. Fruits d'une mobilisation à plus large échelle et du travail d'un groupe d'experts en droit international des droits de l'Homme, représentant de nombreuses organisations, ces principes visent à clarifier les obligations de respect, de protection et de promotion des droits humains qui incombent aux États. Le Commissaire aux droits de l'homme pour le Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, est le premier, en 2009, à s'y référer[218]. Le Conseil de l'Europe le suit en adoptant plusieurs recommandations et résolutions destinées à promouvoir les droits des personnes trans'[219]. Le Parlement européen fait de même[220].

Ces ressources supranationales constituent un cadre propice à l'émergence de mobilisations nationales. La collecte de données dans le cadre de recherches comparatives ainsi que l'implication croissante d'organisations transnationales spécialisées dans les droits des personnes trans' participent également à la création de ce terreau favorable. En une décennie, un changement de paradigme a pu être réalisé : une approche ancrée dans les droits humains a remplacé une approche médicale, axée sur le contrôle social et teintée de paternalisme[221]. Cette évolution a été, pour partie, consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme. En avril 2017, cette juridiction a condamné la France qui, comme la Belgique, subordonnait la modification du sexe enregistré à la preuve d'une stérilisation[222]. Elle a, en revanche, laissé l'imposition d'un parcours psychiatrique à l'appréciation des autorités nationales à défaut de consensus européen[223].

---

[217] Principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007.

[218] « Issue Paper on Human Rights and Gender identity », CommDH/IssuePaper(2009)2, 29 juillet 2009.

[219] Voy., par exemple, la 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 ; la Résolution 2048 (2015) de l'Assemblée parlementaire sur la discrimination des personnes transgenres en Europe, adoptée le 22 avril 2015. Pour d'autres références, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit*. in *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, 2018, note 33 (sous presse).

[220] Voy. notamment la Résolution du Parlement européen du 9 juin 2015 sur la stratégie de l'Union européenne pour l'égalité entre les femmes et les hommes après 2015, adoptée le 9 juin 2015.

[221] Transgender Europe (TGEU), « Legal Gender Recognition in Europe. Toolkit », par R. KOHLER ET J. EHRT, 2ème éd. révisée, novembre 2016, p. 6.

[222] Cour eur. D.H., 6 avril 2017, *A.P., Garçon & Nicot v France*, req. n° 78995/12, 52471/13 et 52596/13. Voy. aussi Cour eur. D.H., 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, req. n° 14793/08.

[223] Voy., notamment, P. CANNOOT, « A.P., Garçon and Nicot v. France: the Court draws a line for trans rights », posté sur *Strasbourg Observers*, 5 mai 2017 et B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 994-995 et « L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mai 2017.

2. LA NOUVELLE PROCÉDURE ET SES LIMITES

Cette évolution n'a pas échappé au gouvernement fédéral qui s'est engagé, dès décembre 2014[224], à adapter la loi du 10 mai 2007 « relative à la transsexualité », aux obligations internationales tirées du respect des droits fondamentaux. Sous la pression de la société civile, un projet de loi est élaboré durant l'automne 2016 et conduit, le 25 juin 2017, à l'adoption de la 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 ». Cette nouvelle législation se revendique du droit à l'autodétermination[225]. Même si elle n'en tire pas toutes les conséquences, elle rompt avec l'approche pathologisante de la loi adoptée dix ans plus tôt. Les conditions de stérilisation et de psychiatrisation sont supprimées de la nouvelle procédure de modification du « sexe enregistré » dans l'acte de naissance. Celle-ci n'est plus liée à une démarche médicale de « réassignation sexuelle ». En d'autres termes, la loi rompt le lien entre le sexe enregistré dans l'acte de naissance et l'apparence des organes sexuels externes. Elle n'est plus limitée aux personnes (dites « transsexuelles ») qui ont recours à la chirurgie. Elle continue néanmoins à nourrir l'ambiguïté née de la confusion entre le sexe et le genre[226].

A. La procédure de modification du sexe enregistré applicable aux personnes majeures et aux mineurs émancipés

La nouvelle procédure, grandement simplifiée, consiste en deux déclarations échelonnées dans le temps devant l'officier de l'état civil, lequel est astreint à un devoir d'information tant vis-à-vis de la personne concernée que du ministère public.

Une première déclaration devant l'officier d'état civil

L'article 62*bis* du Code civil prévoit désormais que « [tout] Belge majeur ou Belge mineur émancipé ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement, peut faire déclaration de cette conviction à l'officier de l'état civil » (premier paragraphe) de la commune dans laquelle il est inscrit aux registres de la population (paragraphe 2)[227].

L'identité de genre n'est pas définie par la loi. Elle renvoie au « genre auquel une personne s'identifie, au sens psychosocial indépendamment des caractéristiques

---

[224] Accord du Gouvernement MR/NVA, p. 226 <http://www.premier.be/fr/accord-de- gouvernement>.

[225] Projet de loi du 4 avril 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/001, p. 8.

[226] L'exposé des motifs de la loi confond également « transgenre » et « transsexualité » (*Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/001, p. 25 et 26).

[227] Pour le Belge qui n'est pas inscrit aux registres de la population, la déclaration doit être effectuée à l'officier de l'état civil de son lieu de naissance ou, s'il n'est pas né en Belgique, à l'officier de l'état civil de Bruxelles (article 62 bis, § 2, al. 2 et 3).

biologiques » ou du sexe enregistré dans l'état civil à la naissance[228]. L'identité de genre est auto-définie et auto-déclarative en fonction de l'expérience intime et personnelle de chacun[229]. Cette référence au vécu individuel est toutefois remise en cause par certains militants qui y voient un risque d'essentialisation ou de naturalisation que les mouvements féministes se sont précisément efforcés de déconstruire[230].

La déclaration à effectuer auprès de l'officier d'état civil prend la forme d'un écrit signé dans lequel l'intéressé indique que « depuis un certain temps déjà, il a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement et qu'il souhaite les conséquences administratives et juridiques d'une modification de l'enregistrement du sexe dans son acte de naissance » (article 62*bis*, paragraphe 3 du Code civil).

La mission d'information de l'officier d'état civil

L'officier d'état civil se doit d'acter la déclaration et d'en délivrer un accusé de réception (paragraphe 3). Il n'a aucun pouvoir d'appréciation sur son bien-fondé. Sa mission à l'égard de l'intéressé est essentiellement informative. Il doit non seulement expliquer les suites de la procédure mais également attirer l'attention de l'intéressé sur les conséquences administratives et juridiques qu'elle emporte (article 62*bis*, paragraphe 3 du Code civil).

La loi indique expressément que l'officier d'état civil doit insister sur le caractère en principe irrévocable de la modification du sexe enregistré dans l'acte de naissance (article 62*bis*, paragraphe 10 du Code civil). L'intéressé ne pourra obtenir une nouvelle modification de son sexe enregistré qu'en cas de « circonstances exceptionnelles » – erreur ou transphobie, par exemple – qu'il lui appartiendra de prouver. La procédure destinée à « revenir au sexe initial » se déroulera devant le tribunal de la famille. Ce régime plus contraignant a été justifié par le législateur afin « de prévenir et éviter les cas de fraude où une personne pourrait changer l'enregistrement du sexe constamment[231] ».

Au-delà de l'accent particulier mis, à différentes reprises, par le législateur sur le risque de fraudes ou d'abus, l'irrévocabilité de la modification du genre enregistré a été critiquée au motif qu'elle contredit l'idée même d'autodétermination dont la loi se revendique pourtant. Le concept, bien documenté, de fluidité des genres est également balayé. Pour plusieurs associations auditionnées par la Commission Justice de la Chambre des représentants, les personnes qui « ne se sentent ni homme, ni femme » ou dont « l'identité de genre change plusieurs fois durant la vie » ne devraient pas se voir interdire de modifier plus d'une fois leur genre enregistré par la procédure simplifiée[232]. Certes,

---

[228] Voy. l'article 1, 1° de la « loi modèle relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels » précitée.

[229] L. BERENI et al., *Introduction aux études sur le genre*, De Boeck Supérieur, 2012, 2ème éd., p. 111.

[230] C. SIMON, op. cit., Canadian Journal of Women and the Law 2016, 28(3), pp. 521 et s.

[231] *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/001, p. 22.

[232] Voy. notamment l'audition de Katrien Van Leirberghe, représentante de l'asbl "Çavaria", *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/004, pp. 35-36 Pour de plus amples développements sur les auditions, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit*. in *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, 2018 (sous presse).

une telle posture revient *in fine* à mettre en cause l'enregistrement même du « genre » à l'état civil. Si elle a été brièvement évoquée lors des débats parlementaires, elle n'a jamais été sérieusement envisagée tant l'identité de genre binaire constitue l'une des catégories structurantes de la société[233].

Le devoir d'information de l'officier d'état civil passe également par la remise à l'intéressé d'une brochure dont le contenu est en cours d'élaboration et devra être défini par arrêté royal (article 62*bis*, paragraphe 3, alinéa 5 du Code civil). Les coordonnées d'organisations destinées aux personnes trans' sont également transmises à la personne concernée qui reste libre de les consulter. Il s'agit là d'une modification importante par rapport à la première mouture du projet de loi qui érigeait ces organisations, à leur corps défendant, en « garde-barrières », chargées de délivrer une attestation certifiant que l'intéressé avait été dûment informé de l'ensemble des conséquences de la modification de son sexe enregistré[234]. Cette exigence, outre qu'elle n'était accompagnée d'aucun soutien financier au secteur associatif concerné, était contraire au droit à l'auto-détermination. Comme certaines juristes l'ont souligné au cours des travaux parlementaires :

> « Franchir la porte d'une association relève du choix de chacun. Comme, du reste, franchir celle d'un psychiatre ou d'un psychologue. Le rôle de l'État n'est pas de s'immiscer dans ce choix lorsqu'il appartient à des personnes majeures qui disposent de leur pleine capacité juridique. » [235]

Le rôle limité du ministère public

L'officier d'état civil qui a pris acte de la première déclaration doit la transmettre dans les trois jours au procureur du Roi près le tribunal de première instance. Ce dernier dispose d'un délai de trois mois pour rendre, le cas échéant, un avis négatif et ce, uniquement « en raison d'une contrariété à l'ordre public[236] » (article 62*bis*, paragraphe 4 du Code civil). Cette intervention du ministère public est justifiée dans les travaux préparatoires pour éviter les risques de fraude. Il s'agit d'une crainte souvent évoquée par les autorités publiques pour s'opposer à des procédures « trop » souples de modification du sexe enregistré. Cette approche, qui ne peut s'appuyer sur aucune donnée de droit comparé, témoigne d'une méfiance à l'égard des personnes trans' qui

---

[233] *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/004, pp. 51-52 Voy. aussi S. AGUIRRE-SANCHEZ-BEATO, *op. cit.*, à paraître in *Psychology and Sexuality*.

[234] L'article 3, paragraphe 5, 3° du projet de loi du 4 avril 2017 prévoyait l'obligation de fournir « une attestation d'information par une organisation de transgenres ».

[235] Audition d'E. Bribosia et I. Rorive s'exprimant au nom de l'Equality Law Clinic devant la Commision Justice de la Chambre des Représentants, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/004, pp. 42-46.

[236] Il est à noter qu'en l'absence d'avis négatif dans le délai de trois mois, l'avis est réputé favorable (article 62*bis*, paragraphe 4, alinéa 2 du Code civil). En outre, le procureur du Roi peut intervenir, *a posteriori*, en vue de poursuivre « la nullité d'une modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance en raison d'une contrariété à l'ordre public » (article 62*bis*, paragraphe 9 du Code civil).

sont, en réalité, celles qui sont le plus souvent accusées injustement de fraude à l'identité quand leurs documents d'identification et leur expression de genre sont discordants[237].

Une seconde déclaration devant l'officier de l'état civil

Après un délai de trois à six mois à dater de la première déclaration, la personne trans' concernée doit réitérer sa déclaration auprès de l'officier d'état civil en ajoutant qu'elle est consciente « des conséquences administratives et juridiques qu'entraîne la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance » ainsi que « du caractère en principe irrévocable » de cette modification (article 62*bis*, paragraphe 5 du Code civil). Cette période de réflexion, inspirée de l'exemple danois[238], poursuit le double objectif d'éviter les changements « irréfléchis » et, à nouveau, de prévenir le risque de fraude[239].

Une fois la seconde déclaration effectuée, le pouvoir de l'officier d'état civil varie suivant la position adoptée par le procureur du Roi. En cas d'avis négatif, sa compétence est liée : il doit refuser d'établir l'acte de modification du sexe enregistré. En l'absence d'avis négatif, la loi stipule que l'officier d'état civil « *peut* rédiger l'acte de modification de l'enregistrement du sexe et l'inscrire dans les registres de l'état civil[240] ». La lettre du projet de loi initial (« l'officier d'état civil rédige ») ne prévoyait aucun pouvoir d'appréciation, mais il a fait l'objet d'un amendement par des parlementaires de la majorité[241], vivement critiqué par plusieurs parlementaires de l'opposition. À cette occasion, le ministre de la Justice a précisé que la marge d'appréciation est « limitée à quelques cas extrêmes et marginaux qui concernent l'ordre public ou ont à voir avec l'état mental de la personne » et qu'« [en] tout état de cause, l'appréciation marginale de l'officier de l'état civil peut être rectifiée par le tribunal suite à un appel de l'intéressé[242] ». Même si les travaux préparatoires précisent que l'officier d'état civil ne peut refuser de modifier le sexe enregistré au nom de ses convictions personnelles[243], un retour, même limité, à une appréciation en opportunité paraît contraire au droit à l'auto-détermination sur lequel la loi se fonde. Qui plus est, la préservation de l'ordre public est du ressort du procureur du Roi et l'appréciation de l'état mental d'une personne sort de la compétence de l'officier d'état civil.

---

[237] En ce sens, voy. la déclaration de la directrice de TGEU, « Belgium – New Gender Recognition Law with Obstacles », 24 mai 2017.

[238] En 2014, le Danemark fur le premier pays européen à adopter une procédure de modification du sexe enregistré sur simple déclaration par les personnes majeures moyennant une période de réflexion de six mois.

[239] Projet de loi précité, Exposé des motifs, 4 avril 2017, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/1, p. 9.

[240] Notre accent.

[241] Sonja Becq (CD&V) et consorts, amendement n° 14 (DOC 54 2403/003) visant à remplacer l'alinéa 8 du paragraphe 5 de l'article 62*bis* du Code civil.

[242] Doc. 54 2403/004, p. 23. L'article 62*bis*, § 8 prévoit un recours devant le tribunal de la famille pour contester le refus de l'officier de l'état civil d'acter la modification du sexe enregistré.

[243] Projet de loi précité, Exposé des motifs, 4 avril 2017, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/1, p. 21 (où le cas de l'état d'ivresse de la personne qui demande la modification de son sexe enregistré est mentionné).

Modification des autres actes d'état civil et confidentialité de la procédure

Au-delà de l'acte de naissance lui-même, la loi prévoit que l'officier d'état civil mentionne le nouveau sexe enregistré en marge de l'ensemble des actes d'état civil de l'intéressé (acte de mariage notamment) et de ses descendants au premier degré – ce qui devrait être dans l'intérêt de l'enfant – ou, le cas échéant, qu'il informe l'officier d'état civil compétent (article 62*bis*, paragraphe 6 du Code civil). Ce faisant le législateur comble une lacune puisque l'ancienne législation ne réglait pas l'émargement d'actes autres que l'acte de naissance[244].

Tout n'est pas pour autant réglé car les indicateurs de genre sont très répandus dans la pratique administrative. Qu'il suffise de penser à la carte d'identité, au passeport, au permis de conduire, aux diplômes ou au casier judiciaire notamment. Ces documents qui font référence au sexe enregistré sont susceptibles de dévoiler la transidentité d'une personne et contribuent bien souvent à son exclusion sociale. Une discordance, réelle ou perçue, entre l'indicateur de genre et l'expression de genre peut entraver l'accès à l'éducation, à l'emploi, aux services de santé, à la sécurité sociale, etc. ainsi que générer des situations de harcèlement ou de violence[245]. Dans ce contexte, le législateur aurait gagné à être plus proactif en prévoyant une obligation pour les différentes autorités administratives concernées de modifier à bref délai l'indicateur de genre sur les documents pertinents, une fois que la modification de l'enregistrement du sexe leur aurait été notifiée par l'officier d'état civil[246]. Cela participe de l'obligation positive de l'État de veiller à la protection de la vie privée des personnes trans' et à la protection de leurs données à caractère personnel. Les restrictions relatives à la délivrance des extraits d'acte d'état civil qui mentionnent la modification de l'enregistrement du sexe constituent un pas nécessaire mais non suffisant dans cette direction. Des copies conformes de ces actes ne pourront être délivrées qu'à la personne que l'acte concerne, son représentant légal, ses héritiers, leur notaire ou leur avocat ou encore les autorités publiques pour des motifs liés à l'état de la personne[247].

B. La procédure de modification du genre enregistré applicable aux personnes mineures

L'article 62*bis*, paragraphe 11 du Code civil autorise le mineur non émancipé doué de discernement à faire, à partir de l'âge de seize ans, la déclaration de conviction d'identité de genre vécue avec l'assistance de ses représentants légaux. Si ceux-ci refusent leur assistance, le mineur peut lui-même saisir le tribunal de la famille pour être autorisé à

[244] La circulaire du 1er février 2008 concernant la loi relative à la transsexualité (*M.B.,* 20 février 2008) prévoyait qu'à la demande de l'intéressé, le changement de l'enregistrement du sexe puisse être mentionné en marge d'autres actes qui le concernent. Elle stipulait que l'officier d'état civil « le fera s'il est nécessaire que l'acte reflète la nouvelle réalité » (point III.b.).

[245] En ce sens, voy. notamment Amnesty International, « L´État décide qui je suis », janvier 2014, Réf EUR 01/001/2014, 2014 ; FRA, « Being Trans in the EU. Comparative analysis of EU LGBT survey data », 2014, p. 30 ; Ligue des droits de l'homme, « Le genre idéal », *Chronique n° 169*, 2015.

[246] En ce sens, voy. les articles 26 à 28 de la « loi modèle relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels » précitée.

[247] Article 2 de la loi du 25 juin 2017 qui ajoute un paragraphe 3 à l'article 45 du Code civil.

poser l'acte avec l'assistance d'un tuteur *ad hoc*. La nouvelle disposition impose au mineur non émancipé une condition supplémentaire, à savoir la remise d'une attestation d'un pédopsychiatre confirmant que l'intéressé dispose d'une faculté de discernement suffisante pour avoir la conviction durable que le sexe mentionné dans l'acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement.

L'assistance des représentants légaux – ou d'un tuteur *ad hoc* – se comprend par référence aux règles de l'autorité parentale pour poser un acte important. Il convient de souligner que l'intervention du pédopsychiatre n'a pas pour objectif d'imposer une condition de psychiatrisation dans la reconnaissance de l'identité du mineur transgenre en introduisant dans la procédure un élément de « pathologie » transformant la demande en un symptôme d'une maladie mentale. Il ne s'agit pas d'établir un diagnostic de dysphorie de genre mais bien de confirmer la capacité de discernement, c'est-à-dire la volonté réfléchie, éclairée et libre de réaliser un changement de l'enregistrement du sexe[248].

Les travaux préparatoires[249] indiquent que dans la législation antérieure, aucune limite d'âge n'était imposée pour le changement de sexe, étant entendu cependant que, *de facto*, les opérations finales de conversion sexuelle, par nature irréversibles, n'avaient pas lieu avant la majorité. Les épreuves endurées par les enfants trans' – inhibiteurs de puberté et traitement hormonal pendant la minorité – étant longues et complexes, le législateur de 2017 considère qu'il n'y a pas lieu de leur imposer d'attendre l'âge de la majorité civile pour que leur identité de genre soit reconnue. Ceci étant, quand on sait que la discordance entre le sexe attribué à la naissance et l'identité de genre est souvent vécue dès le plus jeune âge[250], l'on peine à comprendre la justification d'une limite d'âge, en sus de la capacité de discernement, pour accéder à une modification administrative qui reste réversible. Cette limite d'âge est d'autant moins compréhensible à l'aune d'autres législations qui ne la prévoient pas en dépit de l'importance des actes qu'elles concernent. Ainsi, la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient qui donne au mineur non émancipé une capacité d'exercer ses droits de patient – et notamment le droit de consentir ou non à l'acte médical – dès lors qu'il est « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts » (article 12). De manière encore plus frappante, la loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie qui permet à un mineur non émancipé de demander une euthanasie avec l'accord de ses représentants légaux et après consultation d'un pédopsychiatre ou d'un psychologue attestant de la capacité de discernement du mineur, c'est-à-dire de son aptitude à évaluer la portée réelle de sa demande et les conséquences de celle-ci, ce qui revient à apprécier le caractère volontaire, réfléchi et sans pression extérieure de la demande[251].

---

[248] Projet de loi précité, Exposé des motifs, 4 avril 2017, *Doc. Parl*., Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/1, p. 17. Les travaux préparatoires précisent que l'attestation doit être rédigée par le pédopsychiatre traitant qui suit l'enfant depuis le début du processus mais cette précision ne figure pas dans le texte de l'article 62*bis*, paragraphe 11 nouveau du Code civil.

[249] Projet de loi précité, Exposé des motifs, 4 avril 2017, *Doc. Parl*., Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/1, p. 16.

[250] En ce sens, voy. l'exposé de la représentante du Kindergenderteam de l'UZ de Gand, Karlien d'Hondt, devant la Commission Justice de la Chambre des Représentants, *Doc. Parl*., Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/004, pp. 40-42.

[251] C. const., 29 octobre 2015, arrêt 153/2015, B.24.1 à B.24.8.2.

C. La procédure de modification du prénom applicable aux personnes majeures et mineures

Dès lors que les critères médicaux sont supprimés pour la modification du sexe enregistré, la procédure de changement de prénom, qui dans la loi du 10 mai 2007 était subordonnée à la remise d'une déclaration d'un psychiatre et d'un endocrinologue attestant notamment que l'intéressé a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui indiqué dans l'acte de naissance et qu'il suit ou a suivi un traitement hormonal de substitution, devait également être réformée. Dorénavant, une déclaration sur l'honneur attestant qu'une personne « a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement » sera suffisante pour obtenir un changement de prénom, à condition que le prénom choisi soit conforme à la nouvelle identité de genre[252]. Cela n'exclut bien entendu pas le choix d'un prénom mixte[253]. Pour le reste, la procédure n'est pas modifiée : la demande doit être introduite auprès du SPF Justice qui indique une durée moyenne de six mois à un an pour obtenir le changement de prénom[254].

Ces deux procédures parallèles – modification du genre enregistré et changement de prénom – posent des difficultés de synchronicité. Dans l'hypothèse où la personne trans' se voit reconnaître son nouveau genre enregistré par l'officier d'état civil mais n'a pas encore obtenu la validation du prénom correspondant à cette nouvelle identité, devra-t-elle effectuer deux fois les démarches de modification de l'ensemble des documents d'identité pour finalement aboutir à la concordance recherchée entre son identité de genre, l'indicateur de genre et le prénom ? Lors de la présentation du projet de loi devant la Commission de la Justice de la Chambre des représentants, le ministre de la Justice a laissé entendre qu'à terme l'officier d'état civil pourrait également être chargé du changement de prénom[255]. Cela fait toutefois partie d'une réforme plus ample de la procédure de changement de nom et de prénom qui est toujours en cours. C'est le souci d'éviter les abus qui justifie à nouveau que cette procédure de changement de prénom[256], à un tarif réduit et sans pouvoir discrétionnaire du ministre de la Justice[257], ne soit accessible qu'une seule fois.

---

[252] Article 11 de la loi du 25 juin 2017 qui modifie l'article 2, alinéa 3, de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms. L'on notera ici la discordance entre le champ d'application des dispositions relatives à la modification de l'acte de naissance qui concernent les personnes de nationalité belge ou ayant leur résidence en Belgique et celui des dispositions relatives au changement de nom qui supposent la nationalité belge (art. 35bis, 35 ter et 36 du Code de droit international privé).

[253] Rapport Commission Justice, de la Chambre des Représentants, *Doc. Parl*., Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/004, p. 7.

[254] SPF Justice, *Changer de nom ou de prénom*, p. 19 <https://justice.belgium.be/sites/default/files/4545-spfjus_-_nom_fr_v2016_lowres.pdf>.

[255] *Doc. Parl*., Chambre, session 2016-2017, n° 2403/004, p. 18.

[256] Une exception est prévue « lorsque le changement de prénom est autorisé par le tribunal de la famille après une nouvelle modification de l'enregistrement du sexe » (article 2, alinéa 3 de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms, tel que modifié par l'article 11 de la loi du 25 juin 2017).

[257] *Doc. Parl*., Chambre, session 2016-2017, n° 54 2403/001, p. 29.

Quant au mineur non émancipé, qui bénéficie d'une exception à cet égard[258], il peut demander le changement de son prénom au motif de sa transidentité à partir de l'âge de douze ans, avec l'assistance de ses parents ou de son représentant légal ou, en cas de refus, sur la base d'une autorisation du tribunal de la famille. À nouveau, la limite d'âge pose question quand on sait que la discordance entre le sexe attribué à la naissance et l'identité de genre est souvent vécue dès le plus jeune âge[259]. Dans ce type de situation, permettre un changement de prénom (qui n'a rien d'irréversible) constitue souvent le meilleur moyen de protéger ces enfants contre l'exclusion ou la transphobie.

3. LE RÉGIME DE FILIATION

La loi du 25 juin 2017 reprend la règle selon laquelle la filiation des enfants nés avant le changement de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance de leur auteur demeure inchangée (art. 62*bis*/1, paragraphe 1 nouveau du Code civil). Cette règle se fonde sur le souci de garantir la stabilité de la filiation des enfants de la personne trans' et sur le caractère non rétroactif de la modification de l'acte de naissance de celle-ci[260]. La question de la filiation des enfants de la personne trans' nés après la modification de l'acte de naissance est aujourd'hui plus complexe, eu égard à la suppression de l'exigence de stérilisation et, dès lors, à la possibilité de devenir parent tant selon le sexe antérieur au changement d'état civil que selon le nouveau sexe. La nouvelle disposition de l'article 62*bis*/1, paragraphe 2 du Code civil, inspirée du droit des Pays-Bas, va résoudre cette question en prenant en considération la date de naissance de l'enfant et non celle de sa conception et en assimilant l'enfant conçu et né après réalisation du changement et l'enfant conçu – naturellement ou par procréation médicalement assistée –, avant le changement mais né après celui-ci[261].

Pour ces enfants, trois hypothèses différentes peuvent être retenues. La première est celle de l'enfant né d'un homme trans' (né femme) qui accouche. En ce cas, les règles de la filiation maternelle sont applicables : la filiation maternelle est fondée sur l'accouchement (article 312 du Code civil) et ce principe de base – « mater semper certa est » –, ne peut être modifié sans bouleverser l'ensemble du droit de la filiation (article 62*bis*/1, paragraphe 2, alinéa 1 nouveau du Code civil). Cet enfant né d'un homme qui

[258] Le mineur non-émancipé « peut demander un changement de prénom une deuxième fois pour le même motif, pour autant qu'il ne modifie pas l'enregistrement de son sexe conformément à l'article 62*bis* du Code civil » (article 2, alinéa 3 de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms, tel que modifié par l'article 11 de la loi du 25 juin 2017).

[259] Voy. *supra*, note 117.

[260] Mais aussi sur la conception toujours présente dans notre droit – nonobstant les réformes du droit de l'adoption ou de la co-maternité – d'une filiation « naturaliste », c'est-à-dire nécessairement binaire et bisexuée.

[261] Avis du Conseil d'État n° 60.690/2 du 16 janvier 2017, *Doc. parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/001, p. 60. Prendre en compte la date de la conception aurait conduit à des situations impossibles à gérer dans l'hypothèse d'une conception avant changement du sexe enregistré mais d'une naissance après ce changement ou encore dans l'hypothèse d'une conception après changement du sexe enregistré et d'une naissance après le prononcé par le tribunal de la famille d'une cessation des effets du changement pour circonstances exceptionnelles (art. 62*bis*, paragraphe 10 nouveau du Code civil).

accouche (et qui pourrait devoir être reconnu par ce dernier)[262] peut être également reconnu par son père qui a participé à la conception ou donné son consentement à une procréation médicalement assistée en manière telle que l'on se trouverait alors en présence de deux reconnaissances par des personnes de même sexe. Ceci impose une modification de l'article 329, alinéa 2 du Code civil adapté afin d'exclure dans ce cas la règle selon laquelle seule la reconnaissance première en date produit ses effets.

La deuxième hypothèse est celle de la femme trans' (née homme) qui conçoit, avec ses gamètes ou par procréation médicalement assistée, un enfant qui naît après la modification de l'acte de naissance de son auteur (article 62*bis*/1, paragraphe 2, alinéa 2 du Code civil). En ce cas, les règles d'établissement et de contestation de la filiation paternelle sont applicables par analogie. Cette femme trans' ne peut, en effet, être la mère de l'enfant dès lors qu'elle n'accouche pas et que l'enfant a déjà une mère, étant la femme qui aura accouché. Les règles de la co-maternité ne peuvent pas non plus être appliquées car elles se fondent sur un consentement à la procréation médicalement assistée alors que la femme trans' peut concevoir un enfant naturellement ou par procréation médicalement assistée sans que l'officier de l'état civil ne puisse distinguer les deux situations en manière telle qu'une même règle doit s'appliquer dans les deux cas[263]. Toutefois, comme cet auteur trans' est déclaré femme au jour de la déclaration de naissance de son enfant, il ne sera pas mentionné comme père, mais comme co-parent (article 62*bis*/1, paragraphe 2, alinéa 3 du Code civil). Les travaux préparatoires apportent un éclairage complémentaire sur cette hypothèse et sur la possible contradiction existant entre l'application des règles d'établissement et de contestation de la filiation paternelle et la mention d'une « co-parenté ». L'objectif est d'éviter, sur le plan pratique, de contraindre l'officier de l'état civil à des vérifications de l'enregistrement du sexe : il se trouve en présence de deux femmes et la mention d'une co-parenté est donc mieux adaptée. Un conflit entre les règles de la co-parenté et celle de la filiation paternelle ne peut exister que s'il y a refus de consentement à la reconnaissance par la mère ou contestation du lien de filiation établi, problèmes qui se posent uniquement devant le juge et non devant les officiers de l'état civil. Une discrimination existe bel et bien entre la femme trans', mentionnée comme « co-parent », et l'homme trans' qui ne peut pas être mentionné comme « co-père ». Le législateur justifie cette discrimination du seul fait que le droit belge n'organise pas – ou pas encore -, la co-paternité[264].

La troisième hypothèse recouvre les « autres cas » dans lesquels la filiation de l'enfant de l'auteur trans' est fondée sur le nouveau sexe de ce dernier. Ainsi, l'homme trans' qui conçoit un enfant par procréation médicalement assistée avec une femme sera le père.

---

[262] La loi applique à cette hypothèse l'ensemble du chapitre 1 du titre 7 du livre 1 relatif à l'établissement de la filiation, c'est-à-dire les trois modes successifs d'établissement de la filiation maternelle (acte de naissance, reconnaissance et jugement).

[263] Projet de loi précité, Exposé des motifs, *Doc. parl*., Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/001, p. 24.

[264] De plus, cette discrimination est sans doute moins lourde de conséquences que celle existant sous l'application de la loi du 10 mai 2007. Une femme transgenre (née homme) ne pouvait établir sa filiation maternelle à défaut d'accouchement et si sa partenaire accouchait, il devait adopter l'enfant même s'il pouvait établir en être le père génétique lorsque la conception était réalisée avec son sperme cryoconservé avant la conversion sexuelle. Un homme transgenre (né femme) ne pouvait être mère puisque tout accouchement était impossible au regard de la condition de stérilisation. Si sa partenaire femme accouchait par procréation médicalement assistée, une controverse existait sur sa possibilité de reconnaître l'enfant comme père, la reconnaissance ne supposant pas une preuve de la réalité biologique.

Une femme trans' qui accouche – hypothèse d'une future transplantation possible d'utérus – sera la mère (article 62*bis*/1, paragraphe 2, alinéa 4 du Code civil).

Enfin, la disposition transitoire de la loi de 2017 applique le nouvel article 62*bis*/1 aux enfants nés après l'entrée en vigueur de la loi mais également aux enfants nés avant cette entrée en vigueur et pour lesquels un lien de filiation par voie d'adoption n'a pas encore été créé envers la personne trans' qui a conçu l'enfant ou consenti à sa conception par procréation médicalement assistée[265].

On notera que les dispositions relatives à la filiation des enfants de la personne trans' sont révélatrices d'une évolution fondamentale du droit de la filiation qui abandonne ici la vision « naturaliste » de la parenté qui conduisait à une vision binaire et bisexuée de la filiation avec une classification nécessairement figée de façon définitive entre homme et femme, entre filiation paternelle et filiation maternelle. Ce mouvement déjà présent dans l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels et dans l'organisation de la co-maternité est ici poursuivi.

La loi du 25 juin 2017 permettant aux personnes trans' de voir leur identité de genre reconnue est une réforme importante qui devait être réalisée pour mettre la Belgique en conformité avec ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Même si toutes les conséquences du droit fondamental à l'auto-détermination ne sont pas encore tirées, cette loi constitue une amélioration substantielle du droit en vigueur. En supprimant les conditions de stérilisation et de parcours psychiatrique, la Belgique rejoint un nombre croissant de pays qui avaient déjà consacré cette évolution[266]. En n'exigeant plus d'intervention judicaire ni médicale, la Belgique fait mieux que certains d'entre eux[267]. Ceci étant, les stéréotypes ont la vie dure et le législateur, obnubilé par le souci de prévenir des changements « irréfléchis » renvoie encore l'image d'une personne trans' qui ne serait pas en pleine possession de ses capacités et que l'État devrait protéger contre ses propres choix. Les associations n'ont eu de cesse de souligner que cette crainte, comme celle liée à des changements à répétition, relevait du fantasme et d'une méconnaissance du vécu des personnes trans'. Aucun rapport scientifique ou témoignage ne corroborant ce type de situation. Qui plus est, les problèmes auxquels sont confrontées les personnes trans' loin de résulter de changements d'état civil inconsidérés se situent plutôt en amont de ce changement. Comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme, le stress et l'aliénation engendrés par une telle discordance

> « ne sauraient être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité. Il s'agit d'un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transgenre dans

[265] Ceci vise l'hypothèse d'une femme transgenre (née homme) concevant un enfant avec une femme avant sa conversion sexuelle et ayant changé la mention de son sexe avant la naissance de l'enfant ou encore d'une femme transgenre (née homme) ayant cryoconservé son sperme et concevant un enfant avec une femme après l'enregistrement de son nouveau sexe.

[266] Voy. l'exposé des motifs de la « loi modèle relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels » précitée.

[267] L'on songe notamment à la France où la possibilité d'une modification de la mention du sexe pour les personnes transgenres est soumise à la décision d'un juge du Tribunal de Grande Instance (article 57 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de la modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016).

une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété[268] ».

Dans un tel contexte, protéger les personnes trans' consiste plutôt à leur donner un accès immédiat et inconditionnel à la modification de l'état civil qu'à les protéger contre ses effets supposément mal anticipés ou inattendus. Enfin, si l'on ne peut que se féliciter de l'adoption de la loi du 25 juin 2017, force est de constater qu'elle ne couvre pas, ou imparfaitement, les questions d'accès et de remboursement des soins de santé, la situation des mineurs (en dessous de seize ans) ainsi que celle des personnes intersexuées.

DROIT CANADIEN (QUÉBEC)

Le Canada est un état fédéral et les droits civils des personnes relèvent de chacune des dix provinces, dont le Québec, et trois territoires. Ainsi, chaque province/territoire prévoit des règles différentes pour la gestion de ces questions sur son territoire[269]. Il n'existe donc pas un seul droit des personnes trans' au Canada. À ces règles de droit provinciales s'ajoutent aussi celles du législateur fédéral, notamment compétent en matière de droit criminel, de citoyenneté et de l'émission des passeports. Le gouvernement fédéral est aussi responsable des organismes relevant de sa juridiction législative.

Le droit québécois est aussi fort particulier au sein de la fédération canadienne puisqu'il s'agit de la seule province à évoluer dans un contexte de bijuridisme : le *Code civil du Québec* s'appliquant en matière privée et la *Common Law* en matière publique. Toutes les autres provinces canadiennes évoluent plutôt dans la tradition de *Common Law*, aucune autre province ne possédant de *Code civil*. Cette partie du rapport expose les droits des personnes trans' au Canada, en insistant surtout sur la situation prévalant au Québec et sur le plan fédéral.

Sur le plan fédéral, depuis 1982, la *Charte canadienne des droits et libertés*[270] protège les droits et libertés fondamentaux des personnes dans leurs relations avec l'État. Elle permet de faire déclarer par un tribunal une législation inconstitutionnelle en cas de non-respect des droits et libertés, par exemple dans le cas où une loi s'avère discriminatoire. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*[271] règlemente les droits des canadiens et des canadiennes au sein des institutions de compétence fédérale (les banques, les prisons fédérales et la fonction publique, notamment).

Partout au Canada, il existe une certaine volonté de mettre fin à la discrimination à l'égard des personnes trans'. Plusieurs modifications législatives, règlementaires ou même administratives ont eu lieu en ce sens. Les outils de protection des droits

---

[268] Cour eur. D.H. (G.C.), 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni,* req. n° 28957/95, § 77.

[269] Le partage des compétences entre le fédéral et les provinces et territoires est prévu aux articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c 3.

[270] Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

[271] Loi canadienne sur les droits de la personne, LRC 1985, c H-6.

fondamentaux ont été très précieux pour mettre en œuvre ou pour forcer la mise en œuvre de tels changements par les groupes de défense des personnes trans'. Depuis juin 2017, de façon explicite la discrimination contre l'identité ou l'expression de genre a été ajoutée à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et malgré le fait que ce type de discrimination était implicitement couvert dans les différentes lois comme étant un motif de discrimination analogue[272]. La situation est similaire dans la plupart des provinces et territoires au Canada[273]. De plus, des ajustements ont été apportés au *Code criminel* pour protéger contre la propagande haineuse les personnes qui se distinguent par leur orientation sexuelle ou leur identité ou expression de genre[274].

En droit civil québécois, le sexe constitue un élément servant à identifier la personne sur le plan de l'état civil. Il constitue une mention obligatoire à l'acte de naissance et à l'acte de décès, tel que prévu aux articles 108, 109, 111 et 115 du *Code civil du Québec*.

Cet élément d'identification tel qu'il appert à l'état civil peut ou non correspondre à l'identité de genre d'une personne. Ceci amène la nécessité de préciser sur le plan terminologique les différentes possibilités. La personne trans' est celle qui ne s'identifie pas à la mention du sexe qui lui a été assigné à la naissance, au contraire de la personne cisgenre qui elle s'y identifie parfaitement. La personne intersexuée est celle qui, au regard du modèle binaire canadien, n'a pas un sexe biologique « déterminé » à la naissance. La personne non binaire ne s'identifie ni au genre féminin, ni au genre masculin. D'autres expressions peuvent être utilisées. Par exemple, les personnes autochtones réfèrent à la bi-spiritualité lorsqu'elles s'identifient à la fois aux spiritualités masculine et féminine[275].

Au Québec, les droits civils et fondamentaux des personnes sont essentiellement régis par deux textes phares : Le *Code civil du Québec* et la *Charte des droits et libertés de la personne* (aussi appelée « Charte québécoise »)[276]. La relation particulière et fondamentale entre ces deux textes piliers du droit privé québécois est par ailleurs reconnue à la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* qui prévoit, à son premier paragraphe que « [le] *Code civil du Québec* régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens ». Or, ces deux textes, ainsi que le *Règlement sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil* y associé, ont été modifiés en

---

[272] *Ibid*. Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel, Projet de loi C-16, L.C. 2017 c. 13.

[273] C'est notamment le cas en Ontario, voir le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, chap. H-19, art. 1 à 3, 5 à 7. Seuls le Nouveau-Brunswick, le Yukon et le Nuvavut ne prévoient pas explicitement la discrimination contre l'identité de genre, mais ce type de discrimination est tout de même couvert par l'interdiction de discriminer pour le motif de sexe.

[274] Loi modifiant la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et le *Code criminel*, supra note 4. Ainsi, les articles 318 (4) « définition de groupes identifiables » et 718.2a (i) « propagande haineuse » du *Code criminel*, L.R.C. 1985, chap. C-46, ont été amendés.

[275] Pour plus d'information, voir le site suivant : http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2alpha/alphafra.html?lang=fra&i=1&srchtxt=BI+SPIRITUEL&index=alt&codom2nd_wet=1#resultrecs.

[276] *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12. Elle a un statut quasi-constitutionnel et s'applique entre les personnes, alors que la Charte canadienne régit seulement les relations entre l'État et les personnes. Dans les autres provinces et territoires, il existe des lois sur les droits de la personne également.

2015 et en 2016 afin d'assurer un plus grand respect et une meilleure protection des droits des personnes trans', tant majeures que mineures[277], qui notamment n'ont plus à se soumettre à une chirurgie ou autres procédures ou traitements de réassignation du sexe pour obtenir un changement de la mention de sexe et de prénom à l'état civil[278]. L'exigence de cette procédure en droit civil québécois (jusqu'en 2013) et le fait de limiter l'accès au changement de la mention de sexe aux personnes majeures (jusqu'en 2016) étaient de plus en plus considérés comme discriminatoires.

1. LES MENTIONS DISPONIBLES

En ce qui a trait aux différentes mentions possibles, le législateur québécois n'a pas évacué la binarité de la mention du sexe. Ainsi, la mention du sexe est toujours indiquée à l'acte naissance et autres documents de l'état civil par les désignations « féminin/F » ou « masculin/M »[279]. Les personnes intersexuées ou dont l'identité de genre ne correspond pas à cette catégorisation binaire ne peuvent toujours pas se prévaloir d'une mention « autre/indéterminé » ou « X ». L'article 113 du Code civil prévoit que la déclaration de naissance doit être complétée par les parents dans un délai de trente jours. La mention du sexe aura aussi un impact administratif important, notamment sur l'émission de la carte d'assurance maladie de l'enfant, qui sera confectionnée avec l'information fournie dans l'acte de naissance, selon des ententes administratives entre les différents ministères[280].

En ce qui a trait au passeport canadien, des mesures annoncées à l'été 2017 permettront la mention d'un sexe neutre, le « X », aux côtés des mentions masculine et féminine déjà existantes[281]. Il faut noter que le passeport et les documents d'immigration relevant du palier fédéral, ce changement n'a aucun impact sur les règles provinciales ou territoriales concernant l'état civil. Il semble aussi possible, pour un immigrant, de faire modifier le sexe sur ses documents d'immigration, notamment sur sa carte de résidence

---

[277] *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, G.O. II, 16 septembre 2015, 147ème année, n° 37, p. 3238. Avant la récente réforme, la procédure de changement de la mention de sexe était réservée aux personnes majeures et ces dernières devaient avoir subi avec succès une chirurgie ou traitement de réassignation de sexe. Cette demande pouvait par ailleurs être accompagnée d'une demande de changement de prénom. Cette situation avait été critiquée, voir notamment, M.-F. BUREAU ET J.-S. SAUVE, « Changement de la mention du sexe et état civil au Québec : critique d'une approche législative archaïque », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke 1*, 2011, 41 (1).

[278] La situation est la même dans la majorité des provinces et territoires au Canada, voir notamment pour l'Ontario, La *Loi sur les statistiques de l'état civil*, L.R.O. 1990, chap. V.4, art 36. Il faut noter que dans les provinces de *common law*, c'est généralement dans les législations sur les statistiques de l'état civil que l'on peut retrouver ces détails, alors qu'au Québec, l'information est insérée dans le *Code civil*. Seuls le Nouveau-Brunswick et les Territoires de Nord-Ouest exigent encore la procédure de réassignation du sexe.

[279] Voir notamment les articles 111 et 115 C.c.Q.

[280] Voir Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physique*, 5e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, par. 281.

[281] Stéphanie PARENT, « On pourra maintenant cocher sexe 'neutre' dans son passeport canadien », RCI net, 25 août 2017.

permanente[282]. Un tel changement sera possible même si cette personne ne peut faire modifier la mention du sexe sur le document officiel étranger.

En ce qui a trait à la place des identités non binaires, bien que la question soit discutée[283], la mention du sexe n'est pas pour l'heure remise en question comme élément d'identification de la personne à l'état civil. En revanche, les choses pourraient changer. Un recours déposé devant la Cour supérieure du Québec en mai 2014 par le Centre de lutte contre l'oppression des genres (Centre for Gender Advocacy) et d'autres réclame l'invalidité de plusieurs articles du Code civil rendant obligatoire la mention du sexe sur les actes de l'état civil[284]. Les atteintes aux droits à la vie, à l'intégrité et à la sécurité de la personne ainsi qu'à la vie privée et à l'égalité et à la dignité garantis par les articles 1, 4, 5 et 10 de la Charte québécoise et les articles 7 et 15 de la Charte canadienne sont invoqués au soutien de la demande. L'avenir dira ce qu'il adviendra de ces revendications, mais dans l'état actuel du droit, l'identification du sexe demeure aux actes d'état civil et les modifications n'ont pas de portée rétroactive ; par exemple, on demeure identifié comme parent au sexe qu'on avait au moment où l'on est devenu parent[285].

2. LES PROCÉDURES DE CHANGEMENT

Le droit des personnes trans' a grandement évolué au cours des dernières années au Québec. Ces changements s'inscrivent dans l'ouverture des législateurs québécois et canadien aux personnes LGBT. C'est ainsi que, depuis plusieurs années, le droit québécois

---

[282] http://www.cic.gc.ca/francais/centre-aide/reponse.asp?qnum=1256&top=32; le formulaire se trouve à l'adresse suivante : http://www.cic.gc.ca/francais/pdf/trousses/form/IMM5543F.pdf; http://www.cic.gc.ca/francais/centre-aide/reponse.asp?qnum=1253&top=32.

[283] Voir notamment Sylvio NORMAND, « État civil et identité élective » *In* Christelle LANDHEER-CIESLAK et Louise LANGEVIN (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville, Yvon Blais, 2015, p. 491.

[284] Les articles 59, 62, 71, 93, 111, 115, 116, 124, 126, 146 du C.c.Q. sont ainsi remis en question ainsi que de l'article 23.2 du *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, *supra* note 9 ; *Centre de lutte contre l'oppression des genres (Centre for Gender Advocacy) c. Québec (Procureure générale)*, numéro de dossier : 500-17-082257-141. L'audition au fond est fixée au 7 janvier 2019.

[285] Voir *J… M…, et JE… M…, et Le Directeur de l'état civil*, Cour supérieure du Québec, dossier no : 405-04-002669-045, 16 juin 2004 (j. Dubois) ; E. DELEURY et D. GOUBAU, *supra* note 12, par. 302. La cause pendante devant la Cour supérieure, *idid.*, remet notamment en question le sexe en matière de filiation. Il invoque que la mention du sexe ainsi que celle de « père » ou « mère » à l'acte de naissance devraient être optionnelles, pour permettre l'utilisation au choix du terme « parent ». De plus, les effets d'un changement de la mention de sexe à l'acte de naissance d'une personne devraient se refléter sur l'acte de naissance de son enfant, ce qui est impossible actuellement.

Ce recours conteste en outre l'exigence du consentement parental (dans le cas d'un mineur de moins de 14 ans) et la condition d'être citoyen canadien pour obtenir un changement de la mention de sexe. L'article 23.2 du *Règlement*, *id.*, qui exige que la demande d'un mineur soit accompagnée « d'une lettre d'un médecin, d'un psychologue, d'un psychiatre, d'un sexologue ou d'un travailleur social autorisé à exercer au Canada ou dans l'État du domicile de l'enfant, qui déclare avoir évalué ou suivi l'enfant et qui est d'avis que le changement de cette mention est approprié » est aussi contesté dans cette procédure parce qu'il contreviendrait à l'article 71 du *Code civil du Québec* en exigeant en quelque sorte une preuve médicale pour obtenir le changement de la mention du sexe demandé.

reconnaît l'union et la parentalité homosexuelles[286] (2002) ainsi que le mariage entre deux personnes sans égard au sexe (Loi fédérale, 2004)[287]. De même, en 2016, le législateur a modifié la *Charte des droits et libertés de la personne*[288] pour assurer explicitement[289] la protection de toute personne contre la discrimination fondée sur l'identité ou l'expression de genre[290]. Finalement, le législateur québécois a introduit, au cours des dernières années, de nouvelles balises législatives et règlementaires facilitant grandement la reconnaissance de l'identité de genre des personnes trans' au Québec.

A. Les conditions du changement

Le droit québécois a connu de nombreux changements au cours des dernières années en ce qui concerne le changement de la mention du sexe à l'état civil. Parmi les modifications importantes, on a supprimé la condition de devoir procéder à une intervention chirurgicale en « réassignation sexuelle » ou à toute autre procédure ou traitement tels l'hormonothérapie ou des diagnostics psychologiques. On a aussi ouvert la procédure de changement de la mention du sexe aux personnes mineures.

En 2013, le *Code civil du Québec* a été modifié afin notamment de retirer les conditions de traitements médicaux, y compris la psychothérapie, et d'intervention chirurgicale afin de modifier les organes sexuels apparents[291]. Cependant, ce n'est qu'en octobre 2015 que les personnes trans' majeures ont véritablement pu bénéficier de ce changement et procéder à une demande de changement de la mention du sexe sans avoir à démontrer qu'elles avaient subi des traitements médicaux et une chirurgie de réassignation sexuelle. En effet, puisque le changement était subordonné au respect de conditions réglementaires, il n'est entré en vigueur que lors de la mise en vigueur du *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*[292].

L'autorité compétente pour recevoir et se prononcer sur une demande en matière de modification de la mention du sexe est le directeur de l'état civil, une autorité administrative et non judiciaire. Sa décision peut toutefois être révisée par le tribunal[293].

---

[286] Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, c. 6. Voir aussi l'art. 115 C.c.Q.

[287] Article 5, Loi n° 1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law, L.C. 2001, c. C-4.

[288] *Op. cit*., art. 10.

[289] Avant cette modification, cette forme de discrimination était tout de même incluse dans le motif de sexe énuméré à l'art. 10 de la *Charte québécoise,* préc. ; une interprétation large de ce motif ayant été retenue, voir *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maison des jeunes*, 1998 CanLII 28 (QCTDP).

[290] *Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres,* L.Q. 2016 c. 19, a ajouté « l'identité ou l'expression de genre » aux autres motifs de discrimination prévus après le « sexe » à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, *op. cit*.

[291] Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits, L.Q. (2013), c. 27, art. 3.

[292] Op. cit.

[293] Art. 74 C.c.Q.

Selon les nouvelles conditions prévues au *Règlement* et au *Code civil du Québec,* pour être admissible à effectuer une demande de changement de sexe auprès du directeur de l'état civil, une personne doit être de nationalité canadienne et être domiciliée au Québec depuis au moins un an[294], de sorte que la procédure est fermée aux étrangers. La demande peut aussi être faite par une personne née au Québec, mais qui n'y est plus domiciliée, à la condition qu'une telle demande de changement de sexe ne soit pas possible à l'endroit où elle est maintenant domiciliée[295].

La demande de changement de la mention du sexe doit être appuyée d'une déclaration assermentée dans laquelle la personne concernée atteste des faits suivants :

- la mention du sexe qu'elle demande est celle qui correspond le mieux à son identité de genre ;
- elle assume et a l'intention de continuer à assumer l'identité de genre demandée;
- elle comprend le sérieux de la démarche effectuée ;
- la démarche est faite de façon volontaire et le consentement est libre et éclairé[296].

Cette déclaration doit aussi être accompagnée de celle assermentée d'une personne majeure qui connaît la personne demanderesse depuis au moins un an et qui confirme que cette dernière reconnaît le sérieux de sa demande[297].

Par ailleurs, si la personne effectuant la demande a déjà obtenu le changement de la mention du sexe, elle devra alors obtenir une lettre d'un médecin, psychologue, psychiatre, sexologue ou travailleur social déclarant avoir évalué ou suivi cette personne et être d'avis que le nouveau changement de la mention est approprié[298]. Il s'agit du seul cas où une telle attestation est exigée d'une personne majeure.

Une personne qui fait une demande de changement de la mention de son sexe peut aussi demander la modification de ses prénoms pour mieux refléter l'identité de genre[299]. En revanche, une demande de changement de la mention du sexe ne permet pas de demander un changement de nom de famille[300].

Par ailleurs, depuis le 10 juin 2016[301], une demande de changement de la mention du sexe peut être effectuée par une personne mineure ou en son nom. Ainsi, le tuteur pourra effectuer une telle demande pour le mineur, mais avec le consentement du mineur. De plus, dans le cas du mineur de moins de 14 ans, selon l'article 71.1 du Code

---

[294] Art. 71 et 72 C.c.Q.

[295] Art. 71 et 3084.1 C.c.Q. Dans ce cas, l'al. 2 de l'art. 3084.1 du *Code civil* prévoit que « la demande est assujettie aux conditions prévues à la loi du Québec, exception faite des conditions relatives au domicile et à la nationalité ».

[296] Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, op. cit., art. 23.1.

[297] *Id.*, art. 23.2.

[298] *Id.*, art. 23.3.

[299] Art. 71 C.c.Q.

[300] *Op. cit*, art. 24; art. 71 C.c.Q.

[301] Loi visant à renforcer la lutte contre la transphobie et à améliorer notamment la situation des mineurs transgenres, préc., op. cit.

civil, l'autre tuteur devra avoir été avisé et ne pas s'opposer à la demande, sauf motifs impérieux. Le mineur de quatorze ans et plus pourra effectuer lui-même sa demande.

La demande effectuée par ou pour un enfant mineur répond aux mêmes conditions que celle présentée par un majeur, sauf quant à un point important : cette demande doit être accompagnée d'une lettre d'un médecin, psychologue, psychiatre, sexologue ou travailleur social qui déclare avoir évalué ou suivi l'enfant et qui est d'avis que le changement de la mention du sexe est approprié[302]. En somme, si l'obligation de traitements médicaux ou chirurgicaux a été abolie, les personnes mineures doivent minimalement faire l'objet d'une évaluation psychologique pour être admissibles à effectuer une demande de changement de la mention du sexe.

Finalement, si la demande est effectuée par un tuteur au mineur, la demande doit être aussi accompagnée d'une déclaration assermentée de ce tuteur attestant que :

- la mention du sexe demandée pour l'enfant mineur est celle qui correspond le mieux à l'identité de genre de cet enfant ;
- l'enfant mineur assume l'identité de genre demandée ;
- le tuteur comprend le sérieux de la démarche de l'enfant mineur ;
- la démarche effectuée par le tuteur est faite de façon volontaire et son consentement est libre et éclairé[303].

B. Les effets du changement de la mention du sexe à l'état civil

Les effets du changement de la mention du sexe à l'état civil sont assez limités. Ils ne sont pas rétroactifs. L'acte de naissance est modifié pour tenir compte de la nouvelle identité de genre de la personne[304]. En revanche, d'autres actes qui auraient antérieurement été dressés ne sont pas affectés. On peut ici penser à l'acte de mariage et à l'acte de naissance des enfants de la personne trans', le cas échéant. De même, les droits et obligations de cette personne demeurent les mêmes[305]. De plus, une fois le changement de la mention de sexe obtenu et le nouvel acte de naissance émis, la personne devra obtenir ses autres documents d'identité du palier fédéral tels que le passeport et la carte d'assurance-sociale ou la carte d'assurance-maladie, de la province, en en faisant la demande elle-même[306]. Cependant, en ce qui concerne le passeport neutre, on n'exigera pas la présentation d'un document indiquant le sexe comme auparavant[307].

---

[302] Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil, op. cit., art. 23.2.

[303] *Id.*, art. 23.1.

[304] Art. 71 C.c.Q.

[305] Art. 68 et 73 C.c.Q.

[306] Voir É. DELEURY ET D. GOUBAU, *op. cit.*, par. 299.

[307] Selon le site du gouvernement du Canada : http://www.cic.gc.ca/francais/passeport/demande/documents-identite.asp. Néanmoins, le gouvernement canadien rappelle les règles de l'organisation de l'aviation civile internationale qui exige la mention du sexe sur les documents de voyages internationaux et précise que la personne devrait choisir le sexe qui lui évitera le plus de complication possible lors de ses déplacements.

Le célibat n'est pas exigé pour demander le changement de la mention du sexe à l'état civil. Le droit canadien permettant le mariage de conjoints de même sexe, le changement de la mention du sexe ne sera pas en soi une cause de divorce, bien que le conjoint puisse considérer qu'un tel changement conduise à l'échec du mariage[308]. Ceci dit, il est aussi possible que le conjoint accepte la nouvelle situation et qu'il vive maintenant avec une personne du même sexe, sans que la validité du mariage en soit affectée. Dans des cas plus rares, la nullité de mariage ou de l'union civile pourrait être envisagée, si tant est que cette cause de nullité était présente au moment du mariage et qu'elle constitue un « élément essentiel qui a déterminé le consentement » du conjoint ou de la conjointe de la personne en processus de transformation[309].

De même, les droits et obligations de la personne trans' en tant que parent ne sont pas modifiés ou affectés par le changement de la mention du sexe. À l'égard des enfants conçus avant le changement, la filiation sera attribuée selon le sexe d'origine. De même, la filiation établie avant le changement ne sera pas modifiée. Ainsi, le père restera le père de l'enfant malgré le changement de la mention du sexe de cette personne en femme[310]. L'aspect de non rétroactivité fait aussi en sorte que, si la filiation n'avait pas été établie à l'égard d'un enfant né avant le changement de la mention du sexe à l'état civil, le jugement déclaratif en matière de réclamation d'état établira probablement la filiation en fonction du sexe d'origine[311]. En revanche, la filiation, à l'égard d'un enfant né ou adopté après le changement de la mention du sexe, sera attribuée selon le nouveau sexe. Pour l'instant, bien que la situation ne se soit pas encore présentée à notre connaissance, cela pourrait impliquer qu'une personne dont la mention du sexe est « homme » puisse accoucher d'un enfant. Cette personne pourrait aussi se tourner vers l'adoption seule ou avec son conjoint ou sa conjointe, en ayant ou non recours à une convention de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui. Alternativement, la procréation assistée pourrait aussi être utilisée pour assouvir le désir d'avoir un enfant. Selon la composition du couple, hétéro ou homosexuel, l'enfant pourrait avoir deux pères, deux mères ou un père et une mère. L'homoparentalité étant reconnue au Québec, toutes les combinaisons de parentalité sont possibles et n'affecteront en rien les droits de l'enfant[312]. La stérilité n'est donc plus une condition pour l'obtention d'un changement de la mention du sexe à l'état civil.

Par ailleurs, le fait d'être un parent trans' n'est pas considéré, à l'instar de l'homosexualité, comme un facteur affectant les capacités parentales d'une personne. L'intérêt de l'enfant étant le seul critère à considérer, un parent trans' pourra se voir confier ou non la garde de son enfant sans égard à son identité de genre[313].

---

[308] Art. 8 (1), *Loi sur le divorce,* L.R.C. (1985) ch. 3 (2e suppl.).

[309] Art. 380 et 1400 C.c.Q.

[310] Une requête en rectification a été rejetée dans J.M. et Je. M, [2004] R.J.Q. 2491 (C.S.) Un parent ne pourra non plus adopter son enfant sous son nouveau sexe, voir art. 543, al. 2 C.c.Q, car « elle ne peut avoir lieu pour confirmer une filiation déjà établie par le sang ».

[311] Voir É. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit*, par. 302.

[312] Voir notamment les articles suivants du *Code civil du Québec :* 115 (état civil), 538 et suiv. (filiation par procréation assistée) et 546 (adoption).

[313] Au Québec, voir entre autres C. (V.) (D.) c. H. (E.), sub nom. Droit de la famille – 133870, 23 mai 2013, Cour supérieure ; Droit de la famille — 151902, 2015 QCCS 3615.

3. SYNTHÈSE ET ANALYSE CRITIQUE

Les avancées juridiques quant aux personnes trans' au Québec au cours des dernières années ont été importantes. Reconnaissant les implications des traitements chirurgicaux et la discrimination qu'ils peuvent entrainer, le législateur québécois a aboli toute condition liée à ces traitements. Ainsi, il est possible pour une personne trans' de demander le changement de la mention du sexe à son acte de naissance sans avoir à subir une stérilisation ou toute transformation de ses organes génitaux. De même, le législateur québécois a reconnu toute la souffrance que peuvent vivre les personnes dont la mention de sexe à l'état civil ne correspond pas à leur identité de genre, notamment dès la petite enfance et l'adolescence, et permet maintenant aux personnes mineures d'obtenir le changement de la mention de leur sexe lorsqu'il est clair que leur identité de genre ne correspond pas à la mention du sexe attribuée à la naissance.

Ceci dit, certaines conditions énoncées pour obtenir un tel changement peuvent certainement être encore remises en question, et notamment l'obligation de citoyenneté canadienne prévue à l'article 71 C.c.Q. Le droit québécois permet certes aux personnes dont la naissance n'a pas été enregistrée au Québec d'obtenir le changement de la mention du sexe, mais dans la mesure où une personne est domiciliée au Québec depuis plus d'un an, nous ne voyons pas en quoi la citoyenneté canadienne est nécessaire pour procéder à un tel changement. Pensons notamment à une personne ayant fui son pays natal à cause de la discordance entre son identité de genre et la mention du sexe inscrite à l'état civil. Est-il vraiment souhaitable de lui imposer l'attente des nombreuses années de résidence permanente au Canada requises pour l'obtention de sa citoyenneté afin de lui permettre de modifier la mention de son sexe à l'état civil ?

De même, il nous apparaît qu'une remise en question de l'aspect binaire de la mention du sexe et d'une assignation obligatoire d'une mention du sexe dès la naissance est tout aussi nécessaire afin de mieux sauvegarder les intérêts des personnes intersexuées. Le Québec pourrait ainsi être plus explicitement respectueux des droits fondamentaux des personnes intersexuées.

Au surplus, une réflexion s'impose aussi sur les exigences d'une opinion professionnelle (médicale ou psychologique) pour obtenir le changement de sexe lorsque la personne est mineure.

Néanmoins, en dépit du fait que le processus mis en place soit encore perfectible, il nous apparaît, qu'avec les avancées législatives quant aux droits des personnes trans' des dernières années, le Québec, tout comme le Canada, a fait preuve d'une certaine sensibilité à la souffrance vécue par ces personnes. Les droits fondamentaux reconnus partout au Canada y compris au Québec, protègent les personnes trans' de même que les personnes intersexuées contre la discrimination.

Le sort du recours déposé devant la Cour supérieure du Québec en mai 2014 par le Centre de lutte contre l'oppression des genres et d'autres[314], dont l'audition est prévue en janvier 2019, entrainera peut-être d'autres changements en droit québécois, notamment en ce qui concerne l'utilisation de la mention du sexe comme élément d'identification de l'état d'une personne. Ce recours pourrait peut-être permettre

[314] Op. cit.

d'éliminer la binarité de genres qui est toujours présente en droit civil québécois, malgré les nombreuses avancées en faveur des personnes trans'.

DROIT AUSTRALIEN

Comme le Canada examiné précédemment, l'Australie est un État fédéral. Cette différence de nature constitutionnelle a des conséquences sur la question de l'état civil des personnes trans' et intersexuées qui va se trouver partagée entre la législation du Commonwealth (l'État fédéral) et celle des six États fédérés et des trois Territoires auxquels a été conféré un pouvoir d'auto-gouvernance.

Le principe de répartition fixé par la Constitution australienne de 1901 est le suivant : les parlements locaux bénéficient d'une clause générale de compétence (article 107 de la Constitution, avec toutefois quelques exceptions), tandis que le parlement du Commonwealth bénéficie d'une liste de compétences spéciales, les unes étant partagées avec les parlements locaux qui peuvent d'ailleurs également déléguer leur pouvoir législatif au parlement du Commonwealth (article 51 de la Constitution), les autres étant exclusives (article 52 de la Constitution). S'agissant des compétences partagées, l'article 109 de la Constitution prévoit la mise à l'écart des lois des États toutes les fois qu'elles sont contraires aux lois fédérales.

Si certaines questions relevant de l'état des personnes sont mentionnées dans l'article 51 de la Constitution (mariage, divorce, garde des enfants, etc.), il n'y a pas de dispositions générales sur l'état des personnes. Dès lors, les questions d'état civil relèvent des États fédérés. Cependant, le Commonwealth ayant une compétence pour les matières internationales, c'est de lui dont dépendra la législation sur les passeports, thématique intégrée à celle de l'état civil.

Ces précisions faites, examinons à présent la question du nombre de mention du sexe disponibles en Australie, puis la question du changement de cette mention.

1. LES MENTIONS DU SEXE DISPONIBLES

Examinons d'abord les règles fixées par le Commonwealth posées pour les documents fédéraux liés à l'état civil, avant de nous intéresser à celles concernant les actes de naissance et fixées par les États et Territoires. On ne s'intéressera pas aux législations de tous les États et Territoires, mais seulement à celles contenant des dispositions pertinentes au regard de notre étude.

A. Les mentions du sexe offertes sur les documents d'identité fédéraux

Depuis 2003, le Gouvernement fédéral accepte de délivrer des documents d'identité portant des mentions de sexe non binaire. Initialement cette possibilité ne concernait que les passeports et n'était pas codifiée. Pour en bénéficier il était nécessaire de

disposer d'un acte de naissance portant la mention d'un sexe indéterminé[315]. *De facto*, cette possibilité n'était donc ouverte qu'aux personnes intersexuées qui sont les seules à voir inscrites sur leur acte de naissance la mention « sexe indéterminé ».

Le 14 septembre 2011, tirant les conclusions d'un rapport rendu deux ans plus tôt par la Commission australienne des droits humains[316], le Département (fédéral) des affaires étrangères et du commerce a codifié cette pratique en l'ouvrant plus largement à toutes les personnes ayant une identité non binaire. Ce faisant, comme le révèle le communiqué de presse commun de ces deux autorités[317], le Gouvernement australien a entendu tenir compte d'un rapport produit en 2009 par la Commission australienne des droits humains dans son rapport *Sex Files* précité. Ainsi d'après le site internet du Département où figure cette réglementation, le signe « X » code pour « indéterminé/intersexe/non spécifique »[318]. Pour obtenir cette mention un document d'un médecin ou d'un psychologue doit être fourni attestant que la personne est de sexe indéterminé ou intersexe.

Depuis 2013, le Gouvernement australien dans son ensemble a produit des lignes directrices étendant la possibilité d'un marqueur de sexe/genre non binaire à l'ensemble des documents d'identité tenus et produits par les autorités fédérales[319]. On peut lire dans ce document ce qui suit :

> « 19. Lorsque sont collectées enregistrées des informations sur le sexe ou le genre, les personnes doivent pouvoir choisir M (masculin), F (féminin) ou X (indéterminé/intersexe/non spécifié).
>
> 20. La catégorie X désigne toute personne qui ne s'identifie pas totalement à un homme ou une femme, c'est-à-dire une personne qui a un genre non binaire. Les personnes qui rentrent dans cette catégorie peuvent utiliser une terminologie variable pour s'identifier. »

---

[315] Australian Human Rights Commission, Sex Files: the legal recognition of sex in documents and government records. Concluding paper of the sex and gender diversity project, p. 27 (<https://www.humanrights.gov.au/sites/default/files/document/publication/SFR_2009_Web.pdf>, consulté le 29 août 2017).

[316] Australian Human Rights, *idem*, recommandation n° 5.

[317] K. RUDD ET R. MCCLELLAND, Getting a passport made easier for sex and gender diverse people, 14 sept. 2011, <http://foreignminister.gov.au/releases/Pages/2011/kr_mr_110914b.aspx?ministerid=2>, consulté le 29 août 2017.

[318] DFAT, *Sex and gender diverse passport applicant*, <https://www.passports.gov.au/passportsexplained/theapplicationprocess/eligibilityoverview/Pages/changeofsexdoborpob.aspx>, consulté le 29 août 2017. *Adde* le formulaire B-14 de demande de changement de sexe sur les documents de voyage (<https://www.passports.gov.au/forms/Documents/B14.pdf>, consulté le 29 août 2017).

[319] Australian Government, *Guidelines on the Recognition of Sex and Gender*, 2013 (updated 2015), n° 19-21, https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.pdf>, (consulté le 29 août 2017).

B. Les mentions du sexe disponible sur les actes de naissance

Exposons d'abord les droits écrits et les pratiques administratives des six États (Nouvelle Galle du Sud, Queensland, Australie du Sud, Victoria, Tasmanie, Australie Occidentale) et deux Territoires australiens produisant eux-mêmes leurs propres législations (Territoire de la Capitale Australienne et Territoire du Nord), avant que de nous intéresser à la décision *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* rendue en 2014 par la Haute Cour d'Australie et à ses répercussions sur ces différentes réglementations et pratiques administratives.

Les droits écrits et pratiques administratives

Les six États (Nouvelle Galle du Sud, Queensland, Australie du Sud, Victoria, Tasmanie, Australie Occidentale) et les deux Territoires australiens produisant eux-mêmes leurs propres législations (Territoire de la Capitale Australienne et Territoire du Nord) ont tous une loi sur l'enregistrement des naissances, des décès et des mariages, le *Birth, Deaths and Marriages Registration Act* (*BDMR Act*). Cette loi est en outre dans tous ces États et Territoires précisés par un règlement d'application, le *Births, Deaths and Marriages Registration Regulation* (*BDMR Regulation*). Tous ces textes sont disponibles sur la base de données *Australasian Legal Information Institute*[320].

La consultation des différents *BDMR Act* révèle qu'aucun d'entre eux ne prévoit les mentions devant figurer sur les documents de notification puis d'enregistrement de naissance. Précisons ici qu'en Australie l'équivalent de la déclaration française de naissance a lieu en deux temps. D'abord une notification de naissance devant généralement intervenir dans les sept jours suivant la naissance, puis un enregistrement de la naissance intervenant dans les semaines voire les mois qui suivent (avec une tendance à l'accroissement du temps nécessaire pour la déclaration[321]).

Dans six des huit États et Territoires australiens auto-gouvernés, l'exigence d'une mention du sexe au moment de la notification et de l'enregistrement de la naissance est prévue par le *BDMR Act*. Pour la Tasmanie et l'Australie occidentale cette mention n'est nulle part exigée et résulte seulement des pratiques territoriales. Relevons également que pour le Territoire de la Capitale Australienne, depuis 2014, la mention du sexe n'est inscrite que si celui-ci est déterminable. Si les parents estiment que le sexe de l'enfant n'est pas déterminable cela ne leur permettra pas en revanche de ne pas déclarer le prénom de l'enfant. Ils devront le faire dans un délai de six mois (article 10 du *BDMR Act 1997*), ce qui leur laissera donc un temps suffisant de réflexion, temps particulièrement opportun en cas de naissance d'un enfant intersexué.

Dans les six États et Territoires où la mention du sexe est imposée par un texte, aucun d'entre eux, du moins jusqu'en 2017, ne précisait les mentions du sexe susceptibles d'être inscrites. Désormais, l'Australie du Sud fait exception puisque, depuis le 23 mai

[320] http://www.austlii.edu.au/.

[321] Ainsi, la durée pour le Territoire de la capitale australienne est récemment passée à six mois : art. 10 du *BRDM Act 1997*. http://www.legislation.act.gov.au/a/1997-112/current/pdf/1997-112.pdf

2017, le *BDMR Regulation 2011*[322] contient un article 7A intitulé « Sexes et genres reconnus ». Celui-ci indique que sont reconnus les sexes et identités de genre suivantes : (a) masculin ; (b) féminin ; (c) non-binaire ; (d) indéterminé/intersexe/non spécifié. Le texte précise néanmoins que cette reconnaissance vaut « pour l'application de la partie 4A du *BDMR Act 1996* ». Or, celle-ci concernant « le changement de sexe ou d'identité de genre », cela peut laisser un doute quant à la possibilité d'opter pour ces mentions dès la naissance. Il est néanmoins probable qu'*a minima*, compte tenu des directives du gouvernement fédéral, que les mentions énoncées par le (d) de l'article 7A du *BDMR Regulation 2011* à savoir indéterminé/intersexe/non spécifié, soient aussi disponibles dès la naissance.

Dans les sept autres États et Territoires où les mentions du sexe ne sont pas réglementés par le *BDMR Act* ou *Regulation*, il faut se tourner vers les formulaires de déclaration de naissance ou de changement de sexe pour avoir une idée des mentions de sexe disponibles dans ces États et Territoires. Dans la majorité des cas, seules les mentions masculin et féminin sont disponibles. C'est le cas pour le Queensland[323], l'Australie Occidentale[324], le Victoria[325] et la Tasmanie[326]. La réalité des pratiques semble néanmoins plus souple que ce que suggèrent les formulaires de naissance ou même les informations reçues des services d'état civil. Ainsi, pour l'Etat du Victoria, plusieurs personnes détiennent des actes de naissance avec des mentions « non binaire », « indéterminé », mais aussi l'adjonction des deux sexes masculin et féminin[327]. En Tasmanie, les échanges que nous avons pu avoir avec les personnes du service d'état civil révèlent qu'en pratique, malgré les cases inscrites sur le formulaire de naissance, la mention « indéterminé » était parfois utilisée, même si cela l'était surtout lorsque l'enfant était mort-né. Cette situation pourrait néanmoins être amenée à évoluer puisque le Commissariat à la lutte contre les discriminations, *Equal Opportunity Tasmania*, a produit plusieurs documents promouvant la non reconnaissance de la seule binarité[328].

---

[322] https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/R/BIRTHS%20DEATHS%20AND%20MARRIAGES%20REGISTRATION%20REGULATIONS%202011/2017.06.30/2011.205.UN.PDF

[323] *Birth registration application*, version 6. https://publications.qld.gov.au/storage/f/2014-03-04T06%3A23%3A06.611Z/birth-registration-application-form.pdf

[324] *Cf.* le formulaire de changement de sexe qui, à l'entrée « sexe de naissance », n'offre que les options masculin et féminin ; le même choix est offert pour les mentions de sexe demandées dans le cadre du changement : *Form BDM 500*, Application to register change of sex (western australia only) of adult, <http://www.bdm.dotag.wa.gov.au/_files/BDM500_Change_of_Sex.pdf>, consulté le 21 juill. 2017.

[325] Courriel de l'officier d'état civil du Victoria, 14 août 2017. *Adde* M. Keyes, précité, p. 270.

[326] *Cf*. le *Birth registration statement* de cet État, envoyé par un officier d'état civil le 24 juill. 2017.

[327] *Cf.* M. Carpenter, *Ten years of 'X' passports, and no protection from discrimination*, <https://oii.org.au/21597/ten-years-of-x-passports-and-no-protection-from-discrimination/>, consulté le 29 août 2017.

[328] Ainsi dans la notice *Intersex discrimination* (<http://equalopportunity.tas.gov.au/__data/assets/pdf_file/0005/330089/oadc_A4_intersex_final.pdf>, consulté le 29 août 2017) l'on peut lire dans l'encadré *The law in action* que le fait de refuser à une personne le droit de s'identifier autrement que comme masculin ou féminin peut constituer une discrimination. De même le Commissaire à la lutte contre les discriminations, recommande l'adoption d'une catégorie non binaire lorsque des documents imposent légitimement la mention d'un sexe ou d'un genre. Pour le cas de l'acte de naissance, cela conduit à recommander la création d'une nouvelle catégorie, « non binaire », abrégée « X » (*Legal recognition of sex and gender diversity in Tasmania: Options for amendments to the* Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999, févr. 2016, p. 24-28,

En Nouvelle Galle du Sud, la possibilité d'inscrire « sexe indéterminé » est offerte aux parents qui ne peuvent pas en revanche opter pour la mention « non spécifique »[329]. Pour le Territoire de la Capitale Australienne, la consultation du formulaire *Forms 201 – BRS*[330], tel que refondu en mars 2014[331], laisse apparaître que cinq mentions du sexe sont disponibles : « Female », « Male », « Unspecified », « Indeterminate » et « Intersex ». Ces mentions sont les mêmes que celles disponibles en cas de changement d'état civil, ainsi qu'en atteste la consultation *Forms 204 – ACS*[332]. Cela révèle que les mentions non binaires ne sont pas des mentions provisoires, mais bel et bien des mentions appelées à durer dans le temps.

Quel que soit cet état du droit écrit et des pratiques administratives, sa compréhension ne suffit pas à prendre la mesure des droits des États et Territoire australiens. Il faut y ajouter également la jurisprudence de *common law*, en particulier l'arrêt *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* rendu par la Haute cour d'Australie.

L'arrêt NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie et sa portée

Dans sa décision du 2 avril 2014, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie*[333], la Haute Cour d'Australie, acceptant d'examiner un appel formulé par l'officier d'état civil de Nouvelle Galle du Sud en charge des naissances, des décès et des mariages contre une décision de la Cour d'appel de la Cour Suprême de Nouvelle Galle du Sud qui avait considéré que les mentions du sexe susceptibles d'être inscrites sur les registres d'état civil n'étaient pas limitées aux sexes masculin et féminin et que devaient être reconnues également les catégories telles que « intersexe », « transgenre » ou « androgyne ». D'où la Cour d'appel en avait déduit que le requérant, déclaré à la naissance comme étant de sexe féminin et qui avait subi par la suite des actes médicaux d'assignation sexuée ne lui ayant pas permis d'acquérir tous les caractères du sexe féminin, pouvait à sa demande être enregistré comme étant de sexe non spécifique.

Pour s'opposer à ces arguments, l'officier d'état civil faisait valoir qu'il n'était pas dans son pouvoir de déclarer des mentions autres que le masculin et le féminin.

<http://equalopportunity.tas.gov.au/__data/assets/pdf_file/0009/338490/EOT_Options_paper_on_legal_recognition_of_sex_and_gender_diversity_in_Tasmania_~_CONSULTATION_DOC.pdf>, consulté le 29 août 2017).

[329] Échanges de courrier avec un officier d'état civil de Nouvelle Galle du Sud, 16 août 2017.

[330] https://www.accesscanberra.act.gov.au/ci/fattach/get/106834/1475723156/redirect/1/filename/Birth+registration+statement.pdf

[331] La date de mars 2014 semble correspondre à la décision de principe prise par le gouvernement de ce territoire. Elle n'a été mise en pratique qu'à partir de la réédition du formulaire le 26 avril 2014 (M. Keyes, « The formal recognition of sex identity », *Australian Journal of Family law*, 2014 spé. note 22).

[332] https://www.accesscanberra.act.gov.au/ci/fattach/get/108022/1476308821/redirect/1/session/L2F2LzEvdGltZS8xNTAwNTUyMjMzL2dlbi8xNTAwNTUyMjMzL3NpZC9mVUwzU3J6a0k4cXpSNjhGdnZ5ZGxjUkRDbVFFUngzSVR6eThtYVBiRjZsV24ySlVGNEZGdzZOeUltQmF4eU9LUEl6eWZrZ3RoaVFEUDJhWkRUajltc3Y3SHZTVENZWW85WCU3RWRaSXpmVjhmUHdxYV9Sd2Nxdk1ZZyUyMSUyMQ==/filename/Application+to+alter+birth+register+to+record+change+of+sex.pdf

[333] B. MORON-PUECH, « Création d'un sexe 'non spécifique' par la Haute Cour d'Australie », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, avr. 2014, https://revdh.revues.org/641.

La Haute Cour d'Australie a écarté cet argument en retenant du *BDMR Act* une interprétation favorable aux identités non binaires. Elle a en effet considéré que la définition des chirurgies d'assignation sexuées données dans l'article 32A(b) de cet acte impliquait la reconnaissance de ce que le sexe d'une personne n'était pas seulement masculin ou féminin (paragraphe 36). En effet, l'article 32A dispose que ces opérations désignent tant les opérations destinées à aider une personne à être considérée comme étant membre du sexe opposé (a) qu'à corriger ou éliminer des ambiguïtés relatives au sexe de cette personne (b). La Haute Cour relève en outre – toujours au paragraphe 36 – que cette disposition a été introduite par une loi qui a par ailleurs introduit une disposition sur l'interprétation du mot transgenre, disposition dans laquelle il est indiqué qu'une personne transgenre est notamment une personne de « sexe indéterminé »[334]. La Cour ajoutera en outre dans sa conclusion (paragraphe 46) qu'aucune disposition du *BDMR Act* ne permet à l'officier d'état civil d'enregistrer de manière inexacte le sexe d'une personne qui n'est plus désormais du sexe masculin ou féminin. La Cour reprend ce faisant l'argument du défendeur, lequel argüait que le but du registre de naissance est d'établir la vérité à propos d'un individu et que rien ne permet d'enregistrer des mentions inexactes, notamment le sexe[335].

On le voit donc, c'est uniquement au moyen d'une interprétation de la législation de Nouvelle Galle du Sud que la Haute Cour parvient à la conclusion que l'officier d'état civil de Nouvelle Galle du Sud dispose du pouvoir d'inscrire une mention de sexe autre que le masculin et le féminin, en l'espèce non spécifique — la Haute Cour refusant de se prononcer sur de possibles autres mentions, telles que « transgenre » ou « androgyne ».

Comme le relève un auteur, même si « l'affaire *Norrie* concerne le changement du sexe enregistré d'une personne après que celle-ci se soit soumise à une chirurgie d'affirmation de son sexe (*sex affirmation surgery*) et non l'inscription du sexe à la naissance, cette affaire a des conséquences évidentes pour l'enregistrement du sexe à la naissance »[336]. En effet, la motivation retenue par la Haute Cour laisse penser que cette pluralité des mentions devrait aussi s'appliquer à la naissance, puisqu'il ne serait pas conforme à l'esprit du registre que d'y enregistrer une mention de sexe inexacte pour un enfant. Dès lors, en cas de refus de l'officier d'état civil d'enregistrer comme sexe de l'enfant la mention « non spécifique », des parents auraient quelques chances d'obtenir l'enregistrement de leur enfant dans un sexe autre que le masculin et le féminin[337]. L'affaire *Norrie* doit donc semble-t-il être comprise comme impliquant également la possibilité de recourir pour le sexe d'un nouveau-né à la mention « non-spécifique ».

---

[334] Art. 38A du Transgender (Anti-Discrimination and Other Acts Amendment) Act 1996.

[335] *Cf.* le résumé de l'argumentaire du défendeur évoqué dans les paragraphes 30 et 32.

[336] M. Keyes, préc., p. 270.

[337] *Idem*. On relèvera toutefois que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant pourrait peut-être aboutir à d'autres possibilités. Il a ainsi pu être soutenu que ce troisième sexe placerait les individus dans un *no man's land* juridique (R. WALLBANK, « The legal status of people who experience difference in sexual formation and gender expression in Australia », *in* J.-M. SCHERPE (dir.), *The Legal status of transsexual and transgender persons*, Intersentia, 2015, p. 520. Cependant, cette opinion nous paraît discutable car, comme l'a indiqué la Haute Cour — à propos toutefois des seuls problèmes de conflit de lois au sein de l'Australie —, si d'aventure devaient survenir des difficultés d'applications des textes aux personnes ayant un sexe non-spécifique, alors il faudrait interpréter ces dispositions de manière à leur permettre d'en bénéficier (paragraphe 43).

Pourrait-il en aller de même dans les autres États et Territoires n'ayant pas encore adopté une conception non binaire du sexe ?

L'affaire *Norrie* ayant été rendu à l'égard de la Nouvelle Galle du Sud et en usant d'une argumentation s'appuyant avant tout sur l'interprétation du *BDMR Act* de cet État l'on pourrait avoir quelques doutes sur la possibilité d'en étendre la portée à d'autres États. Cependant, deux arguments militent pour une extension de cette solution.

D'abord, il doit être observé que tous les États et Territoires australiens ne reconnaissant pas expressément dans leur droit édicté la non-binarité du sexe[338] ont dans leur législation des dispositions très proches de celles qui ont permis à la Haute Cour, à partir de l'interprétation du *BDMR Act* de Nouvelle Galle du Sud, de juger que l'officier d'état civil de cet État avait les pouvoirs d'inscrire la mention d'un sexe « non spécifique ». Ainsi, pour le Territoire du Nord, le Queensland et la Tasmanie existe dans leur *BDMR Act* respectif une définition des chirurgies d'affirmation de sexe ou d'assignation sexuée faisant référence à l'ambiguïté du sexe[339]. Il en va de même pour l'Australie occidentale où, dans une loi dédiée aux réassignations de genre, la « procédure de réassignation sexuée » est définie notamment comme visant à mettre un terme à « l'ambiguïté des caractéristiques genrées de l'enfant »[340]. De même, à l'exception de l'Australie Occidentale, toutes les législations de ces États usent de définitions des personnes transgenres ou éventuellement intersexes faisant référence à l'état d'indétermination de leur sexe[341] ou à leur caractère ni masculin ni féminin[342]. Dans ces conditions, il est fort probable que la Haute Cour considère là aussi que l'officier d'état civil dispose des pouvoirs d'inscrire des mentions de sexe autre que le masculin et le féminin lorsque cela correspond à la situation de la personne qui en fait la demande.

Ensuite, un deuxième argument résulte de l'adoption au niveau fédéral du *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013*[343] qui interdit de discriminer les personnes en raison de leur genre ou de leur condition d'intersexuation. Il est probable qu'au vu de cet acte la Haute Cour d'Australie considère que constituerait une discrimination le fait de ne pas accorder à une personne

---

[338] À savoir : Territoire du Nord, Queensland, Tasmanie, Victoria et Australie occidentale

[339] *BDMR Act*, (NT), art. 28A ; *BDMR Act 2003* (Qld), Main Schedule 2 Dictionary ; *BDMR Act 1999* (Tas) (https://www.legislation.tas.gov.au/view/html/inforce/current/act-1999-058).

[340] *Gender reassignment Act 2000,* art. 3, *V°* Reassignment procedure. https://www.slp.wa.gov.au/pco/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_25526.pdf/$FILE/Gender%20Reassignment%20Act%202000%20-%20%5B02-a0-05%5D.pdf?OpenElement

[341] *Terrorism (emergency powers) Act,* Schedule (NT), art. 4, (12), (c) (http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/legis/nt/consol_act/tpa323/sch1.html?stem=0&synonyms=0&query=transgender%20and%20indeterminate) ; *Terrorism (Community Protection) Act* (Vic), Schedule 1— Conduct of personal searches under Part 3A, art. 2, 11 (http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/vic/consol_act/tpa2003396/s13w.html#under?stem=0&synonyms=0&query=transgender). Rappr. *Anti-Discrimination Act 1991* (Qld), Schedule, Dictionary, *V°* gender identity où existe une définition des personnes intersexuées comme étant celle d'un sexe indéterminé. (https://www.legislation.qld.gov.au/browse/inforce)

[342] *Anti-Discrimination Act 1998* (Tas), art. 3 qui, s'il ne donne pas une définition des personnes transgenre comme celles étant de sexe ambigu, défini néanmoins les personnes intersexuées comme pouvant être ni du sexe masculin ni du sexe féminin. http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/tas/consol_act/aa1998204/index.html#s3

[343] https://www.legislation.gov.au/Details/C2013A00098/Controls/

ayant un genre non binaire la possibilité de voir ce genre reconnu alors que les personnes ayant un genre masculin ou féminin aurait une telle possibilité. Certes, dans l'affaire *Norrie* ce texte n'a pas été évoqué par la Cour dans son argumentation, notamment parce qu'au moment des faits il n'était pas en vigueur. Toutefois, l'avocat du défendeur a fait valoir à l'audience qu'une interprétation du registre qu'il ne manquerait pas de contester sur le fondement de cette loi de 2013 une interprétation du *BDMR Act* de Nouvelle Galle du Sud qui fermerait la possibilité pour son client d'être reconnu comme étant de sexe neutre. Même si la référence à cet argument ne se trouve pas dans le cœur de l'arrêt, il faut observer que sur la page du site de la Haute Cour, au titre des mots clés, cet acte est évoqué, accompagné de la phrase : « Interrogation sur le point de savoir si l'interprétation de la loi promue par l'appelant [l'officier d'état civil de Nouvelle Galle du Sud] pourrait être perçue comme une violation par celui-ci du *Sex Discrimination Act* de 1984 ».

2. LE CHANGEMENT DE LA MENTION DU SEXE/GENRE

Comme précédemment il convient ici de distinguer les règles fédérales des règles des États et Territoires australiens.

A. Au niveau fédéral

Les normes organisant le changement des mentions de sexe ou de genre sont prévues par les *Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender* précédemment évoquées.

Celles-ci prévoient que lorsqu'une personne demande à modifier la mention du sexe ou du genre figurant sur des documents d'identité, les autorités fédérales sont tenues de lui répondre dans les trente jours et de prendre les mesures raisonnables pour informer les tiers des corrections réalisées (paragraphe 23 des lignes directrices précitées).

Par ailleurs, pour s'assurer que la personne est bien du sexe ou du genre revendiqué, les directives prévoient que les autorités fédérales doivent tenir comme preuve suffisante du sexe ou du genre affirmé : une attestation d'un professionnel de santé ou d'un psychologue habilité, un document australien de voyage valide mentionnant le genre revendiqué, un acte de naissance mentionnant le genre (*sic*) ou encore un document étatique ou territorial reconnaissant un changement de sexe ou de genre (paragraphe 24), document qui sera, en l'état actuel des droits des États et Territoires, souvent obtenu à partir de certificats médicaux ou psychologiques similaires.

Telles sont les seules conditions exigées. Autrement dit, aucune condition médicale n'est formellement exigée, ce que confirme le paragraphe 25 indiquant que les chirurgies ou les « thérapies hormonales » ne sont pas des prérequis. Aucune condition de nationalité ou de résidence n'est non plus requise. Quant à l'âge, bien qu'aucune condition d'âge ne soit posée, il est permis de penser que le gouvernement fédéral, dans le respect des règles étatiques et territoriales sur la capacité des mineurs, n'acceptera pas la demande d'un mineur seul et imposera que celui-ci soit représenté par ses gardiens.

S'agissant des effets du changement, les autorités fédérales ne semblent pas exiger que le sexe/genre obtenu s'applique dans toutes les situations. Certes, ces dispositions prévoient bien que lorsqu'une autorité fédérale constate, quant à la mention du sexe ou du genre, un conflit entre des documents fédéraux et des documents étatiques ou territoriaux, il convient de donner la prévalence soit aux documents fédéraux soit aux documents les plus récents (paragraphe 27). Cependant, le paragraphe 28 indique que les individus ne sont pas obligés de chercher à faire modifier tous leurs documents d'identité consécutivement au changement d'un document d'identité. Cette règle ne vaut pas seulement vis-à-vis des documents d'identité étatiques ou territoriaux, car évidemment les conditions de changement n'étant pas les mêmes, le Gouvernement fédéral ne saurait raisonnablement exiger que l'individu en obtienne également la modification. La règle vaut également pour les documents fédéraux car, comme l'indique les lignes directrices :

> « [Il] y a des raisons légitimes à détenir des documents d'identité conflictuels. Par exemple, une personne qui s'identifie avant tout comme X peut vouloir détenir un passeport mentionnant un genre particulier afin d'assurer sa sécurité quand elle voyage à l'étranger. » (paragraphe 28)

Cette règle est particulièrement intéressante car elle révèle que, dans une certaine mesure, le droit australien accepte qu'une personne puisse avoir un sexe ou genre différent selon les situations.

B. Au niveau étatique et territorial

La législation des États et Territoires australiens sur la question du changement de sexe ou de genre est relativement peu libérale quant aux conditions de changement de sexe et peu bavarde sur les effets du changement.

Les conditions du changement

Examinons d'abord les conditions de fond.

La plupart des États imposent que la personne ne soit pas mariée et c'est là souvent une exigence qui est rappelée dès le début des textes, comme pour mieux souligner son importance. Seuls le Territoire de la Capitale Australienne et l'Australie du Sud n'ont pas de condition de célibat. Pour autant, il n'est pas certain que ces dispositions soient valables au regard du droit fédéral. En effet, le mariage est considéré au niveau fédéral comme l'union d'un homme et d'une femme et le Gouvernement fédéral a par le passé obtenu de la Haute Cour d'Australie qu'elle invalide une loi qu'avait passé le Territoire de la Capitale Australienne pour autoriser les mariages entre personnes de même sexe[344].

Il n'est pas certain toutefois que cette condition doive encore longtemps perdurer. En effet, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a considéré qu'exiger d'une personne trans' qu'elle divorce pour obtenir son changement de sexe constituait une violation de

[344] HCA, 12 déc. 2013, *The Commonwealth v Australian Capital Territory*, n° C13/2013, http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2013/55.html.

l'article 2 du Pacte international des droits civils et politiques[345]. Du fait de cette décision, l'Australie est tenue, au regard de ses engagements internationaux, de prendre toutes les mesures pour que cette violation prenne fin. C'est notamment dans ce contexte qu'une enquête nationale a été organisée afin de recueillir l'opinion des australiens quant à l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe. Cette enquête s'est soldée par une réponse positive à 61,6 %. Il est donc probable que la condition de célibat dans le changement de sexe disparaisse dans les prochains mois, une fois ce référendum devenu loi.

Tous les États et Territoires pathologisent la transidentité. L'exigence d'actes médicaux d'assignation sexuée dûment avérée – par deux certificats médicaux – n'est en revanche pas une règle générale. Ainsi, la législation d'Australie du Sud fait exception à la règle puisque le « traitement clinique » imposé peut résulter soit d'actes médicaux soit d'un suivi psychologique d'une certaine durée [346]. Aucune législation n'exige formellement une stérilisation, mais la condition semble en pratique exigée dans de nombreux États. Par le jeu de l'interprétation, la Haute Cour d'Australie est néanmoins parvenue, dans l'affaire *AB v Western Australia*, à empêcher les autorités en charge de l'état civil d'exiger une telle condition, au motif que l'affirmation d'un genre n'impliquait pas une opération de stérilisation et que suffisaient des opérations modifiant l'apparence extérieure de l'individu[347]. Pour autant, elle n'a pu adopter cette interprétation que parce que la législation de l'État d'Australie occidentale utilisait la notion de genre, faisant référence à la perception de l'apparence par les tiers et non à celle de sexe utilisée dans d'autres législations (notamment dans le Territoire du Nord). Dès lors, il est loin d'être certain qu'une telle interprétation pourrait être étendue aux législations d'autres États ou Territoires australiens[348]. D'autant que rien dans l'arrêt précité ne suggère une volonté de la Cour d'interdire en règle générale les exigences de stérilisation.

À l'exception du Victoria où la procédure n'est ouverte qu'aux personnes de dix-huit ans[349], la procédure est ouverte aux mineurs. En règle générale, le mineur doit être représenté par les titulaires de l'autorité parentale, les législations prévoyant parfois qu'un seul des gardiens peut y consentir si l'autre refuse[350]. Toutefois, l'Australie du Sud fait exception à cette règle : le changement peut non seulement être décidé par les parents, mais aussi par le mineur seul lorsque ce dernier est doté de discernement[351].

---

[345] Comité des droits de l'homme, *Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2172/2012,* CCPR/C/119/D/2172/2012, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/AUS/CCPR_C_119_D_2172_2012_25976_E.pdf.

[346] Births, Deaths and Marriages Registration Act de 1996, art. 29H ; adde Births, Deaths and Marriages Registration Regulation de 2011, art. 7C.

[347] HCA, 6 oct. 2011, *AB v Western Australia; AH v Western Australia*. Pour un commentaire, cf. J. Berry, *Case comment*, Murdoch University Law Review (2012) 19(1), p. 73-78, http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurdochULawRw/2012/3.pdf.

[348] Comp. François VIALLA (dir.), *De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil*. *Étude de l'opportunité d'une réforme*, rapport remis à la Mission de recherche droit et justice, http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/11/15-23-Rapport-final.pdf, p. 70.

[349] *BDMR Act 1996*, art. 30A, (1), (a).

[350] *Cf.*, pour le Queensland, *BDMR Act 2003*, art. 23.

[351] *BDMR Act 1996* (SA), art. 29J.

d) Sur les huit États et Territoires, seuls trois — Nouvelle Galle du Sud, Australie du Sud et Victoria — refusent que des personnes non enregistrées dans les registres d'état civil puissent changer la mention de leur sexe. Dans tous les États et Territoires ouvrant le changement de sexe ou de genre à des personnes non enregistrées, une condition de résidence est imposée. En outre, à l'exception cette fois du Territoire de la Capitale Australienne[352], il est exigé que la personne ait résidé par le passé au moins une année.

Certains États ont en outre des exigences qu'ils ne partagent pas avec d'autres. Ainsi, en Australie du Sud — qui connaît l'une des législations australiennes les plus libérales — il est prévu que le Registre puisse poser un nombre maximal de demande qu'une personne puisse déposer. Par ailleurs, en Australie occidentale, le changement n'est autorisé, outre les conditions médicales, que si la personne établit avoir la conviction d'appartenir au genre réassigné, a adopté le « style de vie et les caractéristiques du genre auquel elle a été assignée et a bénéficié d'un soutien [psychologique ?] approprié en rapport avec son identité de genre[353] ».

Concernant, pour finir, les conditions procédurales, aucun État n'impose une procédure judiciaire. Le changement est décidé par le Directeur du registre d'état civil à partir des différents documents médicaux et autres imposés par les conditions de fond précitées. En Australie occidentale existe une procédure particulière puisque l'évaluation des conditions propres à cette législation (voir *supra*) est examinée par un comité *ad hoc* : le Comité de Réassignation du Genre. Ce comité délivre ensuite un « certificat de reconnaissance » que la personne devra communiquer au directeur du registre d'état civil pour obtenir son changement de genre.

Les effets du changement

Les législations sont peu prolixes sur les effets du changement, la plupart d'entre elles se contentant d'indiquer que la personne doit désormais être considérée comme étant du sexe ou du genre désormais affirmé. La question de l'« homme enceint » n'est pas traitée, ce qui n'est pas surprenant compte tenu de l'approche pathologique retenue. On relèvera de manière intéressante néanmoins que plusieurs législations indiquent que le changement de sexe n'affecte pas les droits de la personne elle-même, sauf dispositions contraires. Il y a là un souci de protection de la personne, souci qu'on retrouve dans les dispositions fréquentes érigeant des infractions pour les personnes révélant un changement de sexe, notamment en produisant des actes d'état civil mentionnant l'ancien sexe ou même l'existence d'un changement de sexe.

3. SYNTHÈSE

Au final, si le droit australien manifeste dans son ensemble une assez grande ouverture vis-à-vis des personnes ayant un sexe ou un genre qui ne soit pas masculin ou féminin, il demeure assez peu libéral, du moins du point de vue des États et Territoires, quant au changement de sexe, du fait de la pathologisation de celui-ci et de l'exigence (en sursis ?) du célibat. La portée de cette dernière limite doit toutefois être tempérée

[352] *BDMR Act 1997*, art. 29A, (b).

[353] *Gender reassignment Act 2000*, art. 15, (1), (b), (ii).

au regard de la législation fédérale qui n'exige pas nécessairement d'actes médicaux, une attestation d'un psychologue suffisant. Dès lors, les personnes à la peine pour faire modifier leurs documents d'identité étatiques ou territoriaux ont néanmoins la possibilité de se prévaloir au quotidien des documents d'identité fédéraux, en particulier leur passeport.

On relèvera également, du point de vue des effets, cette intéressante disposition laissant entendre que le genre des individus pourrait ne pas seulement varier dans le temps, mais aussi selon les situations en cause puisque, rappelons-le, il est reconnu la légitimité d'avoir des documents d'identité avec des mentions de sexe/genre différentes.

DROIT INDIEN

Avant d'examiner la question des mentions de sexe/genre disponibles puis celle du changement de mention, quelques mots sur le système constitutionnel indien, le fonctionnement de l'état civil et la situation passée et actuelle des personnes trans' et intersexes en Inde.

1. INTRODUCTION

A. Le système juridique indien

L'Inde est un État fédéral composé de vingt-neuf États et sept Territoires. Le tout est gouverné par le gouvernement de l'Union, parfois aussi appelé gouvernement central ou Centre. L'Inde est dotée d'une constitution adoptée en 1949 à la suite de l'indépendance[354]. Trois remarques sur cette Constitution car celles-ci permettront de mieux comprendre les solutions du droit indien sur le sujet qui nous intéresse ici :

- La Constitution comprend une Partie III intitulée « Droits fondamentaux ». Parmi ces droits fondamentaux, l'on retrouve les principes traditionnels d'égalité et d'interdiction des discriminations (article 15 et 16), de liberté d'expression (article 19) et du droit de ne pas voir sa vie ou sa liberté limitée en dehors des procédures prévues par la loi (article 21). Si la Constitution indienne ne protège pas expressément le droit à la vie privée, la cour constitutionnelle indienne, grâce à la « baguette magique de l'activisme judiciaire », a néanmoins très récemment tiré ce droit à la vie privée de l'article 21, véritable article fourre-tout dont la cour s'était par le passé déjà servie pour consacrer un droit à un air et à une eau non pollués, un droit à la nourriture, un droit à l'éducation, etc.[355]
- La Constitution établit une Haute Cour dans chaque État et une Cour suprême, lesquelles ont le pouvoir de contrôler la conformité à la Constitution des textes adoptés par les parlements étatiques ou centraux, et de les déclarer nuls le cas échéant. L'Inde suivant un système de *common law*, les décisions de la Cour

[354] http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=184878.

[355] Cour suprême indienne, *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.

suprême ont un effet *erga omnes* sur toutes les questions sur lesquelles la cour a statué. Elles ont donc force de loi. Du fait de l'appartenance de l'Inde à un système de *common law*, les juridictions peuvent s'appuyer sur la jurisprudence des autres pays de *common law*. En outre, les juridictions ont le droit d'appliquer directement les règles de droit international à moins qu'elles ne soient outrepassées par la législation interne[356].

- La Constitution répartit les compétences entre le Centre et les États en prévoyant des listes de pouvoirs propres à chacun et une liste commune. Dans cette liste commune figure notamment un champ de compétences relatif à l'existence de « statistiques démographiques incluant l'enregistrement des naissances et des mariages [357] ». C'est en application de ce champ de compétence qu'a été voté en 1969 le *Registration of births and deaths act* qui invite les différents États à prévoir eux-mêmes comment enregistrer les naissances.

B. Le système d'état civil indien

S'agissant ensuite de l'état civil, l'Inde ne connaît pas de système centralisé d'état civil. En effet, les naissances sont enregistrées dans chaque Etat sans que n'existe de système central. Parmi les informations enregistrées — celles-ci ne sont pas listées dans la législation du Gouvernement indien, mais seulement dans les réglementations étatiques[358] — figure notamment le sexe de la personne[359]. De même, il n'existe pas de titre d'identité officiel standardisé. Existent en réalité une multitude de documents pouvant faire office de titre d'identité : carte d'électeur, carte indiquant le numéro permanent de compte bancaire (*PAN card*), permis de conduire, carte de rationnement, certificat de naissance, licence d'arme à feu, titres de propriété, etc[360].

Néanmoins, depuis les années 2000, le gouvernement de l'Union a tenté de créer une base de données réunissant les données de tous les citoyens. Ainsi ont été adoptés une loi et un règlement pour permettre au gouvernement de l'Union d'obliger les citoyens et résidents indiens à s'enregistrer dans le *National population register*[361], ce qui aurait ensuite permis la délivrance des cartes d'identité qui auraient été rendues obligatoires pour l'accès à certains services gouvernementaux et avantages[362]. Ce projet nécessite

---

[356] *Cf.* les références d'arrêt de la Cour suprême citées dans *NALSA*, préc. n° 51.

[357] Schedule 7, List III, n° 30.

[358] Pour l'État de New Delhi, *cf.* http://delhigovt.nic.in/newdelhi/dept/economic/faq.html.

[359] A. CHAKRAVORTY et T. TANDON, « Country report for India », *In M/V en verder*, M. VAN DEN BRINK et J. TIGCHELAAR (dir.), UCERF, 2014, https://www.wodc.nl/binaries/2393-volledige-tekst_tcm28-73312.pdf, p. 149.

[360] *Idem*, p. 150 ; https://en.wikipedia.org/wiki/Identity_documents_of_India.

[361] *The Citizenship Act, 1955*, Section 14A (modifiée en 2004) et *Citizenship (Registration of Citizens and Issue of National Identity Cards) Rule, 2003*, http://mha.nic.in/sites/upload_files/mha/files/pdf/citizenship_rules2003.pdf.

[362] A. Chakravorty et T. Tandon, préc., p. 149.

néanmoins un recueil de données au porte à porte et n'est toujours pas abouti[363]. Parmi les données recueillies figure notamment le sexe de la personne[364].

En parallèle à ce projet, le gouvernement de l'Union a lancé un autre projet, dénommé « AADHAAR » et confié non plus au *National population register* relevant du ministère de l'Intérieur, mais au *Unique identification authority of India* dépendant du ministère des Communications et des Technologies de l'information. Ce projet vise à conférer à chaque résident indien un numéro d'identification unique, ainsi qu'une carte biométrique, lesquels seraient utilisés comme une preuve d'identité ainsi qu'un moyen d'accéder aux services et installations gouvernementaux. Ce projet a avancé beaucoup plus vite que le précédent et l'enregistrement des données – débuté en 2014 – est maintenant pratiquement achevé. Pourtant, il fait l'objet de nombreuses contestations devant les tribunaux indiens quant à sa validité au regard notamment du droit à la vie privée tel que dégagé par la Cour suprême indienne dans sa décision précitée du 24 août 2017. À ce jour, par une décision provisoire la Cour a d'ores et déjà indiqué que disposer d'une carte AADHAAR ne pouvait pas être une condition d'accès à certains services[365]. Ce point a été confirmé par la Cour suprême en 2015 qui a indiqué plus généralement que cette carte ne pouvait pas être obligatoire, même si la Cour a posé des exceptions s'agissant de certaines prestations sociales, compte tenu semble-t-il du taux de perdition très élevé de ces aides[366].

Il existe donc encore aujourd'hui de nombreuses cartes d'identité différentes, sans hiérarchies entre elles. Les documents acceptés comme titre d'identité varient d'une autorité à une autre, tout comme les documents demandés et les procédures de changement. En théorie, en cas d'informations discordantes, chacun doit contacter les autorités émettrices du document en cause et leur demander de corriger les erreurs. Toutefois, du fait des différences de fonctionnement, une harmonisation n'est guère envisageable[367].

Compte tenu de la très grande diversité des pratiques et du grand nombre de documents il n'est guère envisageable de traiter dans sa totalité la question de la mention du sexe à l'état civil en droit indien. En outre, un tel travail n'aurait que peu d'intérêt dans la mesure où l'arrivée prochaine d'une carte d'identité nationale devrait conduire à une remise à plat et à une grande simplification. Dès lors, tout en mentionnant ici et là des références à quelques réglementations ou pratiques de l'Union ou des différents États, on s'intéressera principalement ici aux lignes directrices posées par la Cour suprême indienne dans l'affaire *NALSA* citée plus haut en note. En effet, ce sont ces lignes directrices qui guideront les autorités indiennes dans le futur. En outre, c'est cette

---

[363] Les données ont été recueillies semble-t-il en 2015, mais sont toujours en cours de numérisation : http://censusindia.gov.in/2011-Common/IntroductionToNpr.html.

[364] *Citenship Act*, précité, art. 3, iv.

[365] Cour suprême, Unique Identification Authority of India & Anr. V. Central Bureau of Investigation, 24 mars 2014.

[366] L'une des motivations à la mise en place du système AADHAR est la lutte contre la corruption dans l'attribution des prestations sociales. Il semblerait que 84 % des prestations sociales soient détournées : https://www.theguardian.com/world/2017/aug/24/indian-court-rules-privacy-a-fundamental-right-in-battle-over-national-id-cards.

[367] A. Chakravorty et T. Tandon, préc., p. 150.

décision qui a déterminé le choix d'intégrer le droit indien à la présente étude de droit comparé.

C. Éléments de contexte sur les personnes trans' et intersexes en Inde

Pour mieux comprendre le droit indien relatif à l'état civil des personnes trans' et intersexes il faut enfin apporter quelques éléments de contextualisation : ceux-ci portent sur la terminologie ; la situation sociale des personnes trans' et intersexes en Inde ; et enfin l'affaire *NALSA* qu'il faut bien avoir en tête avant de présenter les règles sur les mentions de sexe disponibles, ainsi que les conditions de changement de cette mention.

Terminologie

À l'heure actuelle, pour désigner les personnes trans' et intersexes, le droit indien recourt au seul mot de « transgenre », entendu comme un « terme générique » – pour reprendre l'expression de la Cour suprême indienne[368]. Dans la bouche de la Cour Suprême, le terme « transgenre » recouvre non seulement ce qu'on appelle « les personnes dont l'identité de genre, l'expression de genre ou le comportement n'est pas conforme à son sexe biologique » –, mais plus largement « les personnes qui ne s'identifient pas avec le sexe qui leur a été assigné à la naissance, ce qui inclut les *hijras*/eunuques »[369]. La Cour poursuit en précisant que le terme « hijras » (ou eunuque) désigne tant des « personnes émasculées » ou « non émasculées » que des « personnes intersexuées » ; cette dernière catégorie ne semblant regrouper dans l'esprit de la Cour que les personnes hermaphrodites. La Cour précise enfin que ce terme inclut également les personnes ayant subi ou ayant l'intention de subir une chirurgie d'assignation sexuée. Malgré les termes de cette définition relativement claire, plusieurs autorités ont tenté de discréditer cette approche. Ce fut d'abord le cas du gouvernement indien qui, pour tenter de gagner du temps dans l'implémentation de ce jugement, a fait une requête en interprétation devant la Cour afin de savoir si le terme « transgenre » intégrait aussi les personnes homosexuelles. La Cour y a évidemment répondu par la négative[370]. Une autre tentative, qui n'a pas été à ce jour reprise ni invalidée, a consisté à prétendre que le jugement ne s'appliquait pas aux personnes de sexe féminin étant devenue de sexe masculin (FtM)[371].

Ces précisions terminologiques font apparaître l'existence d'un terme propre à la culture indienne : *hijras*. Il suffit d'ailleurs de lire l'arrêt *NALSA* précité pour trouver de larges références à ces communautés que sont les *hijras*, *kothis*, *aravanis*, *jogappas, shiv-shakthis*[372], mais aussi pour trouver quelques exemples de leur importance dans la

[368] *NALSA*, précité, paragraphe 11.

[369] Idem.

[370] http://www.thehindu.com/news/national/Gays-lesbians-bisexuals-are-not-third-gender-SC/article14463873.ece

[371] Haute Cour de Madras, 2014, *I. Jackuline Mary v. The Superintendent of Police*, Karur and Ors, n° 587, paragraphe 27

[372] NALSA, paragraphe 44.

mythologie indienne[373]. À en croire la Cour suprême et quelques auteurs, les « transgenres étaient [avant la colonisation] traités avec beaucoup de respect » et ce ne serait donc que depuis la colonisation britannique que les transgenres auraient été stigmatisés[374]. Cela nous amène donc à présenter un deuxième élément de contexte, relatif cette fois à la situation sociale des personnes trans' et intersexes en Inde.

La situation sociale des personnes trans' et intersexes

Cette stigmatisation perdure aujourd'hui. Comme le relève nombre d'observateurs, les hijras, si elles sont bien reconnues, ne le sont qu'à la marge de la société au regard du rôle qui leur a été associé. Un auteur dit ceci à leur propos : « nous les voyons sur le bas-côté des routes, demandant de l'argent, aux mariages et autres événements festifs chantant et dansant ou encore, dans certains cas, contraintes à se prostituer » et l'auteur de poursuivre que c'est « dans ce rôle social et dans aucun autre que nous les voyons ou sommes prêts à les voir ; nous ne croyons pas nécessaire qu'elles aient une meilleure reconnaissance et une égale part de dignité dans la société »[375]. La Cour Suprême Indienne indique pour sa part que les « *hijras* ou transgenres sont confrontées à une discrimination extrême dans toutes les sphères de la société » et la Cour de lister un certain nombre de ces discriminations dans l'emploi, les espaces publics, les prisons, la santé et l'éducation, tout en relevant une totale impunité des auteurs d'actes violents sur les membres de cette communauté[376]. Ces graves difficultés sont renvoyées dans l'arrêt NALSA à la division omniprésente des sexes dans la société indienne — par exemple, lorsque des personnes attendent pour entrer dans un lieu ou bénéficier d'un service, il existe des files d'attente pour hommes et des files d'attente pour femmes — de sorte que l'absence de reconnaissance d'un troisième genre prive ces personnes de la possibilité de jouir des droits civils[377].

Pour tenter de lutter contre ces stigmatisations, les communautés urbaines *queer* formées en Inde à partir des années 1990 ont entrepris de se tourner vers le contre-pouvoir judiciaire qui, de son propre aveu, use très largement de la « baguette magique de l'activisme judiciaire[378] ». C'est ainsi que des procédures d'envergure ont été lancées par diverses organisations non gouvernementales devant les hautes cours étatiques et la Cour suprême[379]. Si certaines ont échoué, telle celle visant à invalider l'article 377 du code

[373] Paragraphe 12-16.

[374] S. JONES, « Towards a universal construction of transgender rights: harmonizing doctrinal and dialogic strategies in indian jurisprudence », *The Indonesian journal of international & comparative law*, p. 96 et 116.

[375] H. MEHFOOZ, préc., p. 60. D'après une étude réalisée en 2016, 32 % des *hijras* pourvoient à leurs dépenses alimentaires *via* la mendicité et 67 % pour cent *via* la prostitution (Swasti Health Resource Centre, *Avahan III programme*, juin 2016, Bangalore, Karnataka, cité par http://www.firstpost.com/living/transgender-bill-fails-to-incorporate-spirit-of-nalsa-verdict-community-fears-denial-of-rights-3090574.html.

[376] *NALSA*, paragraphe 55 et 112.

[377] *NALSA*, paragraphe 113.

[378] *NALSA*, paragraphe 95.

[379] S. JONES, préc., p. 96-97.

pénal indien qui criminalise l'homosexualité[380] et plus généralement toutes les pratiques sexuelles des minorités sexuées et sexuelles[381], d'autres ont été fructueuses et c'est le cas de l'affaire *NALSA*.

L'affaire NALSA

On présentera ici l'affaire *NALSA* avant d'exposer ses conséquences en droit indien.

Présentation de l'affaire NALSA

L'arrêt *National legal services authority vs Union of India and others* constitue, selon les observateurs « l'une des décisions ayant le plus renforcé le droit des personnes dans l'histoire de la Cour suprême[382] ». En effet, à la suite de cette affaire remontant à 2014, le droit indien a rejoint la liste des pays d'Asie – dont le Népal, le Pakistan et le Bangladesh – protégeant les droits des personnes trans' et intersexes.

Le *National legal services authority* (NALSA) est une personne morale créée par une loi indienne de 1997 (*legal services authority act*) afin de fournir des services juridiques gratuits aux groupes marginalisés de la société indienne. En l'espèce le NALSA a introduit une procédure en justice afin de défendre la cause des personnes transgenres, au sens donné plus haut à ce terme. À cette procédure s'est également jointe une autre association ainsi qu'une personnalité *hijra* bien connue du grand public. Les demandes formulées par les requérants sont notamment :

- Obtenir la reconnaissance par le gouvernement de leur identité de genre, distincte du sexe qui leur a été assigné à la naissance (paragraphe 2 de l'arrêt) et cela en application des articles 14 (principe d'égalité) et 21 (droit à la vie et à la liberté) de la Constitution indienne (paragraphe 5) ;
- Mettre fin aux discriminations dont elles sont victimes en raison de leur genre, en violation selon les requérants des articles 14 à 16 de la Constitution indienne (texte sur l'égalité et l'interdiction des discriminations) (paragraphe 6) ;
- Traiter les personnes transgenres comme des personnes appartenant aux classes sociales défavorisées et leur attribuer en conséquence les avantages reconnus aux membres de ces classes sociales (paragraphe 7).

Pour répondre à ces demandes, les deux juges de la Cour suprême ayant rédigé leurs opinions séparées, vont se situer sur le terrain de l'identité de genre — identité dont le juge Radhakrishnan souligne qu'elle est « l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie » (paragraphe 19) — et vont, schématiquement, adopter le raisonnement suivant :

- Présenter le droit international sur la question en montrant qu'il est assez largement suivi à l'étranger ou par les organisations régionales de protection des droits humains ;

---

[380] La Cour a néanmoins, le 8 décembre 2018 (https://timesofindia.indiatimes.com/india/supreme-court-to-review-article-377-which-criminalises-gay-sex/articleshow/62412768.cms), accepté de réexaminer cette affaire, compte tenu de l'affirmation récente par cette même Cour de l'existence d'un droit à la vie privée, droit susceptible d'aboutir à un revirement de jurisprudence.

[381] Cour suprême indienne, *Suresh Kuma Koushal v. Naz Foundation*, 11 déc. 2013, infirmant l'arrêt de la Haute Cour de Delhi qui avait paralysé cette disposition

[382] JONES, *préc.*, p. 93.

- Exposer la situation dramatique des personnes transgenres en Inde ;
- Justifier de l'application en Inde de ces standards internationaux, en confortant cela par des éléments tirés du droit constitutionnel et de la philosophie ;
- Condamner l'Union à mettre en place différentes mesures pour mieux respecter les droits des personnes transgenres, principalement la reconnaissance d'un troisième genre d'une part et la mise en place de dispositif de lutte contre la discrimination d'autre part.

La Cour va chercher à tirer du droit international un droit à la reconnaissance de l'identité de genre. C'est ainsi que la Cour va tirer de l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de l'article 16 du Pacte international des droits civils et politiques, un droit à la reconnaissance de son être sans interférence de l'Etat, droit dont pourrait bénéficier les personnes transgenres. Pour conclure à l'application de ce principe aux personnes transgenres, la Cour s'appuie sur les principes de Yogyakarta[383]. Certes, la Cour note que ceux-ci ne proviennent pas d'une organisation internationale habilitée, mais seulement d'un groupe d'experts. Toutefois la Cour estime que ces principes ont été approuvés par l'ONU, des organisations régionales et différents organismes nationaux. Dès lors, cela conduit la Cour à les traiter comme une véritable convention internationale (paragraphe 53).

Puis la Cour va conforter ce droit en soulignant, sur plus de vingt pages d'études de droit international et comparé (p. 33 à 55), que le droit à l'identité de genre des personnes transgenres est assez largement reconnu par les juges étrangers ou ceux de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que par plusieurs législations étrangères.

Les juges vont ensuite tous deux souligner la situation dramatique des personnes transgenres en s'appuyant sur différents documents : un rapport établi par le Programme des Nation unies pour le développement (paragraphe 45) ou encore des témoignages parus dans la presse grand public (paragraphe 102-104). Pour justifier ces longues références à ces données sociales, la Cour s'appuie notamment sur une de ses précédentes décisions où, érigeant le juge en scientifique de la réalité sociale, elle avait affirmé que « [les] problèmes constitutionnels ne peuvent pas être étudiés en se coupant des données économiques et sociales, puisque les changements socio-culturels sont à l'origine de changements de valeur » (paragraphe 93).

Estimant que les nombreuses discriminations dont souffrent les personnes transgenres sont liées à l'absence de loi les protégeant, la Cour affirme qu'il est nécessaire de suivre les standards internationaux (paragraphe 47, p. 64). Elle va cependant vérifier qu'elle est bien autorisée à le faire. La Cour rappelle alors qu'elle a le droit d'appliquer de tels standards internationaux s'il n'existe pas de loi indienne contraire et surtout si cela est en accord avec les droits fondamentaux reconnus par la Constitution (paragraphe 53). La Cour va alors relire les articles 14, 15, 16, 19 et 21 de la Constitution indienne à la lumière de la situation des personnes transgenres :

[383] Les principes de Yogyarkarta visent à concrétiser pour les minorités de genre les principes de droits humains. Ils ont été adoptés à l'issue d'une réunion tenue en 2005 à Yogyakarta et sont depuis très fréquemment cités par les organisations internationales, quand bien même ils auraient été pris en dehors du cadre d'une telle organisation.

- Pour l'article 14 relatif à l'égalité des personnes, la Cour va souligner que le terme de « personne » n'est pas restreint aux hommes et aux femmes et peut donc inclure les personnes transgenres.
- Concernant les articles 15 et 16 qui interdisent toute forme de discrimination sur le fondement du sexe, la Cour va les lire comme interdisant également les discriminations fondées sur le genre, puisqu'à ses yeux le sexe inclut tant le genre que les caractéristiques biologiques (paragraphe 56 et 58). En outre, elle va souligner que le second de ces textes implique au gouvernement d'Union des mesures positives pour lutter contre les discriminations (paragraphe 58 et 60).
- Concernant l'article 19, protégeant la liberté d'expression, la Cour va estimer que ce texte protège aussi le droit d'exprimer le genre que l'on s'est donné.
- Enfin, quant à l'article 21, qualifié de cœur et d'âme de la Constitution indienne d'où la Cour a tiré le principe de dignité, cette dernière juge ici que « la reconnaissance de l'identité de genre se situe au cœur du droit à la dignité » (paragraphe 68).

Puis, se tournant vers la législation nationale, la Cour va relever que celle-ci ne reconnaît globalement que deux genres (paragraphe 49 et 75) et que n'existe aucune loi indienne relative à la protection des personnes transgenres (paragraphe 49). Pourtant, s'appuyant en particulier sur le principe d'égale protection des individus par la loi, la Cour va estimer ne pas devoir tenir compte de cette législation pour déterminer si les standards internationaux sont ou non applicables (paragraphe 75 et 76). Dès lors, compte tenu de la conformité de ces standards à la Constitution, la Cour estime que ceux-ci peuvent être utilisés pour préciser les droits des personnes transgenres.

À ces arguments plus juridiques, le second juge va en ajouter d'autres tirés de la philosophie. S'appuyant d'abord sur la philosophie morale de Kant (paragraphe 100 et s.) il va souligner le droit (naturel) fondamental de tout individu à réaliser tout son potentiel (paragraphe 102), droit dont il montre que sont actuellement privées les personnes transgenres. S'appuyant ensuite sur la philosophie politique, il souligne que la nature démocratique de l'Inde n'implique pas seulement l'édiction de règles par des représentants du peuple, mais aussi le respect des droits fondamentaux des personnes marginalisées. Dès lors, pour le second juge, reconnaître les droits des personnes transgenres permet aussi de protéger la démocratie indienne dans son entier (paragraphe 122), y compris dans son attachement au *rule of law* (paragraphe 126).

Au terme de ce raisonnement, la Cour va donc accueillir les demandes présentées devant elle et exiger deux types de mesures :

- Une reconnaissance par le Parlement national, les parlements des États, le gouvernement de l'Union et les gouvernements des États afin qu'ils traitent les *hijras* et eunuques qui en font la demande comme relevant d'un troisième genre, cela afin de préserver leurs droits fondamentaux (art. 14 à 16, 19 et 21 de la Constitution).
- La mise en place d'actions positives de lutte contre les discriminations, notamment en les faisant bénéficier des quotas réservés aux classes défavorisées, en leur permettant d'être pris en charge dans les hôpitaux, en mettant en place des prestations sociales, etc.

Les suites de l'affaire NALSA

Les règles protectrices dégagées par cet arrêt n'ont pas entraîné un changement concret et immédiat de la situation sociale des personnes trans' et intersexuées. Pour certains auteurs, le contexte politique de l'époque[384], ainsi que le conservatisme d'une société indienne dont les mœurs rurales n'ont pas évolué aussi vite que l'économie[385], ont conduit nombre d'institutions publiques indiennes à ne pas respecter les injonctions de la Cour. Certes, nous le verrons ci-après, la plupart des juridictions saisies ont défendu les droits des personnes trans'. Cependant, compte tenu des ressources nécessaires à ces procès, cela n'a réglé les difficultés que de quelques personnes et, encore aujourd'hui, faute de texte mis en œuvre pour garantir leurs droits ces derniers demeurent foulés aux pieds.

Les choses pourraient néanmoins changer quelque peu dans les prochains mois si était adopté le *Transgender Persons (Protection of Rights) Bill 2016*, un projet de loi tentant de tirer les conséquences de l'arrêt *NALSA*[386]. En l'état actuel ce projet reconnaît le droit de toute personne transgenre « à être reconnue comme telle, conformément aux dispositions de cette loi » (art. 4). Parmi les conditions, il y a d'abord une condition de forme : la personne doit déposer une demande auprès d'un juge de district (art. 5). Ce dernier va alors transmettre la demande au Comité d'examen du district (*district screening committee*) composé notamment de personnels médicaux et d'un représentant (largement minoritaire) de la communauté trans' (art. 6). Si ce comité accueille la demande de la personne transgenre, alors le juge de district doit lui délivrer une attestation certifiant son identité transgenre, attestation qui lui permettra d'être ainsi reconnue dans tous ses documents d'identité.

Ce projet est très fortement critiqué par les auteurs et la collectivité *hijras* qui lui reprochent de s'écarter des lignes directrices tracées par la Cour suprême dans l'affaire *NALSA*[387]. Comme l'écrit la Commission internationale de juristes, « le projet crée une procédure de reconnaissance juridique du genre qui ruine l'une des promesses au cœur de l'arrêt NALSA : le droit à l'autodétermination de son identité de genre[388] ». En effet, contrairement à une première proposition de loi qui avait été adoptée par la Chambre basse du Parlement le 24 avril 2015 avant d'être placée dans un tiroir par le gouvernement d'Union, la version actuelle du projet, défendue par le gouvernement, soumet implicitement la reconnaissance de la qualité de transgenre à des conditions médicales puisque cette décision est prise par un comité composé de professionnels de santé. En outre, l'adaptation du droit indien aux personnes non binaires n'est nullement

---

[384] L'arrêt a été adopté à quelques semaines des élections générales ayant conduit au pouvoir un gouvernement très conservateur, bien que néo-libéral dans ses politiques économiques : O. SIRCAR, « New queer politics in the new India: notes on failure and stuckness in a negative moment », *Unbound: Harvard Journal of the legal left,* vol. 11, p. 4, 18 et 26.

[385] MEHFOOZ, préc., p. 71.

[386] http://www.prsindia.org/uploads/media/Transgender/Transgender%20Persons%20Bill,%202016.pdf

[387] Pour les critiques émanant de la communauté trans' et intersexes, *cf.* http://orinam.net/content/wp-content/uploads/2016/08/Community-Response-to-TG-Bill-20161212pm_Monday_Aug81.pdf. Pour des critiques émanant de juristes, *cf.* https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/10/India-Transgender-Bill-Advocay-legal-submissions-2016-ENG.pdf.

[388] « Unnatural Offences » Obstacles to Justice in India Based on Sexual Orientation and Gender Identity, févr. 2017, p. 28.

réalisée[389]. Enfin, le changement de sexe d'homme vers femme ou de femme vers homme semble implicitement condamné puisque le projet ne reconnaît aux personnes trans' que le droit d'être traitées comme transgenres. Rien n'est dit quant à leur possibilité de demeurer dans la binarité, possibilité à laquelle nombre d'entre elles peuvent être attachées compte tenu de leur situation très défavorable.

Avant la réinscription de ce projet à l'ordre du jour des deux chambres du Parlement, un important rapport a été rendu sur ce projet le 22 juillet 2017 par le Comité permanent sur la justice sociale et l'autodétermination[390]. Ce rapport se fait l'écho de nombre des critiques jusqu'à présent formulées par la société civile (médicalisation, absence de reconnaissance des droits civils tels que le mariage, l'adoption, etc.). À ce jour le Gouvernement indien s'est refusé à communiquer la date à laquelle il souhaitait faire débattre le Parlement sur ce projet[391].

Ces éléments de contexte sur le droit indien donnés, examinons à présent plus en détail les deux questions qui se posaient dans l'affaire *NALSA* à savoir la question du nombre de mentions de sexe et de genre disponibles, puis celles des conditions de changement de genre[392].

2. LES MENTIONS DE SEXE ET DE GENRE DISPONIBLES

On évoquera ici successivement les mentions disponibles pour l'état civil puis celles disponibles pour les autres documents.

Concernant l'état civil et plus précisément l'acte de naissance, même si le droit de l'Union et des différents États ne le dit pas expressément, les seules options pour enregistrer le sexe d'un enfant étaient jusqu'il y a peu le masculin et le féminin[393]. En cas d'hésitation, le sexe est comme dans beaucoup d'autres pays déterminé par le médecin ou la sage-femme à partir d'un examen des caractéristiques sexuées primaires et secondaires du nouveau-né[394], sans qu'on ne puisse imposer des examens biologiques plus approfondis et notamment pas de tests génétiques[395].

Théoriquement cet état des choses pourrait avoir quelque peu changé depuis l'affaire *NALSA*. En effet, dans cette décision, deux juges de la Cour suprême indienne ont jugé

---

[389] H. MEHFOOZ, préc., p. 61.

[390] http://164.100.47.193/lsscommittee/Social%20Justice%20&%20Empowerment/16_Social_Justice_And_Empowerment_43.pdf.

[391] Interrogé par la Haute Cour de Madras sur l'existence d'un calendrier quant au vote de la loi sur les personnes transgenres, le gouvernement a fait savoir par le biais du parquet qu'il n'y avait aucun calendrier. Depuis l'introduction de ce projet de loi par le gouvernement le 2 août 2016, un avis assez critique a été rendu le 22 juillet 2017 par le Comité parlementaire permanent pour la justice sociale et l'autonomisation (*Parliamentary Standing Commitee for Social Justice & Empowerment*). Pour avoir force de loi, le projet doit maintenant être adopté par les deux chambres parlementaires et être approuvé par le président

[392] Le juge Sikri explicite très nettement ces deux questions (paragraphe 79), même s'il les examine pour sa part en sens inverse de l'ordre jusqu'à présent suivi.

[393] A. Chakravorty et T. Tandon, préc., p. 152.

[394] *Idem*, p. 152

[395] Haute Cour de Madras, 2014, I. Jackuline Mary v. The Superintendent of Police, Karur and Ors, n° 587, § 27

que les personnes transgenres qui le réclamaient devaient être traitées comme relevant d'un troisième genre (paragraphe 129, (1) et (2)). Certes, la décision parle moins de reconnaissance d'un troisième sexe que d'un troisième genre. Toutefois, la notion de sexe utilisée dans l'acte d'état civil semble bien inclure également celle de sexe. Dès lors, il est permis de penser qu'une personne dont le genre se serait exprimé pourrait obtenir la modification du sexe inscrit à son acte de naissance, en se prévalant de son genre perçu par les tiers. Cette approche est confortée par un arrêt de la Haute Cour de Madras qui, après avoir relevé qu'aucune loi ne disait comment déterminer le « sexe » d'une personne, a posé deux critères pour cela : le sexe inscrit à l'état civil et le sexe perçu par la société en général[396]. On voit donc bien dans cet arrêt que la notion de « sexe », que la Haute Cour cherche à préciser, inclut tant le sexe biologique déclaré à la naissance, que le genre de la personne. Dès lors, il semble bien que la jurisprudence *NALSA* impliquerait ici que soit ouverte la possibilité d'inscrire un troisième sexe/genre sur l'acte de naissance.

En dehors de l'état civil, il doit être relevé que quelques autorités, parfois même avant la jurisprudence *NALSA*, ont mis en place des documents permettant d'avoir un troisième ou en tout cas d'accéder à un service, tel que la réservation de billets de train[397], en renseignant un troisième genre. C'est le cas pour l'agence en charge de la délivrance des passeports[398], pour celles en charge de la carte AADHAAR ou encore de la carte d'électeur[399]. Toutes permettent, sur les formulaires et sur les documents finaux une mention non binaire, tantôt « autre » tantôt « transgenre »[400]. Il est intéressant de relever que, s'agissant des passeports, les autorités indiennes n'ont pas hésité à se mettre en contradiction avec l'organisation internationale de l'aviation civile en délivrant un passeport avec la mention « autre » et non celle de « X »[401], seule prévue par la documentation 9303 de l'Organisation de l'aviation civile internationale. Certaines autorités indiennes refusent encore de reconnaître les personnes trans', telles les universités ou les banques. Toutefois, les trans' multiplient avec succès les procès afin d'obtenir la reconnaissance de leur troisième genre, tant pour la correction de documents administratifs[402], que pour le bénéfice de règles dépendant du genre[403].

---

[396] Idem.

[397] https://tribune.com.pk/story/1545385/3-t-transgender-india-railway-tickets-soon/.

[398] http://passportindia.gov.in/AppOnlineProject/Resources/Passport_App_Form_V1.0.pdf.zip où la rubrique 2.6 contient la case « Transgenre ».

[399] http://eci.nic.in/eci_main/forms/FORM6.pdf laissant apparaître une case « troisième genre ».

[400] A. Chakravorty et T. Tandon, préc., p. 154.

[401] *Idem*, p. 155.

[402] Pour une requête dirigée contre des établissements scolaire et universitaire, *cf.* Haute Cour de Madras, 20 août 2014, *S. Swapna (Transgender) : vs The State Of Tamil Nadu*, https://indiankanoon.org/doc/125208179/. Une autre affaire est en cours dans l'État de New Delhi : http://www.dnaindia.com/india/report-states-uts-have-to-certify-person-as-transgender-delhi-hc-told-2259360.

[403] Haute Cour de Madras, 3 nov. 2015, *K. Prithika Yashini vs The Chairman*, https://indiankanoon.org/doc/157339454/, à propos d'un candidat à un poste dans la police qui s'était vu refusé ce poste car n'appartenant pas à l'un des deux genres reconnus ; Haute Cour de Calcutta, 16 mars 2017, *Atri Kar vs The Union Of India & Ors*, https://indiankanoon.org/doc/133736438/, à propos du droit de candidater à une offre de poste dans un genre adapté.

Même si elle est moins efficace qu'une loi générale qui tarde à venir, la réponse judiciaire permet néanmoins à quelques personnes trans' ou intersexes d'obtenir le respect de leurs droits tels qu'affirmés par l'arrêt *NALSA*. Il est intéressant à cet égard de relever que tous les arrêts des Hautes Cours locales qui leur reconnaissent ce droit sont rendus en application de la jurisprudence *NALSA* de la Cour suprême.

Rares sont pourtant encore aujourd'hui les personnes trans' à réclamer un troisième genre, compte tenu des difficultés administratives que cela entraîne quotidiennement pour elles. Comme le relevait en effet un journaliste pour *The Guardian*, « les pièces d'identité indiquant un troisième sexe ne permettent pas de bénéficier de droits élémentaires tels que le mariage, le transfert de propriété ou l'adoption d'enfants qui sont gouvernés par des statuts fonctionnant sur une stricte binarité homme / femme »[404].

3. LE CHANGEMENT DE SEXE

Comme rappelé plus haut, il n'existe aucune loi traitant du changement de la mention du sexe ou de l'affirmation du genre. Dès lors, les règles pour le changement de sexe sur les différentes règles d'identité sont posées à ce jour par les autorités délivrant ces titres d'identité. Ces autorités sont censées suivre les lignes directrices dégagées par la Cour suprême indienne dans l'arrêt *NALSA*. Commençons par examiner ces lignes directrices, puis recherchons dans quelle mesure celles-ci sont suivies.

A. Les lignes directrices dégagées dans l'affaire *NALSA*

Si l'on s'en tient aux conclusions finales de l'affaire *NALSA* celles-ci affirment notamment « le droit des personnes transgenres à l'autodétermination de leur genre (*self-identified gender*) et exigent du Centre et des États qu'ils accordent la reconnaissance légale d'identité de genre telles que le masculin, le féminin ou un troisième genre » (paragraphe 129 (2)). La Cour ne détaille pas davantage dans ses conclusions les conséquences à tirer de ce droit à l'auto-détermination et la lecture de la motivation de la décision ne permet pas de trancher de manière évidente.

Ainsi, sur la question de savoir si une procédure médicale préalable est nécessaire, les opinions des deux juges diffèrent quelque peu :

- Le juge Radhakrishnan dit très nettement que le droit à l'autodétermination du genre n'est pas compatible avec des conditions médicales préalables (paragraphe 20 et 76). Sont mentionnées les conditions de stérilisation, de thérapie hormonale ou de chirurgie de réassignation (paragraphe 20). En revanche, il n'est pas dit explicitement que le droit à l'autodétermination est incompatible avec l'exigence d'un certificat psychiatrique ou l'attestation d'un psychologue. Peut-être cela pourrait-il être inclus parmi les « conditions médicales » interdites dont parle le paragraphe 76, mais rien n'est certain. D'autant que les principes de Yogyakarta sur lesquelles s'appuient la décision (paragraphe 22) ne condamnent pas explicitement de tels certificats médicaux

[404] https://www.theguardian.com/global-development/2016/jun/02/identity-crisis-india-transgender-community-loath-embrace-third-gender-status-hijra.

ou psychodiagnostics, pas plus que la Cour européenne des droits de l'homme[405] sur laquelle s'appuie également la Cour suprême indienne (paragraphe 32 et 33).

- Le juge Sikri est en revanche beaucoup plus ambigu. S'il parle bien de droit de choisir, il n'évoque l'existence d'un tel droit que lorsque la personne a subi une opération de changement de sexe (paragraphe 79 et 106).

Pour autant, dans la mesure où premièrement le juge Sikri ne subordonne pas explicitement le droit constitutionnel à changer de sexe à une telle exigence médicale et où deuxièmement il adopte lui aussi le terme d'autodétermination dans la partie terminale et commune du jugement, il semble effectivement bien que le jugement, malgré une certaine ambiguïté, condamne les conditions médicales préalables.

Le jugement ne se prononce pas en revanche sur la compatibilité du droit à l'autodétermination de son identité de genre avec des exigences procédurales, telles que l'exigence d'une déclaration faite devant un juge ou des preuves du changement de genre. Dans la mesure où les principes de Yogyakarta ne l'interdisent pas non plus et que les États étaient encore rares à le faire en 2014, au moment où la Cour indienne a rendu son rapport, il n'est pas certain que cela soit interdit par l'arrêt *NALSA*.

En résumé, l'arrêt *NALSA* tout en reconnaissant un droit à l'autodétermination de l'identité de genre reste très flou sur les conditions de mise en œuvre de ce droit. La seule chose relativement sûre est que sont interdites les conditions préalables de stérilisation, de réassignation sexuée ou de thérapies hormonales. Pour les autres conditions, l'incertitude est de mise.

B. Les règles retenues par les autorités émettant des titres d'identité

S'agissant des passeports, la consultation du site de l'autorité en charge de l'établissement des passeports laisse apparaître qu'outre un acte authentique certifiant le changement de sexe (*sworn affidavit regarding change of sex*), il est nécessaire de produire un certificat médical émanant de l'hôpital où l'opération de changement de sexe a été réalisée[406]. En pratique, néanmoins, il semble que les demandeurs au courant de leurs droits fondamentaux parviennent à obtenir des passeports en l'absence d'une telle pièce. En revanche, il semble que les autorités en charge de la délivrance des passeports interprète l'arrêt *NALSA* comme leur permettant d'exiger un certificat médical émanant d'un établissement public de santé et attestant que le demandeur souffre d'un « trouble de l'identité de genre » le conduisant à vouloir vivre dans un genre distinct du sexe assigné à la naissance[407]. Ici donc, le droit à l'autodétermination se trouve quelque peu limité, sans que l'on ne sache exactement si les limites sont ou non constitutionnelles.

[405] Arrêt AP, Nicot et Garçon c/ France, 6 avr. 2017.

[406] http://passportindia.gov.in/AppOnlineProject/docAdvisor/selectCaseReissue (consulté le 11 nov. 2017)

[407] *Cf.* les témoignages rapportés sur https://transgenderindia.com/how-to-apply-for-indian-passport-being-transgender/.

Concernant la carte AADHAAR, le changement ne nécessite aucun document et peut même être fait en ligne[408].

Pour les cartes PAN ou la carte électorale, il ne semble pas y avoir de réglementation établie et les pratiques semblent varier d'un bureau à un autre, voire d'une personne à une autre. Il semble néanmoins qu'il soit possible d'obtenir le changement à partir d'une déclaration de changement de sexe réalisée par acte authentique et publiée dans des journaux d'annonce légale ; la présence d'un certificat médical semble être un atout pour la bonne avancée de la procédure[409].

Les différents diplômes obtenus antérieurement au changement semblent pouvoir être eux aussi modifiés mais en pratique les établissements scolaires et universitaires y sont très résistants[410].

Pour les actes de naissance, il ne semble pas y avoir de contentieux, sans doute car contrairement à la France il n'existe pas un système unique d'état civil fondé sur le registre de naissance et dont dépendrait l'ensemble des autres titres d'identité. En outre, les actes de naissance semblent assez peu utilisés en pratique comme documents d'identité, de sorte que les personnes trans' ou intersexes ne voient guère l'utilité de les modifier. Le *Birth, Death and Mariage Registration Act* de 1969 contient des dispositions générales sur la correction d'une entrée du registre s'il y a une erreur de forme ou de fond (section 15) et certains États ont émis des règles pour préciser les conditions du changement en général mais à notre connaissance il n'existe pas à ce jour de dispositions spécifiques au changement de sexe ou à l'affirmation du genre. Des auteurs relèvent qu'à ce jour « l'on ignore si le changement de sexe pourrait être considéré comme une correction d'une erreur de forme ou de fond[411] ».

4. SYNTHÈSE

Le droit indien quant à l'état civil des personnes trans' et intersexes laisse apparaître des grands principes très protecteurs : reconnaissance des identités de genre non binaires, droit à l'autodétermination de son genre et obligation pour les autorités publiques d'agir positivement pour permettre aux minorités sexuées et de genre de retrouver leur place dans la société.

Théoriquement, ce droit apparaît également très stimulant, d'abord par la prise en compte très large des normes étrangères et internationales, y compris des normes non produites par des organisations internationales qui, tels les principes de Yogyakarta n'en

---

[408] https://uidai.gov.in/enrolment-update/aadhaar-enrolment/aadhaar-data-update.html et https://onlineagents.in/change-aadhar-card-gender-online/.

[409] *Cf.* en ce sens le témoignage d'une personne désirant changer la mention de son sexe/genre d'homme vers femme : https://transgenderindia.com/change-gender-marker-and-name/.

[410] Haute Cour de Madras, 20 août 2014, *S. Swapna (Transgender) : vs The State Of Tamil Nadu*, https://indiankanoon.org/doc/125208179/ où la Cour ordonne un changement dans l'hypothèse cependant d'une personne transgenre ayant subi une chirurgie de réassignation sexuée. La Haute Cour estime que l'établissement aurait dû déférer à sa demande, compte tenu notamment de l'existence d'un certificat médical. Il est regrettable que la Cour ne se soit pas dispensée de cette précision au vu de l'arrêt *NALSA*.

[411] A. Chakravorty et T. Tandon, préc., p. 155.

sont pas moins considérés comme constituant une convention internationale. Ensuite le caractère stimulant de ce droit provient des fondements constitutionnels utilisés puisque le droit à l'identité de genre y repose sur une très large assise constitutionnelle incluant tant le principe d'égalité et son corolaire qu'est l'interdiction de discrimination, le droit à la dignité et son corolaire qu'est le droit à la vie privée, mais surtout le droit à la liberté d'expression. Le droit indien est en effet l'un des seuls, à notre connaissance à avoir reconnu, au plus haut niveau normatif, le lien entre la liberté d'expression et l'identité de genre.

Cependant, à ce jour, l'application concrète de ces principes très protecteurs est défaillante. La Cour suprême elle-même n'a guère précisé la portée du droit à l'autodétermination reconnu, si ce n'est que ce droit ne permettait sans doute pas de subordonner le changement de sexe à des conditions médicales préalables. L'on ignore également quels seront les effets de ce changement, tout comme l'on ignore quels seront les droits des personnes optant pour un troisième sexe. Pourront-elles par exemple se marier ? S'agissant des quotas, il a été un temps prévu de réserver un quota de 2 % aux personnes trans' mais rien n'est pour l'instant adopté, de sorte que se pose la question de l'application des quotas actuels aux personnes trans'.

Quant aux autorités locales, si certaines d'entre elles ont adopté des pratiques vertueuses, parfois même sans attendre l'affaire *NALSA*, ce ne sont pas les plus nombreuses. Le gouvernement central tarde à faire adopter une loi permettant de protéger les personnes transgenres (*lato sensu*), tout comme les différentes administrations en charge de la délivrance des différents titres d'identité ayant cours, tardent à adopter des règles claires – dont pourrait se prévaloir les personnes trans' – quant aux mentions disponibles et aux conditions exigées pour en bénéficier. À cela s'ajoute que la situation quotidienne des personnes transgenres (*lato sensu*) reste particulièrement difficile en Inde, malgré des avancées ponctuelles régulières.

III. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Compte tenu de la diversité des législations relatives à la mention du sexe à l'état civil[412] — tant quant à l'admission ou non d'un troisième sexe, que sur la question du changement de la mention de ce sexe — se pose la question de savoir comment articuler ces législations dans les cas où, compte tenu du caractère international de la situation en cause, elles sont susceptibles d'entrer en conflit.

En adoptant ici le point de vue du seul droit français, voici quelques-unes des principales difficultés qui peuvent se présenter :

- Que faire si une personne dont l'état civil établi à l'étranger ne comporte aucune mention de son sexe vient à s'installer en France et à demander le bénéfice de règles de droit où le sexe intervient ?
- Que faire si une personne dont l'état civil est détenu à l'étranger demande à un juge français de changer la mention de son sexe à l'état civil, en profitant de la législation française.
- Que faire encore si une personne de nationalité française obtient à l'étranger une décision de changement de sexe, y compris vers des mentions autres que masculin et féminin, et que, de retour en France, elle tente ensuite de se prévaloir de cette décision ?

Pour répondre à ces questions il est nécessaire de recourir au droit international privé. Si ce droit varie d'un État à l'autre il y existe néanmoins une règle de bon sens communément partagée par les États : chaque état est seul compétent pour tenir les registres d'état civil présents sur son territoire[413]. Ainsi un juge étranger ne peut prétendre ordonner aux services d'état civil d'un autre état de modifier les registres qu'ils détiennent.

Dans les propos qui suivent on s'intéressera seulement au droit international privé français, en cherchant à comprendre comment ce droit résout les problèmes de mention du sexe à l'état civil en présence d'éléments d'extranéité, en laissant de côté la question de l'application des règles dépendant du sexe, laquelle sort du champ de cette étude[414].

Avant de préciser l'état du droit international privé français sur la question de la mention du sexe à l'état civil des personnes trans' et intersexuées, précisons d'emblée que cette question est particulièrement complexe, cela pour au moins trois raisons :

---

[412] Que soit ici remercié Lukas Rass-Masson pour sa relecture précieuse de cette partie de droit international privé. Nos remerciements vont également à Robert Wintemute pour son aide ponctuelle sur les développements afférents au droit de l'Union européenne.

[413] Pour une application à propos d'un acte notarié étranger, *cf.* Cass. civ. 1re, 22 juin 1999, n° 99-12.364, *Bull.*, I, n° 77.

[414] Pour des propositions de résolution de ces autres problèmes de droit international privé, *cf.* S. GÖSSL, « From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or… ? », *Journal of Private International Law*, 2016, Vol. 12, n° 2, p. 276-280

l'absence de réglementation française claire sur cette question, le fait que soient en jeu des actes d'état civil, lesquels ont été « longtemps les parents pauvres du droit international privé[415] » et aussi compte tenu de cette question. En effet, à la différence de certains droits qui nous sont proches (tels que la Belgique, les Pays-Bas ou l'Allemagne[416]), il n'existe en France aucune disposition régissant en droit international privé la question de la mention du sexe à l'état civil. La loi de modernisation de la justice du XXIe siècle, qui a enfin réglementé la question des changements de la mention du sexe à l'état civil, n'a nullement abordé cette question. Cela peut surprendre dans la mesure où cette loi a pourtant prévu des dispositions de droit international privé pour les changements de prénom et de nom (article 57 de la loi introduisant un article 61-4 dans le code civil)[417]. Pourquoi un tel silence du législateur en 2016 ? Cette absence de disposition s'explique selon nous tant par l'origine des dispositions sur le changement de sexe — dispositions introduites par voie d'amendement — que par le souci des parlementaires de faire évoluer les principes du droit français sur la question du changement de sexe, en laissant les questions techniques de côté, de peur que celles-ci ne fassent obstacle à cette évolution[418].

Cela étant, en l'absence de telles dispositions, les solutions aux problèmes de droit international privé qui se posent à propos de la mention du sexe à l'état civil ne peuvent être trouvées que dans le droit commun et la théorie générale du droit international privé tels que construits par la jurisprudence et la doctrine.

En reprenant l'ordre des questions retenues lors de l'étude de droit comparé, on commencera par envisager à l'aune du droit international privé la question du nombre de mentions de sexe disponibles, avant de se tourner vers les changements de mention du sexe.

LES MENTIONS DE SEXE DISPONIBLES

Dans la mesure où le droit français impose aux individus d'avoir un sexe— du moins dans l'ordre judiciaire[419] — et ne reconnaît que les sexes masculin et féminin, la question qui se pose est de savoir ce qu'il adviendrait si une personne, s'appuyant sur des normes étrangères, demandait à être considérée comme n'ayant aucun sexe à l'état civil ou un sexe autre que masculin ou féminin. Même si l'hypothèse peut sembler marginale elle a

[415] C. PAMBOUKIS, « Les actes publics étrangers et la méthode de reconnaissance », *in* P. LAGARDE (dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 133.

[416] Cf. les articles 62*bis* du code civil belge, 28 *3)* du code civil néerlandais et 1 et 8 de la loi allemande du 10 septembre 1980. Comp. avec le droit Suisse où la *Loi fédérale sur le droit international privé* ne comporte aucune disposition spécifique au changement de sexe. Sur le droit international privé Suisse, *cf.* A. RECHER, « Les droits de personnes trans' », pp. 101-217, spé. p. 140-143, *in* A. R. ZIEGLER, M. MONTINI, E. A. COPUR (dir.), *Droit LGBT*, Helbing Lichtennhahn, 2e éd., 2015.

[417] Il y en avait également pour les permis délivrés par des autorités étrangère dont il a été prévu qu'ils seraient en France affectés de points (article 37 de la loi).

[418] Voir le chapitre dédié à cette question en seconde partie.

[419] Pour l'ordre administratif la question n'est à ce jour pas tranchée, le Conseil d'État n'ayant pas encore été saisi.

néanmoins retenu l'attention des législateurs maltais et irlandais qui l'ont l'envisagée — explicitement pour le premier[420] et implicitement pour le second[421] — dans leur législation de droit international privé. En droit international privé français, si l'on applique les règles dégagées par la jurisprudence, la réponse donnée à cette question n'est pas la même selon qu'il s'agit d'établir en France l'état civil d'un étranger ou de faire produire en France les effets d'un acte ou d'un jugement d'état civil établi à l'étranger.

1. L'ÉTABLISSEMENT EN FRANCE DE L'ÉTAT CIVIL D'UN ÉTRANGER

La question ici posée est celle de savoir quelles mentions du sexe peuvent être inscrites à l'état civil lorsqu'un enfant de nationalité étrangère naît en France et que la loi personnelle de cet enfant autorise à ne pas inscrire de sexe ou à inscrire d'autres mentions. Rappelons en effet que la déclaration de naissance est obligatoire pour tous les enfants, peu importe qu'ils soient français ou non[422].

La réponse à cette question est délicate et implique de combiner, pour la forme de l'acte d'état civil, la loi française fixant les conditions dans lesquelles le registre doit être tenu (*lex auctoritatis*) et, pour le fond de l'acte d'état civil, la loi nationale de l'enfant, par application de l'interprétation couramment retenue de l'article 3 alinéa 3 du code civil[423].

Dans la mesure où l'article 57 du code civil impose la mention d'un sexe à l'état civil, il ne paraît pas possible — malgré les termes de la circulaire (française) relative à l'état civil du 28 octobre 2011[424] — de n'inscrire aucun sexe à l'état civil de l'enfant. En revanche, si la loi personnelle de l'enfant le permet, il ne paraît pas impossible d'inscrire la mention d'un sexe qui ne soit ni masculin ni féminin[425] dans la mesure où aucun texte français n'impose valablement la mention des seuls sexes masculin et féminin. Certes, la Cour de cassation a pu décider, le 4 mai dernier, que « la loi française ne permet pas de

---

[420] Act XI of 2015, 14 avr. 2015, *Gender identity, gender recognition and sex characteristics act*, art. 9, paragraphe 2 : « Est reconnue à Malte la mention d'un sexe autre que masculin ou féminin, ou son absence, dès lors qu'elles ont été reconnues par juridiction étrangère compétente ou une autorité habilitée agissant en conformité avec la loi de ce pays » (notre traduction).

[421] Act 25 of 2015, 22nd July, *Gender Recognition Act 2015*, art. 11 et l'interprétation qui en est donnée dans S. Gössl, précité, p. 267.

[422] Art. 57 c. civ. et Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, paragraphe 1.

[423] Ch. Bidaud-Garon, « Fasc. 544 : État civil », *JCl. Droit international*, 2008.

[424] Les dispositions de cette circulaire conseillant aux parents de n'inscrire aucun sexe à l'état civil de leur enfant intersexué sont en effet probablement illégales. Ceci résulte de l'art. 34 de la Constitution selon lequel les questions d'état des personnes relèvent du seul législateur. 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.

[425] *Contra* Ch. Bidaud-Garon, préc., n° 159 pour qui : « [l]a détermination du sexe de naissance d'une personne ne peut donc s'entendre comme une question juridique nécessitant l'intervention du droit international privé en cas de nationalité étrangère de l'enfant. » Cette opinion est contestable car, « si l'assignation sexuée s'appuie sur une classification médicale, laquelle relève du fait, il n'en demeure pas moins que, dans les cas de sexes ambigus (*sic*) le choix du sexe prépondérant ou du critère déterminant du sexe le plus pertinent peut relever d'une décision arbitraire, pouvant être contestée en justice. C'est pourquoi la détermination de la catégorie appropriée est finalement aussi une décision juridique » (S. Gössl, précité, p. 264-265, traduit par nous).

faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin »[426]. Cependant, cette affirmation a été prononcée à propos de personnes adultes demandant une inscription permanente d'une identité sexuée non binaire et non à propos de personnes intersexuées venant de naître. Or, il est constant qu'il existe et a toujours existé, depuis 1804[427], des personnes inscrites provisoirement à l'état civil comme étant de « sexe indéterminé ». En 2017, d'après les chiffres communiqués par l'INSEE[428], vingt-huit enfants étaient dans cette situation, étant précisé qu'aucune des personnes placées dans cette situation n'était née avant 2013, ce qui atteste bien du caractère provisoire de cet état d'« indétermination ». Eu égard à cette pratique ancienne et constante, il faut considérer que le droit français, applicable à la forme de l'état civil, permet l'inscription à l'état civil d'un « sexe indéterminé ». Et l'on sait qu'en droit international privé, la théorie de l'adaptation implique d'appliquer à l'institution étrangère inconnue par le droit français, ici la possibilité juridique de l'absence de sexe déterminé, le régime de l'institution du droit du for qui s'en rapproche le plus. Dès lors, nous concluons que l'inscription de la mention d'un sexe indéterminé sera possible toutes les fois que la loi nationale de l'enfant permet d'inscrire des mentions autres que le masculin et le féminin. Contrairement à un enfant de nationalité française, cet enfant étranger pourra quant à lui conserver cette mention non binaire si sa loi nationale le lui permet.

2. L'EFFICACITÉ EN FRANCE D'UN ÉTAT CIVIL ÉTABLI A L'ÉTRANGER

La question ici posée est de savoir ce qu'il adviendrait si une personne tentait de se prévaloir en France d'un document lui reconnaissant une identité sexuée autre que le masculin et le féminin, voire aucune identité sexuée.

Nous disons ici « document » et non simplement acte d'état civil car, en pratique, le document établissant une identité sexuée autre que le masculin et le féminin (voire aucune identité sexuée) n'est pas nécessairement un acte d'état civil. Il peut aussi s'agir d'un simple jugement statuant sur l'état civil de l'individu, sans que ce jugement ne soit nécessairement retranscrit dans un registre d'état civil. Cette dernière hypothèse peut survenir dans les pays qui, tels l'Allemagne, ouvrent le changement de sexe à des personnes qui ne sont pas leur nationaux, ce qui devrait *a priori* permettre à des non allemands de demander le bénéfice de l'absence de mention du sexe à l'état civil.

Cette précision est importante car la méthode utilisée pour répondre à la question ici examinée ne sera pas la même selon qu'il s'agit de faire produire effet en France à un acte d'état civil consigné dans un registre ou à un jugement d'état civil. Après avoir présenté ces différentes méthodes, il conviendra de les confronter avec les droits européens, lesquels sont susceptibles d'en perturber le jeu.

---

[426] Cass. 1re civ., 4 mai 2017, 16-17.189, *Bull.* À paraître.

[427] En 1828 a ainsi été dressé un état civil avec la mention « hermaphrodite » ; sur ce cas *cf.* RICOUX et AUBRY, « Un prétendu androgyne dans un service de femmes, *Le progrès médical*, 1999, tome X, p. 183-184 et G. MAK, *Doubting sex*, Manchester University Press, p. 20-21. Des états civils avec la mention sexe indéterminée sont également rapportés : cf. G. HOUBRE, « Un 'sexe indéterminé' ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXe siècle », *Revue d'histoire du XIXe siècle*, p. 75.

[428] Voir en seconde partie l'analyse des données INSEE disponibles.

A. Une efficacité admise selon des méthodes différentes

Commençons par la situation la plus simple, même si elle ne sera sans doute pas la plus fréquente, à savoir celle où le document étranger est un jugement. Puis abordons celle des actes d'état civil.

L'efficacité des jugements étrangers portant sur l'état civil

Dans l'hypothèse où le document étranger est un jugement, la réponse à la question de l'efficacité en France du jugement étranger sera résolue *via* la méthode de la reconnaissance[429].

En droit commun, la plupart des jugements étrangers sont reconnus de plein droit par les autorités françaises, sans aucune procédure d'*exequatur* préalable. Si la règle est encore discutée pour les jugements patrimoniaux, elle ne fait aucun doute pour les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes où elle remonte au moins à 1860[430]. Bien que jurisprudentielle, la règle est désormais codifiée dans la circulaire précitée du 28 octobre 2011 relative à l'état civil (n° 374)[431].

Si cette reconnaissance ne nécessite donc pas le respect d'une procédure particulière, elle suppose néanmoins que soient réunies trois séries de conditions. Celles-ci tiennent à la compétence du juge étranger, à l'absence de fraude et à la conformité à l'ordre public[432]. Examinons-les tour à tour.

S'agissant de la compétence, la décision étrangère ne sera reconnue que si elle ne porte pas atteinte à une compétence exclusive du juge français[433]. En l'espèce ceci implique que, en l'absence de convention internationale contraire, ne sera évidemment pas reconnue une décision étrangère qui prétendrait enjoindre à l'officier d'état civil français de modifier ses propres registres, cette décision de modification ne pouvant être prise que par les seules autorités françaises. Pour le reste, tant qu'il existe un lien de rattachement suffisant entre la personne ayant obtenu le jugement d'état civil et le juge l'ayant prononcé, il n'y aura pas de difficultés de reconnaissance.

S'agissant de l'exigence d'une fraude, récemment réactivée dans le contentieux des gestatrices pour autrui[434], il ne semble pas qu'elle présente un réel intérêt dans l'espèce. En effet, la seule hypothèse à laquelle on pourrait songer — celle d'une personne née en France et cherchant à obtenir artificiellement à l'étranger son rattachement à un troisième sexe — pourrait sans doute être réglée au moyen du critère de la compétence.

---

[429] Sur laquelle, cf. P. LAGARDE (dir.), La reconnaissance des situations en droit international privé, Pédone, 2013.

[430] Cass., 28 févr. 1860, *Bulkley*. Sur lequel, cf. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts du droit international privé*, Dalloz, 2006, n° 4.

[431] « De manière générale, les jugements étrangers rendus en matière d'état des personnes 'produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur...' sauf si le jugement étranger doit donner lieu en France à des 'actes d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes'. »

[432] Cass., civ. 1re, 7 janv. 1964, *Munzer* et Cass. civ. 1re, 6 févr. 1985, *Simitch* sur lesquel, B. Ancel et Y. Lequette, préc. n° 41 et 70.

[433] Arrêt *Simitch* précité.

[434] Cass., civ. 1re, 13 septembre 2013, n° 12-30.138 et 12-18.315, *Bull.* I, n° 176.

S'agissant enfin de l'ordre public, celui-ci vise à empêcher la reconnaissance en France de décisions étrangères qui, dans leur résultat — et non dans leur principe[435] — contrarieraient les valeurs fondamentales de l'ordre juridique français. En l'espèce, cette condition pourrait-elle faire obstacle à la reconnaissance d'un troisième sexe, au motif pris de ce que la dualité des sexes constituerait une valeur fondamentale de l'ordre juridique ? À la suite de quelques auteurs allemands ou français[436], il nous semble qu'une réponse négative s'impose.

Cette réponse négative n'est *a priori* guère évidente compte tenu de l'arrêt précité du 4 mai 2017 ayant jugé que « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil […] est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ». Dire que la dualité des sexes est un élément fondateur de notre organisation sociale et juridique n'implique-t-il pas qu'elle constitue également une valeur fondamentale de l'ordre juridique ? Nous ne le croyons pas ; cela en raison de la spécificité de la notion d'ordre public en droit international privé, notion qui vise avant tout à lutter contre l'application en France de lois étrangères « injustes ou odieuses[437] ». Or, du point de vue des valeurs, il n'y a rien d'injuste ni d'odieux à reconnaître un troisième sexe. Certes l'admission d'un troisième sexe peut être dite perturbante, mais elle n'est assurément pas choquante. Voilà pourquoi il semble que l'exception d'ordre public ne permettrait pas de faire échec à un jugement étranger reconnaissant l'identité sexuée non binaire d'une personne.

L'efficacité des actes d'état civil établis à l'étranger

Dans l'hypothèse où le document d'état civil dont l'efficacité est recherchée en France est un acte d'état civil, la situation est plus complexe. Tout dépendra du rôle de l'autorité à l'origine de l'acte : celle-ci n'a-t-elle fait que recevoir la décision d'une personne privée ou bien a-t-elle vraiment fait acte de volonté[438] ? Dans le second cas, alors cet acte sera assimilé à un jugement. On appliquera donc les mêmes solutions que celles évoquées dans la rubrique précédente, à savoir le recours à la méthode de la reconnaissance avec les trois limites relatives à la compétence, l'ordre public et la fraude[439]. Dans le premier

---

[435] B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 2013, 7e éd., n° 367 où est notamment cité Cass. civ. 1re, 17 juin 2009, n° 07-21.292.

[436] S. L. GÖSSL, « Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht », *StAZ*, 2013, p. 301-305, spé. nº 3 et B. HAFTEL, « Identité sexuelle et droit international privé », *in* S. BOLLEE et É. PATAUT, *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS éditions, 2016, n° 9.

[437] B. Ancel et Y. Lequette, préc., n° 9-9.

[438] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 1, nos 594 et 600 et pour des applications cf. Cass. civ. 1re, 12 janv. 1994, *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 557, à propos d'une reconnaissance de paternité, et Cass., civ. 1re, 4 oct. 2005, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 422, à propos d'un procès-verbal de conciliation. Affinant cette distinction, un auteur a proposé de distinguer selon les effets en cause, car il est vrai qu'un même acte juridique peut produire différents types d'effets : les effets décisionnels et les effets de titre (P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, P. Mayer (préf.), Économica, p. 243-311). Cet affinement n'est cependant pas unanimement admis ; pour sa critique cf. C. Pamboukis, précité, n° 9.

[439] Comp. C. Pamboukis, précité, nº 21 qui, proposant une méthode de reconnaissance générale — donc pas seulement valable en France — propose de réaliser « jugement de proportionnalité propre à chaque ordre juridique de réception ». Concrètement il faut « mettre en balance les intérêts essentiels du for de la reconnaissance » — en tenant compte des trois limites habituelles à la reconnaissance (lien sérieux de

cas, en revanche, si l'autorité étrangère n'a fait que recevoir la déclaration d'un particulier — ce qui peut être le cas dans les États qui, comme Malte[440], ont adopté une procédure déclaratoire — alors sera appliquée la méthode du conflit de lois. S'agissant de la mention du sexe, qui relève du statut personnel, il convient de lui appliquer la loi nationale de l'individu[441], conformément à une règle de conflit de lois aujourd'hui rattachée à l'article 3 alinéa 3 du code civil[442]. Cette solution du recours à la loi nationale a été explicitement retenue par des juridictions françaises à propos d'un changement de la mention du sexe à l'état civil[443]. Dès lors, si l'acte d'état civil étranger mentionne un troisième sexe et que cela est conforme à la loi nationale de l'individu, cet acte pourra déployer ses effets en France.

Certes, l'exception d'ordre public pourrait toujours déployer ses effets. Cependant, pour les mêmes raisons que celles invoquées plus haut à propos du jugement étranger, il ne nous semble pas que cette exception devrait être retenue. Ajoutons ici que la solution contraire — accepter l'exception d'ordre public — pourrait placer la France dans une situation délicate vis-à-vis des engagements internationaux qui sont les siens, tant dans le Conseil de l'Europe que dans l'Union européenne. En effet, comme nous allons le voir à présent, les droits européens tendent à accroître l'efficacité en France des documents d'état civil établis à l'étranger. Et refuser de reconnaître la solution du droit étranger mettrait la personne dans la situation où elle aurait un « sexe boiteux », masculin ou féminin en France, troisième sexe à l'étranger, ce qui serait également contraire aux objectifs du droit français interne qui insiste sur la dimension structurante du sexe.

B. L'influence des droits européens sur l'efficacité en France des états civils établis à l'étranger

Concernant d'abord le Conseil de l'Europe, il faut rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme, à plusieurs reprises ces dernières années, a pu imposer à des États membres, sur le fondement de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDHF), de reconnaître en leur sein des décisions valablement prises à l'étranger et relatives à l'état de la personne, alors même

---

compétence, absence de fraude et respect de l'ordre public) — avec les « implications de la non reconnaissance », en particulier « le morcellement de principe du rapport juridique concerné par l'acte public ».

[440] Act XI of 2015, 14 avr. 2015, Gender identity, gender recognition and sex characteristics act, art. 3 et 4.

[441] Rappr. S. Gössl, '*From question of fact*…', précité, p. 270-271

[442] Des contestations doctrinales de plus en plus nombreuses se font néanmoins entendre afin d'appliquer au requérant la loi de sa résidence habituelle. Cf., à propos spécifiquement du sexe, Ph. Guez, « Identité de genre et droit international privé », *in* N. GALLUS, *Droit des familles, genre et sexualité*, pp. 115-137, n° 21, ainsi que l'article 1er de la convention n° 29 de la commission internationale de l'état civil relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe.

[443] Paris, 1re ch. C, 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 308, note Y. Lequette et Lyon, 2e ch. civ. sect. A, 23 oct. 2008, *JurisData*, no 2008-006695 (cités par Ph. Guez, précité). Même si les deux arrêts utilisent *in fine* l'ordre public pour rattacher la situation à la loi française, ils ne le font que subsidiairement, après avoir rappelé le principe d'application de la loi nationale de l'individu.

que leur règle de droit international privé s'y opposaient[444]. Par exemple, dans l'affaire *Kismoun*[445], la Cour a pu sanctionner la France pour avoir refusé de procéder au changement de nom d'une personne qui, née en France et enregistrée sous un nom, avait été par la suite élevée en Algérie sous un autre nom dont elle demandait la reconnaissance par la France *via* une procédure de changement de nom[446]. Pour justifier cette décision de condamnation, la Cour s'est notamment appuyée sur « l'importance pour la personne d'avoir un nom unique », compte tenu de la place qu'occupe le nom dans le droit à la vie privée et familiale, « noyau dur de ce droit[447] ». Quelques années plus tôt, dans l'arrêt *Wagner* du 28 juin 2007, la Cour européenne avait également condamné le refus des autorités luxembourgeoises de reconnaître (*via* une procédure d'*exequatur*) un jugement d'adoption obtenu par une mère célibataire au Pérou, au motif pris que la loi luxembourgeoise, applicable en l'espèce, ne permettait pas l'adoption plénière. Pour la Cour, « les juges luxembourgeois ne pouvaient [pas] raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention ». Il y a lieu de relever que récemment, dans les arrêts *Mennesson et Labassée*, la Cour a prononcé de semblables condamnations dans une hypothèse où un état membre, la France, avait prétendu s'opposer à la reconnaissance (*via* une transcription) d'un jugement d'adoption, en invoquant sa contrariété à l'ordre public — il s'agissait en l'espèce d'une gestation pour autrui. Comme l'indique un auteur « l'atteinte portée par la décision étrangère à l'ordre public international d'un Etat partie ne permet pas de soustraire celui-ci à cette exigence de reconnaissance, pour peu que la Cour européenne considère que la mise en avant de l'ordre public paraît disproportionnée par rapport au but recherché[448] ». Or, comme nous l'avons ailleurs indiqué[449], il est peu probable que le refus de reconnaissance puisse être justifié par l'un des motifs légitimes limitativement énumérés par l'article 8 de la CSDHLF[450], sauf hypothèse où ce rattachement à un troisième sexe serait obligatoire car il y aurait alors une violation du droit à l'autodétermination reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme[451].

Ajoutons que même s'il était jugé que le refus de reconnaissance d'une mention non binaire ou d'une absence de mention répond à un but légitime, il est très peu probable, au regard du droit français, que ce refus de reconnaissance soit proportionné. En effet, depuis 1804, il s'est développé en France une pratique des officiers d'état civil consistant à inscrire à l'état civil la mention d'un sexe indéterminé pour les enfants pour lesquels les professionnels de santé peinent à déterminer le sexe à attribuer au regard des catégories

---

[444] Sur cette question *cf.* M. LAAZOUZI, « L'identité en droit international privé », *in* B. MALLET-BRICOUT et T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, pp. 185-197, spé. 188-192.

[445] CEDH, 5 déc. 2013, *Kismoun c/ France*, no 32265/10.

[446] Article 61 ancien du code civil.

[447] *Idem*, paragraphe 36.

[448] L. GANNAGE, « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *in Archives de philosophie du droit*, Tome 57, pp. 229-247, p. 242.

[449] B. MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 1404-1408.

[450] Comp. S. Gössl, précité, p. 273.

[451] Idem.

d'homme et de femme qu'ils utilisent. Or, si la Cour européenne des droits de l'homme n'oblige pas leurs États à remettre en cause un principe de fonctionnement des registres d'état civil, ce n'est qu'à la condition que ce principe ne connaisse pas d'exceptions[452]. En l'espèce, l'existence de cette pratique du recours à une mention « sexe indéterminé » nous conduit à penser que le refus de reconnaissance d'identités non binaires serait jugé disproportionné[453].

Voilà pourquoi il est permis de conclure que si une personne venait à se prévaloir en France d'une décision lui ayant créé valablement à l'étranger un statut de sexe neutre, toute tentative de la France de s'y opposer en invoquant l'ordre public risquerait d'être contraire à l'article 8 précité, de sorte qu'il peut paraître souhaitable ici de calquer la notion d'ordre public sur les exigences de l'article 8 précité, qui prennent ici la forme d'un « ordre public européen[454] ».

Il en irait, ensuite, sans doute de même au regard du droit européen, dans l'hypothèse où la décision étrangère invoquée émanerait d'un état membre de l'Union européenne. Une telle solution ne résulterait pas tant du droit dérivé de l'Union européenne — aucun texte n'aborde pour l'instant la reconnaissance du contenu des actes d'état civil étranger[455] — que du droit primaire tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne[456]. En effet, depuis l'arrêt *Garcia Avello*[457], la Cour a réitéré l'affirmation suivant laquelle le refus par un État membre de reconnaître à une personne le nom qui lui a été donné dans un autre État porte atteinte à sa liberté de circulation s'il en résulte pour lui de sérieux inconvénients tenant à la dualité de ses identités[458]. Initialement affirmée à propos des binationaux, dont l'état civil était enregistré dans deux États

---

[452] CEDH, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, §73-78.

[453] V. en ce sens le raisonnement développé, en général, par S. Gössl, précité, p. 273-274.

[454] V. en ce sens la démarche adoptée par S. Gössl, précité, p. 271 s.

[455] Ainsi, le règlement n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, exclut expressément de son champ d'application l'état et la capacité des personnes. La Commission a certes tenté ces dernières années d'avancer sur ce terrain en publiant le 14 décembre 2010 un livre vert intitulé *Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil* (COM(2010) 747 final). Si celui a abouti le 6 juillet 2016 au règlement 2016/1191 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, ce règlement n'a néanmoins régi que les questions de forme des actes d'état civil et non la question de la reconnaissance de leur contenu. Or, compte tenu des réticences existant en particulier du fait des unions entre personnes de même sexe, il n'est guère envisageable que la matière soit réglée à court terme par un règlement européen. *Cf.* la réponse apportée à la question parlementaire n° O-000145/2016 posée le 18 nov. 2016 par Mady Delvaux.

[456] Principalement les articles 18, 20 et 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne respectivement relatif à la non-discrimination, à la citoyenneté européenne et à la liberté de circulation des personnes, ainsi que l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, concernant notamment le droit au respect de la vie privée.

[457] CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, C-148/02.

[458] CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06 ; 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09 ; 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09 ; 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14 ; 8 juin 2017, *Freitag*, C-541/15. L'existence de « sérieux inconvénients » a été retenue dans l'hypothèse d'un nom qui serait composé dans un État et simple dans l'autre (*Garcia Avello* précité) ; elle a été revanche rejetée pour l'hypothèse d'un nom orthographié dans un État avec des signes diacritiques et dans un autre sans ces signes (*Runevič-Vardyn et Wardyn* précité).

européens[459], la règle a été par la suite étendue au cas de requérant n'ayant la nationalité que d'un seul pays, mais ayant obtenu dans un autre État membre la reconnaissance d'un nom distinct de celui enregistré dans leur acte de naissance[460]. Certes, l'existence d'une telle atteinte n'implique pas toujours pour les États l'obligation de reconnaître le nom obtenu à l'étranger. Ils peuvent le refuser si l'atteinte à cette liberté est fondée « sur des considérations objectives et [est] proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi »[461]. Cependant, la Cour se montre assez exigeante quant aux considérations objectives. Elle a par exemple considéré que des considérations de facilité administrative liées au refus de noms trop longs ne pouvaient pas constituer des considérations objectives[462].

Certes, toute cette jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne concerne le nom de famille, mais il nous semble qu'elle doit également s'appliquer à cet autre élément de l'état des personnes qu'est le sexe[463]. Si cette jurisprudence nous paraît pouvoir être étendue à la mention du sexe c'est parce qu'elle est fondée, comme l'a montré un auteur, sur le concept de citoyenneté européenne, lequel comprend un objectif d'unicité du statut (personnel et familial)[464]. C'est en effet cet objectif qui permet de lutter contre « l'atteinte aux droits conférés par le statut de citoyen européen, atteinte caractérisée par l'existence de sérieux inconvénients constituant une entrave à la liberté de circulation du citoyen[465] ». Or, il semble que les différences entre des mentions de sexe exposent le requérant aux mêmes problématiques que celles afférentes au nom de famille et notamment le risque, déjà relevé par la Cour, « de faire naître des doutes quant à l'identité de cette personne ainsi qu'à l'authenticité des documents présentés ou à la véracité des données contenues dans ceux-ci[466] ». Le même auteur plaide également en ce sens en s'appuyant sur l'article 7 de la charte des droits fondamentaux (droit à la vie privée et familiale), texte sur lequel la Cour s'appuie également dans ses décisions les plus récentes[467]. Pour cet auteur : « [si] l'obligation de reconnaissance du nom se rattache à la protection de la vie privée et familiale, alors *a fortiori* cet objectif de reconnaissance doit-il trouver à s'appliquer à l'égard des autres éléments relevant de la vie privée et familiale[468] ». Par conséquent, il nous semble que le fait pour la France de refuser à des personnes reconnues à l'étranger comme n'ayant pas de sexe ou ayant un sexe autre que le masculin et le féminin, constituerait une atteinte à la citoyenneté européenne de ces

---

[459] Arrêt *Garcia Avello* précité.

[460] Arrêt *Grunkin et Paul* précité. Comme l'indique un auteur (L. Rass-Masson, note sous l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* précité, *Rev. crit. DIP* 2017, p. 278), cette évolution résulte de l'évolution du fondement de la solution qui a glissé de la discrimination (art. 18 TFUE) vers la citoyenneté européenne (art. 20 TFUE).

[461] *Idem*, point 29.

[462] Arrêt Bogendorff von Wolffersdorff précité, point 60.

[463] Ph. Guez, précité, n° 36. S. Gössl, précité, p. 275. Rappr., L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Y. LEQUETTE (dir.), thèse Université Panthéon-Assas, n° 422 et s.

[464] L. Rass-Masson, précité, n° 402 et s. *Adde* spé. C. KOHLER, « La reconnaissance des situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *in* P. LAGARDE (dir.), La reconnaissance des situations en droit international privé, Pedone, 2013, pp. 67-79, spé. p. 78.

[465] *Idem*, n° 423.

[466] Grunkin et Paul, point 28.

[467] Arrêt Bogendorff von Wolffersdorff précité, point 35.

[468] L. Rass-Masson, note sous l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* précité, *Rev. crit. DIP*, à paraître.

personnes. Pour autant, cette atteinte ne pourrait-elle pas être justifiée par des considérations objectives et le caractère proportionné de la mesure ? Compte tenu du strict contrôle exercé par la Cour sur ces considérations cela nous paraît peu probable. D'autant moins que la reconnaissance de mentions non binaires paraît commandée par le droit au respect de la vie privée[469], droit inscrit à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux. Or, l'on imagine mal la Cour reconnaître comme objectif légitime une mesure qui contredirait ladite charte[470]. Pour toutes ces raisons, et sous réserve évidemment de la fraude[471], il est permis de penser que le refus de reconnaissance par la France d'une décision étrangère permettant à un citoyen européen d'être reconnu sans mention de son sexe ou avec une mention autre que le masculin et le féminin méconnaîtrait les articles 20 (citoyenneté européenne) et 21 (liberté de circulation) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Où l'on voit que tant le droit international du Conseil de l'Europe que celui de l'Union européenne commandent une telle reconnaissance, mais dans des champs d'application différents. Le premier s'applique à toutes les personnes, là où pour le second il faut distinguer selon les domaines : la liberté de circulation des travailleurs concerne par exemple les seuls citoyens européens, tandis que l'interdiction des discriminations en matière d'emploi s'applique à toute personne quelle que soit sa nationalité.

LE CHANGEMENT DE LA MENTION DU SEXE

Appréhender à l'aune du droit international privé la question du changement de la mention du sexe à l'état civil impose d'examiner deux types de question. *Quid* lorsqu'un étranger souhaite changer en France la mention de son sexe à l'état civil (A) ? *Quid* lorsqu'une personne se prévaut en France d'un changement de la mention de son sexe à l'état civil obtenu à l'étranger (B) ?

1. LE CHANGEMENT EN FRANCE DE LA MENTION DU SEXE D'UN ÉTRANGER

Le changement en France de la mention du sexe à l'état civil d'un étranger pose des problèmes de conflit de juridictions et plus généralement d'autorités, tant quant au pouvoir qu'à la compétence de ces autorités : le juge ou l'officier d'état civil français est-il compétent pour statuer sur les demandes de changement de sexe formulées par des étrangers ? À ces problèmes de conflit d'autorités s'ajoute un problème de conflit de lois : quelle loi doit appliquer le juge ou l'officier d'état civil français à la demande de changement de sexe formulée par un étranger ? Certains de ces problèmes trouvent une

[469] En ce sens, B. MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées. Chantiers à venir. 1re partie » et *La mention du sexe sur les documents d'identités : par-delà une binarité obligatoire*, Journées d'études « Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité », A. CHAIGNEAU, L. HERAULT et I. THERY (dir.), Marseille, 10 juin 2016.

[470] Rappr., *a contrario*, l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* où la Cour a indiqué que le refus de transcription d'une particule nobiliaire obtenue à l'étranger pouvait être justifié par un objectif légitime d'égalité, compte tenu de la mention d'un tel principe dans l'article 20 de la charte des droits fondamentaux.

[471] Pour un rappel de cette réserve, cf. l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* précité, n° 57.

solution différente selon le lieu de conservation des registres, c'est le cas pour la question du pouvoir des autorités. Pour d'autres, la réponse est indifférente à cette donnée, c'est le cas pour les questions de compétence et de loi applicable.

A. La question du pouvoir des autorités

La question du pouvoir des autorités trouve une réponse différente selon le lieu de conservation du registre. Ceci tient au fait que les autorités administratives et judiciaires françaises commettraient un excès de pouvoir si elles prétendaient modifier des registres d'état civil ne relevant pas de la souveraineté française. Par conséquent, si ces autorités sont pleinement compétentes pour statuer sur les demandes d'état civil présentées par des étrangers dont les actes de naissance sont enregistrés en France, elles ne le sont pas à l'égard des actes enregistrés à l'étranger.

Cette situation ne fait cependant théoriquement pas obstacle à une demande de changement d'état civil qui ne serait pas inscrite dans un registre étranger. Cette situation, qui ne paraît pouvoir se présenter que pour les autorités judiciaires — les autorités administratives ayant une compétence beaucoup plus limitée[472] — s'est produite à au moins deux reprises. En effet, des juges du fond ont par le passé accepté des demandes de modification du sexe qui leur étaient présentées par des personnes étrangères dont les actes de naissance étaient conservés à l'étranger. Ainsi, la cour d'appel de Paris a-t-elle pu décider que si une personne « de nationalité algérienne, qui produit un acte de naissance établi au Maroc, ne saurait obtenir, en France, la rectification de son état civil étranger », il est en revanche « de la compétence (*sic*)[473] d'un Tribunal français de disposer qu'une personne de nationalité étrangère puisse être désignée en France, sous le sexe féminin alors qu'elle est née de sexe masculin[474] ».

Concrètement, un tel document permettra à la personne d'être considérée en France comme étant du sexe indiqué sur ce document officiel et de se prévaloir ainsi des droits attachés à cette identité sexuée. En revanche, il n'est pas sûr que cet acte d'état civil *ad hoc* sera reconnu à l'étranger dans la mesure où il sera en conflit avec un autre document d'état civil. Comme l'indique un auteur à propos de la loi néerlandaise ouvrant le changement de sexe à des étrangers : « en présence de deux extraits de l'état civil, l'un d'origine, l'autre néerlandais, c'est sans doute l'extrait de l'état civil originaire qu'on aura tendance à prendre en considération sur le plan international[475] ».

---

[472] Les pouvoir des officiers d'état civil d'établir des actes d'état civil sont en effet strictement définis par les textes et aucun d'entre eux ne leur permet de rédiger des actes portant sur le seul sexe de l'individu. Seule est prévue par les articles 55 et suivants du code civil la rédaction d'actes de naissance, de mariage et de décès. S'il existe parfois des possibilités pour des autorités administratives de dresser des documents tenant lieu d'état civil, ces possibilités reposent sur des textes exprès attribuant compétence à des autorités spécifiques, distinctes des officiers d'état civil. *Cf.* not. l'art. L. 721-3 du CESEDA relatif aux réfugiés.

[473] Mieux vaudrait parler ici de « pouvoir » du tribunal plutôt que de « compétence ».

[474] Lyon, 23 oct. 2008 précité. *Adde* Paris 14 juin 1994, *précité*, où les juges n'ont pas explicité ce problème de pouvoir.

[475] G. A. L. DROZ, « Transsexualisme, état civil et droit international privé », *OP Recht,* W.EJ. Tjeenk Willink, 1996, pp. 43-50, spé. p. 48 et Ph. Guez, préc., n° 26-28.

B. Les questions de compétence des autorités et de loi applicable.

Concernant d'abord la compétence des autorités amenées à se prononcer sur les actions en changement de sexe d'un étranger — l'officier d'état civil ou le procureur en cas d'action en rectification (art. 99 c. civ.) et le juge en cas d'action en modification (art. 61-6 c. civ.) — la compétence des autorités françaises pourra être fondée sur le principe d'extension à l'ordre international des règles internes de compétence territoriale[476]. Ainsi le demandeur pourra s'appuyer sur les articles 1048 et 1055-5 du code de procédure civile déclarant compétent le tribunal dans le ressort duquel le requérant demeure, ce qui implique que la demande n'est ouverte qu'aux personnes étrangères résidant en France[477]. Mais pour celles-ci, les autorités françaises seront compétentes pour statuer sur une demande en changement, que celle-ci passe par la procédure administrative et rétroactive de la rectification ou qu'elle passe par celle, judiciaire et non rétroactive, de la modification[478].

Concernant ensuite la loi applicable, il faudra, comme rappelé plus haut[479], recourir à la loi nationale du requérant, avec la réserve habituelle de l'ordre public. Cette réserve est loin d'être théorique sur la question du changement de sexe. La jurisprudence, parfois certes un peu maladroitement, a en effet utilisé l'ordre public pour écarter une loi étrangère qui refusait tout changement de sexe[480]. Mais qu'en est-il en présence d'une loi étrangère qui, tout en admettant le changement de sexe le subordonnerait à des conditions plus rigoureuses que celles découlant des articles 61-5 et suivant du code civil, introduits par la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle ? La question se pose en particulier pour des systèmes qui subordonneraient le changement de la mention du sexe à l'état civil aux conditions médicales[481] naguère imposées en droit français : le « syndrome du transsexualisme » et l'irréversibilité du changement de l'apparence.

---

[476] Principe affirmé dans l'arrêt Cass., civ. 1re, 9 oct. 1959, *Pelassa*, *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 215, note Y. Lequette. Sur ce principe cf. not. B. AUDIT ET L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Économica, 7e éd., 2013, n° 402 et s.

[477] L'art. 1048 du code de procédure civile, relatif à la rectification d'état civil, pourrait toutefois laisser entendre le contraire si l'on venait à en faire application en matière de compétence internationale. Le texte permet en effet aux personnes ne résidant pas en France de saisir le tribunal de grande instance de Paris ou son président. Cependant, il nous semble que cette disposition devrait être adaptée dans un contexte de compétence internationale, sans quoi elle permettrait aux juges français de se déclarer compétent pour statuer sur l'état civil de personnes n'ayant aucun rattachement avec le for.

[478] Art. 99 c. civ. pour la rectification et 61-5 pour la modification.

[479] *Supra*, spé. note 22.

[480] Ainsi dans les arrêts cités *supra* à la note 22, les juridictions parisienne et lyonnaise ont paru utiliser l'ordre public moins comme une exception, permettant de déroger sur certains points au droit étranger, que comme un critère juridique de rattachement, ce qui a été justement critiqué par la doctrine (Y. Lequette, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 308, note sous Paris 22 juin 1994).

[481] La question pourrait aussi se poser pour les État ayant prévu des conditions de délai. Dans cette hypothèse, il ne semble pas que l'exception d'ordre public puisse jouer, puisque la notion même de possession d'état, présente en filigrane dans les textes nouveaux régissant la modification du sexe à l'état civil (P. REIGNE, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G*, 19 déc. 2016, 1378), implique-t-elle aussi une certaine durée.

Pour répondre à cette question, il nous semble qu'il faut tenir compte de la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme à propos des personnes trans'. En effet, nous l'avons évoqué plus haut, il est souhaitable que la notion d'ordre public international soit équivalente au niveau de protection imposé par l'article 8 de la CSDHLF, à défaut de quoi la France risquera d'être condamnée pour violation de ce droit. En l'espèce, dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour européenne des droits de l'homme a censuré un État qui imposait aux personnes souhaitant changer la mention de leur sexe d'avoir préalablement modifié de manière irréversible leur apparence, au motif que cela plaçait le demandeur devant un dilemme insoluble : choisir entre sa vie privée et son intégrité physique. En revanche, la Cour a accepté qu'un État puisse subordonner le changement de la mention du sexe à un psychodiagnostic de « transsexualisme ». Compte tenu de ces éléments, il nous semble que si la loi nationale du demandeur accepte le changement de sexe, mais le subordonne à des conditions portant atteinte à son intégrité physique, cette loi devrait être écartée *via* l'exception d'ordre public. Quant à l'exigence d'un psychodiagnostic, il ne nous semble pas — compte tenu notamment du maintien en droit français de règles pathologisant les personnes se soumettant à des opérations de réassignation sexuée[482] — que cette exigence puisse être contraire à l'ordre public français. Dès lors, il nous semble que dans une telle hypothèse, le juge français devrait appliquer l'exigence de psycho-diagnostic imposé par loi étrangère. Il ne pourrait en aller autrement que si ce juge, au lieu de recourir à la loi nationale de l'intéressé, usait de la loi de la résidence habituelle du demandeur, ainsi que le proposent de plus en plus d'auteurs.

En résumé, quel que soit le lieu où est tenu le registre d'état civil, les juridictions françaises seront compétentes pour se prononcer sur la question du changement et devront, sous réserve de l'ordre public, faire application de la loi étrangère.

2. L'EFFICACITÉ EN FRANCE DES CHANGEMENTS DE SEXE EFFECTUÉS À L'ÉTRANGER

L'efficacité en France des documents étrangers relatifs au changement de sexe dépendra, comme précédemment, du point de savoir si l'autorité à l'origine du document n'a fait que consigner une déclaration de changement de sexe qui lui était faite par le demandeur ou si elle a posé un acte de volonté à la suite de l'examen des conditions auxquelles ce changement est subordonné. Rappelons que dans le premier cas c'est la méthode du conflit de loi qui s'appliquera alors que, dans le second, ce sera celle de la reconnaissance.

Dans le premier cas, l'application de la méthode du conflit de loi permettra au juge français, s'il est saisi dans le cadre d'une contestation portant sur la régularité du contenu de l'acte public étranger, de ne faire produire effet à ce changement qu'autant que celui-

[482] Le remboursement de ces actes demeure encore aujourd'hui lié à l'existence d'une pathologie. En effet, même si le « transsexualisme » a été sorti de la liste des affections longue durée par le décret no 2010-125 du 8 févr. 2010 ; leur remboursement perdure *via* un mécanisme d'« ALD hors liste », lequel suppose, en application de l'article L322-3, 4° du code de la sécurité sociale, que le transsexualisme soit une « affection grave caractérisée ».

ci a eu lieu conformément à la règle de conflit désignée par le droit français, autrement dit la loi nationale.

Dans le second cas, la méthode de la reconnaissance conduira le juge français à reconnaître la décision étrangère dans les limites évoquées plus haut (compétence, fraude et ordre public). S'agissant en particulier de l'ordre public, les nouvelles règles issues de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle laissent penser que cette limite à la reconnaissance ne devrait jamais jouer en présence de lois admettant le changement à des conditions plus souples que celles prévues par le droit français. Dès lors, il est très probable qu'une personne ayant obtenu son changement de sexe à l'étranger à partir d'une simple déclaration (comme c'est le cas à Malte ou en Argentine) puisse voir ce changement reconnu en France sans que ne puissent lui être opposée l'exception d'ordre public.

SYNTHÈSE

Si le droit international privé français ne contient pas de dispositions spécifiques au changement de sexe, il nous semble qu'une correcte utilisation des instruments généraux disponibles devrait conduire aux résultats suivants :

- Appliquer aux étrangers nés en France leur loi nationale, y compris en ce que celle-ci leur permet de bénéficier de mentions du sexe non binaire ;
- Reconnaître en France les actes d'état civil étrangers ne comprenant aucune mention du sexe ou une mention non binaire ;
- Permettre à des personnes non enregistrées dans les registres d'état civil de changer la mention de leur sexe à l'état civil si leur loi nationale ne le leur permet pas ou ne leur offre ce changement que *via* une procédure médicalisée.
- Reconnaître en France les changements d'état civil réalisés à l'étranger.

IV. DROIT EUROPÉEN

L'étude du droit européen sera limitée à l'analyse du droit issu des résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, sur le fondement de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif au droit au respect de la vie privée, fait figurer, parmi les « éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination », la liberté de définir son appartenance sexuelle[483]. En effet, l'étude du droit de l'Union européenne a déjà été conduite au sein du chapitre 3 consacré au droit international privé.

La Cour de Strasbourg n'a pas encore eu l'occasion d'apprécier, au regard du droit à l'autodétermination, l'inscription obligatoire de la mention du sexe sur les actes de l'état civil ni la dualité des mentions susceptibles d'inscription, que prévoit le droit français. En revanche, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans sa résolution 2191 (2017), a pris position en faveur d'un profond assouplissement des règles d'enregistrement du sexe sur les registres de l'état civil. Toutefois, les résolutions de l'Assemblée parlementaire, comme ses recommandations, sont dépourvues de tout caractère obligatoire ; elles sont cependant de plus en plus souvent prises en considération par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'élaboration de ses décisions[484].

L'étude de la question de l'inscription obligatoire de la mention du sexe sur les registres d'état civil et celle de la dualité des mentions de sexe ne peut donc être que prospective.

En revanche, en matière de modification de la mention du sexe portée sur les actes d'état civil, la Cour a édifié une construction prétorienne évolutive, prenant notamment appui sur les résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

LES MENTIONS DE SEXE DISPONIBLES

1. L'ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté deux résolutions traitant de la situation des personnes intersexuées, portant respectivement les numéros 1952 (2013) et 2191 (2017). La première n'est pas exclusivement consacrée à la situation des personnes intersexuées ni ne porte sur l'enregistrement du sexe à l'état civil, à la

[483] V. CEDH, 3e sect., 12 juin 2003, n° 35968/97, Van Kück c. Allemagne.

[484] V. par exemple CEDH, 10 mars 2015, n° 14793/08, Y.Y. c. Turquie, n° §§ 29 et s.

différence de la seconde. Dans celle-ci, l'Assemblée parlementaire invite les États membres du Conseil de l'Europe :

> « 7.3.1. à faire en sorte que les lois et les pratiques relatives à l'enregistrement des naissances, en particulier à l'enregistrement du sexe des nouveau-nés, respectent dûment le droit à la vie privée en laissant une latitude suffisante pour prendre en compte la situation des enfants intersexes sans contraindre les parents ni la profession médicale à révéler inutilement le statut intersexe d'un enfant ;
>
> « 7.3.2. à simplifier les procédures de reconnaissance juridique du genre conformément aux recommandations adoptées par l'Assemblée dans sa Résolution 2048 (2015) et à veiller en particulier à ce que ces procédures soient rapides, transparentes et accessibles à tous sur la base du droit à l'autodétermination ;
>
> « 7.3.3. lorsque les pouvoirs publics recourent à des classifications en matière de genre, à veiller à ce qu'il existe un ensemble d'options pour tous, y compris pour les personnes intersexes qui ne s'identifient ni comme homme ni comme femme ;
>
> « 7.3.4. à envisager de rendre facultatif pour tous l'enregistrement du sexe sur les certificats de naissance et autres documents d'identité ;
>
> « 7.3.5. à veiller, conformément au droit au respect de la vie privée, à ce que les personnes intersexes ne soient pas privées de la possibilité de conclure un partenariat civil ou un mariage ou de rester dans une telle relation après la reconnaissance juridique de leur genre ».

La portée de la résolution précitée est particulièrement importante, puisque l'Assemblée parlementaire invite les États membres à réfléchir à la remise en cause du caractère obligatoire de l'inscription de la mention du sexe sur les certificats de naissance *pour tous*[485] ; ce qui, en droit français, aboutirait, à rendre facultative la mention du sexe sur les actes de naissance eux-mêmes.

Par ailleurs, l'Assemblée parlementaire propose aussi d'assouplir les classifications juridiques et administratives de sexe pour les personnes intersexuées, d'une part, en offrant la faculté de différer l'inscription du sexe à l'état civil et sur les divers documents administratifs ou celle-ci figure, d'autre part, en autorisant d'autres mentions que « sexe féminin » ou « sexe masculin », dans le respect dû à la vie privée des personnes intersexuées[486].

L'Assemblée parlementaire encourage ainsi les États membres à abandonner les caractères binaire et public du sexe[487], voire le principe même de l'enregistrement de celui-ci ; ce qui est la conséquence logique de ce que le sexe, d'instrument public de classification des êtres humains, devienne un élément de la vie privée des personnes.

2. LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La Cour européenne des droits de l'homme n'ayant pas, à ce jour, statué sur le caractère obligatoire de l'enregistrement du sexe à l'état civil ni sur la dualité obligatoire

---

[485] Résolution 2191 (2017), § 7.3.4.

[486] Résolution 2191 (2017), §§ 7.3.1. et 7.3.3.

[487] B. MORON-PUECH, L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dit non à la binarité du sexe et du genre : JCP, éd. G, 2017, 1166.

des mentions de sexe, il convient, afin d'éviter les spéculations trop théoriques, de raisonner à partir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation du 4 mai 2017 refusant que puisse être portée sur les registres de l'état civil la mention de « sexe neutre »[488], alors que cette affaire donne lieu à un recours formé contre la France devant la Cour européenne des droits de l'homme.

A. L'ingérence de l'État français

L'ingérence de l'État français dans le droit au respect de la vie privée, en ce qu'il impose l'inscription de la mention du sexe sur les actes d'état civil et qu'il ne laisse le choix qu'entre les mentions « du sexe féminin » et « du sexe masculin », n'est guère discutable. La Cour de cassation, dans son arrêt du 4 mai 2017, l'a d'ailleurs implicitement admise, reconnaissant que « 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[489] ».

L'ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit, selon le 2 de l'article 8 de la Convention, avoir une base légale en droit interne, poursuivre un but légitime et présenter un caractère nécessaire dans une société démocratique. Les deux premières conditions soulèvent, en l'espèce, peu de difficultés, à la différence de la troisième.

B. La base légale

L'obligation de mentionner le sexe à l'état civil est formulée au premier alinéa de l'article 57 du code civil ; les catégories de sexe et leur binarité semblent découler de nombreux textes[490], dont les articles 1 et 3 de la Constitution, même s'il est vrai que ces textes n'excluent pas formellement l'inscription d'autres mentions et que le Tribunal constitutionnel fédéral allemand, sur le fondement de textes similaires, a pu admettre la possible reconnaissance d'un sexe neutre[491]. La nature même de la base légale ainsi caractérisée paraît bien exclure, de surcroît, toute critique tenant à son accessibilité, à sa prévisibilité ou à sa précision, sauf à tenir compte de la brèche ouverte par le paragraphe 55 de la circulaire du 28 octobre 2011.

---

[488] Cass. 1re civ., 4 mai 2017, n° Q 16-17.189 : D. 2017, p. 1399, note J.-.PH. VAUTHIER et F. VIALLA ; JCP, éd. G, 2017, 696, avis Ph. INGALL-MONTAGNIER ; AJ Famille 2017, p. 354, note J. HOUSSIER ; Petites affiches 16 juin 2017, p. 18, note M. PERON ; Gaz. Pal. 4 juillet 2017, p. 91, note B. BLOQUEL ; adde M. GOBERT, Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister : JCP, éd. G, 2017, 716.

[489] Cass. 1re civ., 4 mai 2017, préc.

[490] V. B. MORON-PUECH, Les intersexuels et le droit, mémoire de master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, n° 9 et les réf. cit. *Contra*. B. MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 1404-1408.

[491] BVerfG, 10 oct. 2017, 1 BvR 2019/16 : B. Moron-Puech, « Autre sexe outre-Rhin, "Plaisante justice qu'une rivière borde…" », *Rec. Dalloz*, 2018, pp. 73-74.

C. Le but légitime

Les motifs justifiant une ingérence dans le droit au respect de la vie privée font l'objet d'une énumération limitative et doivent être entendus strictement[492]. Selon la Cour de cassation, « 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[493] ». Ces motifs pourraient être rattachés à la défense de l'ordre (familial et social), qui figure parmi les buts légitimes énoncés au 2 de l'article 8 de la Convention. Cela supposerait néanmoins une approche étendue de la notion d'ordre, alors que les travaux préparatoires à la Convention suggèrent plutôt qu'il s'agit ici de l'absence de trouble à la sécurité publique[494]. Il faut rappeler, à cet égard, que le juge européen apprécie l'existence d'un but légitime selon une pratique qu'il qualifie lui-même de « succincte »[495].

D. Le caractère nécessaire dans une société démocratique

L'ingérence, pour être jugée nécessaire dans une société démocratique, doit répondre à un besoin social impérieux et être proportionnée au but légitime poursuivi, les autorités nationales disposant d'une marge d'appréciation dont l'étendue est variable. Pour vérifier l'existence d'un besoin social impérieux, le juge européen des droits fondamentaux apprécie la pertinence et la suffisance des motifs fournis par les autorités nationales, alors que, pour contrôler la proportionnalité, il s'assure qu'un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu[496].

La Cour de cassation, dans son arrêt du 4 mai 2017[497], affirme 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 Haute juridiction semble faire application, en l'espèce, de la théorie des « obligations positives », même s'il est vrai que son raisonnement s'inscrit plutôt, par la recherche de la base légale et du but légitime, dans le champ de la théorie des « obligations négatives »[498].

De manière générale, pour déterminer le contenu des obligations positives incombant à l'État au titre du droit au respect de la vie privée, il faut prendre en considération, selon la Cour européenne des droits de l'homme, d'une part, la situation concrète de l'individu, « par exemple l'importance de l'intérêt en jeu ou la mise en cause de « valeurs

---

[492] CEDH, Grande Chambre, 1er juill. 2014, n° 43835/11, S.A.S. c. France, § 113 ; CEDH, 2e sect., 10 mars 2015, n° 14793/08, Y.Y. c. Turquie, § 76.

[493] Cass. 1re civ., 4 mai 2017, préc.

[494] L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article, Economica, 2e édition, 1999.

[495] V. CEDH, 10 nov. 2005, n° 44774/98, Leyla Sahin c. Turquie, § 99 ; CEDH, 2e sect., 23 févr. 2010, n° 41135/98, Ahmet Arslan et autres c. Turquie, § 43.

[496] V. CEDH, Grande Chambre, 12 sept. 2012, n° 10593/08, Nada c. Suisse, §§ 181 et s.

[497] Préc.

[498] B. MORON-PUECH, « Le rejet du sexe neutre… », *op. cit.*, p. 1408.

fondamentales » ou d' « aspects essentiels » de sa vie privée, ainsi que l'impact sur l'intéressé d'un conflit entre la réalité sociale et le droit », d'autre part, les conséquences, pour l'État, de l'obligation positive alléguée, « par exemple le caractère ample et indéterminé, ou étroit et défini, de cette obligation ou l'ampleur de la charge que l'obligation fait peser sur lui », l'État jouissant toujours d'une « certaine marge d'appréciation »[499].

Ainsi, avant le revirement de jurisprudence opéré par les arrêts Christine Goodwin c. Royaume-Uni et I. c. Royaume-Uni[500], la Cour européenne des droits de l'homme, dans ses décisions Rees c. Royaume-Uni et Cossey c. Royaume-Uni[501], avait jugé, pour refuser d'admettre l'existence d'une obligation positive de reconnaissance de la nouvelle identité de genre de personnes trans' opérées, que, « l'existence d'un juste équilibre [entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu] ne pouvait astreindre l'État défendeur à remanier de fond en comble son système existant » au titre d'une obligation positive[502].

Il est évidemment extrêmement difficile de répondre à cette question. Il convient cependant de constater que l'obligation de prévoir la possibilité de porter la mention « sexe neutre » sur les actes de naissance ferait peser sur l'État français la charge de réformer partiellement le droit de la filiation et aussi d'adapter les règles de parité, sauf à considérer que les questions de reconnaissance de l'identité de genre peuvent être dissociées de celles de l'application des règles dépendant du genre pour leur application, ainsi que semble l'avoir admis le Tribunal constitutionnel allemand dans l'affaire précitée.

LE CHANGEMENT DE SEXE

1. L'ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté deux résolutions traitant de la situation des personnes trans', portant respectivement les numéros 1728(2010) et 2048(2015). Elles ont été précédées d'une recommandation 1117(1989) sur la « condition des transsexuels ». Il faut encore citer une recommandation du Comité des ministres CM/Rec(2010)5 « sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ».

A. La recommandation de l'Assemblée parlementaire 1117 (1989)

La recommandation de l'Assemblée parlementaire 1117(1989) sur la « condition des transsexuels » suggérait au Comité des ministres du Conseil de l'Europe notamment

[499] CEDH, Grande Chambre, 16 juill. 2014, préc., §§ 66 et 67.

[500] CEDH, Grande Chambre, 11 juillet 2002, n° 28957/95, Christine Goodwin c. Royaume-Uni : *D.* 2003, p. 2032, note A.-S. Chavent-Leclère *;* CEDH, Grande Chambre, 11 juillet 2002, n° 25680/94, I. c. Royaume-Uni.

[501] CEDH, plén., 17 octobre 1986, n° 9532/81, Rees c. Royaume-Uni ; CEDH, plén., 27 septembre 1990, n° 10843/84, Cossey c. Royaume-Uni.

[502] CEDH, plén., 17 octobre 1986, préc., § 42 ; CEDH, plén., 27 septembre 1990, préc., § 38.

« d'élaborer une recommandation invitant les États membres à réglementer par un texte législatif cette matière, aux termes duquel, dans le cas de transsexualisme irréversible : a) la mention concernant le sexe de l'intéressé devrait être rectifiée dans le registre des naissances, ainsi que dans ses pièces d'identité ; b) le changement du prénom devrait être autorisé ».

La recommandation précitée ne présente plus qu'un intérêt historique, même si elle est à l'origine de la notion nébuleuse d'« irréversibilité de la transformation de l'apparence[503] ».

B. La résolution de l'Assemblée parlementaire 1728 (2010)

La résolution de l'Assemblée parlementaire 1728(2010), relative à la « discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre », invite les États membres du Conseil de l'Europe « à garantir dans la législation et la pratique les droits de ces personnes [transgenres] […] à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale[504] ».

C. La recommandation du Comité des ministres CM/Rec(2010)5

La recommandation du Comité des ministres CM/Rec(2010)5, « sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre », appelle les États membres du Conseil de l'Europe à réévaluer régulièrement « les conditions préalables, y compris les modifications d'ordre physique, à la reconnaissance juridique d'un changement de genre […] afin de lever celles qui seraient abusives[505] ».

D. La résolution de l'Assemblée parlementaire 2048 (2015)

La résolution de l'Assemblée parlementaire 2048(2015), relative à la « discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », offre, à ce jour, l'éventail de mesures le plus large en matière de « reconnaissance juridique du genre » en faveur des personnes trans' ; elle invite notamment les États membres :

> « 6.2.1. à instaurer des procédures rapides, transparentes et accessibles, fondées sur l'autodétermination, qui permettent aux personnes transgenres de changer de nom et de sexe sur les certificats de naissance, les cartes d'identité, les passeports, les diplômes et autres documents similaires; à mettre ces procédures à la disposition de toutes les personnes qui souhaitent les utiliser, indépendamment de l'âge, de l'état de santé, de la situation financière ou d'une incarcération présente ou passée ;
>
> « 6.2.2. à abolir la stérilisation et les autres traitements médicaux obligatoires, ainsi que le diagnostic de santé mentale, en tant qu'obligation juridique préalable à la reconnaissance

[503] V. Haute autorité de santé, Situation actuelle et perspective d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, novembre 1989, p. 47.

[504] Résolution 1728(2010), § 16.11.2.

[505] Annexe à la recommandation CM/Rec(2010)5, § 20.

de l'identité de genre d'une personne dans les lois encadrant la procédure de changement du nom et du genre inscrits à l'état civil ;

« 6.2.3. à supprimer les dispositions limitant le droit des personnes transgenres à demeure mariées à la suite d'un changement de genre reconnu; à veiller à ce que les conjoints/conjointes ou les enfants ne perdent pas certains de leurs droits ;

« 6.2.4. à envisager de faire figurer une troisième option de genre sur les papiers d'identité des personnes qui le souhaitent ;

« 6.2.5. à garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant ».

L'évolution de la position du Conseil de l'Europe, à travers les positions prises par le Comité des ministres et, surtout, l'Assemblée parlementaire, est remarquable, consacrant, au profit des personnes trans', toutes les conséquences du droit à l'autodétermination en matière sexuelle, dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme.

2. LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Si la possibilité de modifier la mention du sexe à l'état civil, dans la binarité, repose sur les stipulations de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, force est de constater que son fondement direct a été profondément modifié dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

A. La décision du 25 mars 1992

Dans sa décision du 25 mars 1992, la Cour de Strasbourg, pour considérer que la France avait excédé la marge d'appréciation à elle reconnue et, en conséquence, pour la condamner pour violation du droit au respect de la vie privée, a jugé que la personne requérante « se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée [506] » ; elle a pris appui, notamment, sur les caractéristiques du droit français en la matière, tenant, d'une part, à la possibilité de modifier aisément les actes des naissance, par voie de mention marginale[507], d'autre part, à l'importance prise par le numéro d'identification des personnes physiques, attribué par l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), dont le premier chiffre indique le sexe et qui est « d'un usage systématique dans les rapports entre les caisses de sécurité sociale, les employeurs et les assurés[508] ».

Il convient de relever que la violation du droit au respect de la vie privée, ainsi caractérisée par la Cour de Strasbourg, tenait à ce que la personne trans', en l'espèce, était contrainte, à de très nombreuses occasions de dévoiler aux tiers sa transidentité ; ce qui l'exposait à de graves risques de discrimination.

---

[506] CEDH, plén., 25 mars 1992, n° 13343/87, B. c. France.

[507] CEDH, plén., 25 mars 1992, §§ 52 et s.

[508] CEDH, plén., 25 mars 1992, §§ 59 et s.

B. Les décisions du 11 juillet 2002

Dans ses décisions du 11 juillet 2002, la Cour européenne des droits de l'homme va abandonner la conception purement biologique du sexe qui sous-tendait sa jurisprudence antérieure[509].

Après avoir constaté qu'« avec la sophistication croissante des interventions chirurgicales et des types de traitements hormonaux, le principal aspect biologique de l'identité sexuelle qui reste inchangé est l'élément chromosomique », la Cour de Strasbourg relève qu'« il n'est pas évident que l'élément chromosomique doive inévitablement constituer – à l'exclusion de tout autre – le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels[510] ». Elle en conclut qu'elle « n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que [les termes de femme et d'homme] impliquent que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques[511] ».

Ce changement de paradigme a permis aux juges européennes de mettre à la charge des États contractants l'obligation positive de reconnaître la nouvelle identité de genre de personnes trans' opérées.

C. La décision du 12 juin 2003

La décision du 12 juin 2003 achève une évolution commencée avec les décisions du 11 juin 2002. Dans cette décision, la Cour de Strasbourg consacre « la liberté […] de définir son appartenance sexuelle […] comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination[512] ». Cette solution est, en effet, fondée sur l'évolution de sa propre jurisprudence qui « fait de l'identité sexuelle l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de l'individu[513] ».

D. La décision du 10 mars 2015

Avec l'arrêt du 10 mars 2015, la Cour européenne était appelée à se prononcer sur la compatibilité, avec le droit au respect de la vie privée, de la stérilisation comme condition d'accès des personnes trans' aux traitements médicaux de conversion sexuelle, condition imposée par le droit turc. Celui-ci, en effet, posait une condition de stérilité qui devait être satisfaite avant même l'accès à la chirurgie de conversion sexuelle. En l'espèce, le

---

[509] CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957-95 : Juris-Data n° 2002-400023 ; JCP G 2003, I, 132, étude C. Byk ; D. 2003, p. 2032, note A.-S. Chavent-Leclère ; RJPF nov. 2002, p. 14, note A. Leborgne ; CEDH, 11 juillet 2002, n° 25680-94 ; *adde* CEDH, 24 juin 2010, n° 30141-04, § 52.

[510] CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957-95, § 82 ; CEDH, 11 juillet 2002, n° 25680-94, § 62.

[511] CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957-95, § 100 ; CEDH, 11 juillet 2002, n° 25680-94, § 80.

[512] CEDH, 3e sect., 12 juin 2003, n° 35968/97 ; *adde* CEDH, 10 mars 2015 : Juris-Data n° 2015-004200 ; JCP, éd. G, 2015, act. 336, obs. A. SCHAHMANECHE ; D. 2015. 682 ; RTD civ. 2015, p. 331, obs. J.-P. MARGUENAUD, et p. 349, obs. J. HAUSER ; RDSS 2015, p. 643, note S. PARICARD ; Rev. droits de l'homme, act. droits-libertés, mars 2015, note B. MORON-PUECH ; Dr. famille 2015, comm. 113, obs. F. MARCHADIER.

[513] CEDH, 3e sect., 12 juin 2003, § 56, citant ses arrêts I. c. Royaume-Uni et Christine Goodwin (CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957-95 ; CEDH, 11 juillet 2002, n° 25680-94).

requérant faisait état de ce qu'il avait été privé de cet accès du fait de l'impossibilité d'avoir recours, dans son pays, à un traitement médical de stérilisation[514].

Toutefois, au lieu de statuer sur le refus d'accès à des traitements de stérilisation, les juges européens ont considéré que « le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements[515] ».

La Turquie faisait état de la nécessité de prévenir les risques de banalisation des interventions chirurgicales de conversion sexuelle et d'atteinte à l'intégrité physique et morale des personnes s'y soumettant[516]. La faiblesse de ces motifs tient évidemment à la nature même de la condition d'accès aux traitements, prise de la stérilisation définitive de l'individu[517]. La Cour de Strasbourg s'est contentée de nier le caractère suffisant de ces motifs[518] ; ce qui l'a dispensée, pour condamner la Turquie, de vérifier qu'un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu[519].

La particularité de l'affaire soumise aux juges européens, qui détermine, à tout le moins partiellement, la portée de leur décision, doit être soulignée ; au contraire du droit turc, dans la plupart des États contractants, l'incapacité de procréer, lorsqu'elle est exigée, n'est qu'un préalable à la reconnaissance juridique du changement de sexe[520].

E. La décision du 6 avril 2017

Dans sa décision du 6 avril 2017, la Cour de Strasbourg était appelée à se prononcer sur la compatibilité, avec le droit au respect de la vie privée, des conditions posées par le droit français au changement d'état civil des personnes trans', telles que ces conditions résultaient des arrêts de la Cour de cassation des 7 juin 2012 et 13 février 2013[521], à savoir la démonstration, par la personne trans', de la réalité du syndrome transsexuel et du caractère irréversible de la transformation de son apparence[522].

L'irréversibilité de la transformation de l'apparence

Dans le prolongement de sa décision du 10 mars 2015, la France a été condamnée pour violation du droit au respect de la vie privée pour avoir subordonné le changement d'état civil à la condition tirée de l'irréversibilité de la transformation de l'apparence,

---

[514] CEDH, 10 mars 2015, §§ 44 et 119.

[515] CEDH, 10 mars 2015, §§ 119 et 120.

[516] CEDH, 10 mars 2015, §§ 74 et 75.

[517] CEDH, 10 mars 2015, §§ 116 et 118.

[518] CEDH, 10 mars 2015, § 121.

[519] CEDH, 6 septembre 1978, n° 5029/71, Klass et autres c. Allemagne, § 59.

[520] CEDH, 10 mars 2015, § 112.

[521] Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490 et n° 10-26.947 : Juris-Data n° 2012-012147 ; Juris-Data n° 2012-012146 ; Dr. famille 2012, comm. 131, note Ph. REIGNE ; D. 2012, p. 1648, note F. VIALLA ; RJPF juill.-août 2012, p. 14, note I. CORPART ; Petites Affiches 3 août 2012, p. 11, note A. PHILIPPOT ; Cass. 1re civ., 13 févr. 2013, n° 11-14.515 et n° 12-11.949 : D. 2013, p. 1089, note J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; AJ famille 2013, p. 182, note G. VIAL ; RTD civ. 2013, p. 344, obs. J. HAUSER ; Dr. famille 2013, comm. 48, note Ph. REIGNE.

[522] CEDH, 5e sect., 6 avril 2017, nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

comprise, par la Cour européenne, comme « la réalisation d'une opération stérilisante ou d'un traitement qui, par sa nature et son intensité, entraînait une très forte probabilité de stérilité[523] ». La Cour de Strasbourg, pour réduire la marge d'appréciation de l'État français, a relevé qu'était en jeu « un aspect essentiel de l'identité intime des personnes[524] ».

Selon la Cour européenne, « conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants – ou qui produit très probablement un effet de cette nature – qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantit non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention[525]. Elle conclut, en conséquence, à la violation de l'article 8 de la Convention.

La réalité du syndrome transsexuel

En revanche, sur le terrain de la démonstration du syndrome de transsexualisme, la Cour de Strasbourg fait preuve d'une très grande prudence, reconnaissant aux États contractants une large marge d'appréciation et refusant, en conséquence, de condamner l'État français.

A cet effet, elle relève qu'« un psychodiagnostic préalable figure parmi les conditions de la reconnaissance juridique de l'identité de genre des personnes transgenres dans la très grande majorité des quarante États parties dans lesquels une telle reconnaissance est possible », constatant « une quasi-unanimité à cet égard[526] ».

Elle constate ensuite que « le "transsexualisme" figure au chapitre 5 de la classification internationale des maladies (CIM-10 ; n° F64.0) publié par l'Organisation mondiale de la santé, relatif aux "troubles mentaux et du comportement" (sous-chapitre "troubles de la personnalité et du comportement chez l'adulte" ; sous-sous-chapitre "troubles de l'identité sexuelle")[527] ». Enfin, elle retient que « contrairement à la condition de stérilité, l'obligation d'un psychodiagnostic préalable ne met pas directement en cause l'intégrité physique des individus[528] ».

Si la solution ne surprend pas totalement, la référence à la classification internationale des maladies, dans sa version 10, est tout de même d'une pertinence douteuse, alors que, dans la version 11 de cette nomenclature, le « transsexualisme » devrait céder la place à l'« incongruence de genre », définie « comme une inadéquation entre l'expérience de genre vécue et l'assignation sexuée » et figurant parmi « les problèmes relatifs à la santé sexuelle » et non plus dans les troubles mentaux[529]. Par ailleurs, il reste

[523] CEDH, 5e sect., 6 avril 2017, § 120.

[524] CEDH, 5e sect., 6 avril 2017, § 123.

[525] CEDH, 5e sect., 6 avril 2017, § 131.

[526] CEDH, 5e sect., 6 avril 2017, § 139.

[527] CEDH, 5e sect., 6 avril 2017, § 139.

[528] CEDH, 5e sect., 6 avril 2017, § 139.

[529] http://www.slate.fr/story/151643/perversions-sexuelles-classification-maladies

à expliquer comment l'exercice du droit à l'autodétermination en matière d'appartenance sexuelle peut être subordonné à un diagnostic médical[530].

Il suffit cependant d'exposer ces réticences pour comprendre que la jurisprudence de la Cour est certainement encore appelée à évoluer.

SYNTHÈSE

Si les deux composantes majeures du droit européen des droits fondamentaux – les prises de positions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, d'une part, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part – n'évoluent pas à la même vitesse ni sous les mêmes contraintes, elles vont, en revanche, dans le même sens, celui d'un assouplissement des règles gouvernant l'état civil à l'égard des personnes trans'. Le même mouvement devrait bénéficier aux personnes intersexuées, même si la Cour de Strasbourg n'a pas encore eu l'occasion de statuer à leur endroit.

Deux conceptions du sexe s'affrontent ; dans l'une, le sexe est une classification s'imposant à l'individu ; dans l'autre, il relève de la vie privée. Le droit européen des droits fondamentaux évolue lentement – trop lentement ? – de la première vers la seconde, entraînant dans son sillage les droits des États membres du Conseil de l'Europe, quand ceux-ci ne le précèdent pas et, partant ne l'influencent pas.

Se multiplient ainsi les états intermédiaires du droit européen des droits fondamentaux et des systèmes juridiques relevant de son magistère. Il est aisé d'apercevoir le terme de ce voyage juridique au long cours : la suppression de la mention du sexe des registres de l'état civil, après une période intermédiaire où les mentions « sexe féminin » et « sexe masculin » coexisteront avec une ou plusieurs autres mentions. Il est, en revanche, plus difficile de prédire la durée de cette croisière *in turbato mare irato*.

[530] *Adde* B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », *Rec. Dalloz*, 2017, pp. 994-995.

Au terme de cette étude de la situation des personnes trans' et intersexes au regard de la mention du sexe à l'état civil, il importe de dresser le bilan des évolutions observées en droit interne et en droit international public. Dans les droits étudiés ces évolutions conduisent à une éclipse de la notion de sexe à l'état civil au profit de la notion de genre. En effet, traditionnellement, les notions de sexe et de genre étaient confondues, le sexe englobant tant les aspects biologiques que psychiques et sociaux. Compte tenu néanmoins des conditions de l'inscription du sexe — à la naissance à partir du seul sexe biologique — et de la difficulté d'en changer — le changement n'étant ouvert qu'en cas d'erreur matérielle admise pour l'intersexuation — c'est la composante biologique du sexe qui l'emportait et qui dictait sa loi aux composantes psychiques et sociales. D'où la très grande difficulté initiale pour les individus de changer de sexe en s'appuyant sur les seules composantes psychiques et sociales du sexe.

Tous les changements observés ces dernières années en France, en Europe et dans les pays étrangers étudiés, conduisent à une dissociation progressive des notions de sexe et de genre, ainsi qu'à la possibilité pour les personnes trans' et intersexuées d'obtenir la modification de leur état civil pour y faire inscrire en lieu et place du sexe biologique assigné à leur naissance, un marqueur de genre correspondant à leur identité de genre ressenti et perçue. Cette évolution se manifeste notamment par la disparition progressive des conditions liées au corps, lesquelles sont progressivement remplacées par des critères ayant trait seulement au ressenti de l'individu et à sa perception par les tiers. De même, le contrôle judiciaire instauré pour vérifier la réalité du changement biologique tend à disparaître, compte tenu de la désaffection pour le sexe biologique. À partir du moment où le sexe repose principalement sur une déclaration de l'individu appuyée éventuellement de quelques attestations, la présence d'un juge apparaît moins nécessaire. De même encore, la possibilité d'inscrire un troisième sexe ou à tout le moins celle de n'en pas inscrire un témoigne d'une évolution vers une plus grande prise en compte de l'identité de l'individu au détriment du modèle d'une altérité sexuée imposée par l'État. Enfin, l'ouverture de l'action en changement de sexe aux non-nationaux, observée dans certains États, relève également de cette logique : puisqu'il s'agit seulement de permettre à une personne d'affirmer son identité de genre, il n'est pas nécessaire de modifier son acte d'état civil — ce que seul l'État d'origine de la personne pourrait faire —, il suffit d'enjoindre aux autorités du lieu où vit la personne de reconnaître l'identité de genre de cette personne, quelle que soit mention inscrite à son état civil par l'État dont elle est le ressortissant.

Malgré ce développement croissant de la place donnée au genre dans les législations étudiées, aucune n'est encore allée au bout de cette évolution en séparant totalement les concepts de genre et de sexe. Ainsi, même à Malte, où le mouvement de reconnaissance du genre est le plus avancé, c'est toujours un sexe qui est inscrit à l'état civil à la naissance, même si la loi permet plus tard de substituer le genre par une action bien mal nommée, action en changement du genre (alors qu'il s'agit moins de changer un sexe biologique que d'effacer ce sexe en le remplaçant par un genre affirmé par l'individu).

Certains pays étudiés pourraient toutefois s'orienter à l'avenir vers une dissociation plus aboutie du fait de la suppression envisagée de la mention du sexe à l'état civil (Allemagne ou Québec). En effet, cette suppression laisserait le champ libre au genre : les individus pourraient affirmer leur identité de genre sans voir leur prétention

contrecarrée par la mention du sexe renseignée à l'état civil, mention qu'il leur faudrait changer pour éviter de souffrir de cette discordance entre leur sexe assigné à la naissance et leur genre affirmé.

Par rapport à ce mouvement, où se situe la France ? Du fait de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016, la France semble avoir commencé à dissocier les notions de sexe et de genre à l'état civil, en parallèle d'un mouvement croissant d'introduction du terme genre dans la loi française, en particulier les textes visant à lutter contre la discrimination. En effet, lorsqu'une personne souhaite obtenir une « modification » de la mention du sexe inscrit à l'état civil, les éléments dont elle doit rapporter la preuve semblent étrangers à la biologie et ne ressortir que des critères psycho-sociaux sur lesquels reposent la notion de genre. Pourtant, dans la loi, il est toujours question de sexe et, au demeurant, l'action en cause s'appelle action en changement de sexe et non action en affirmation de genre comme c'est le cas dans certains pays de *common law*. En outre, le fait que ce changement s'opère toujours en présence d'un juge, alors que dans nombre de pays étudiés il a été déjudiciarisé, montre que le droit français n'est pas encore entré dans un système d'état civil reposant sur le genre et non sur le sexe. L'attachement du droit français au sexe ressort également de l'impossibilité d'inscrire un sexe autre que le masculin et le féminin pour les personnes qui auraient pourtant un genre non binaire.

Il n'est pas sûr cependant que ce système français d'attachement au sexe puisse longtemps perdurer. Compte tenu de la reconnaissance croissante en Europe du droit à l'identité de genre, il est permis de penser que, prochainement, le droit français terminera de basculer d'un système enregistrant un sexe assigné par des tiers à la naissance, vers un système enregistrant le genre affirmé par l'individu, y compris non binaire. Ce basculement pourra soit être imposé au droit français par le droit européen, soit pourra résulter d'une nouvelle initiative du législateur. Si la seconde option était retenue, le législateur français pourrait alors utilement s'inspirer de certaines innovations que nous avons rencontrées lors de l'étude des droits comparés. Présentons-en les plus intéressantes.

L'importante étude de droit comparé réalisée autour de l'inscription de la mention du sexe à l'état civil a permis de révéler quelques mécanismes — souvent oubliés par les législateurs — et néanmoins indispensables pour tout État qui souhaiterait achever le basculement d'un système d'état civil fondé sur le sexe à un système fondé sur le genre. Mentionnons ici ces principales innovations :

- Absence d'inscription du sexe à la naissance, mais inscription ultérieure facultative du genre si la personne en formule la demande ;
- Admission d'un modèle de genre non binaire, avec une certaine souplesse dans l'intitulé de la mention et la prise en compte de cette non binarité dans les règles dépendant du genre, en particulier les quotas attribués dans les mécanismes de discrimination positive ;
- Ouverture de l'action en affirmation de genre y compris pour les non nationaux dont l'acte de naissance est établi à l'étranger ;
- Possibilité d'avoir des documents d'identité affichant des genres différents, en particulier pour réduire le risque de discrimination ;

- Possibilité d'obtenir la rectification des documents publics et privés établis antérieurement au changement et cela afin de tenir compte du nouveau genre affirmé par la personne ;
- Quant aux effets pour l'avenir du changement, dissociation entre les règles dépendant du sexe (biologique) de la personne, comme c'est le cas pour les règles de filiation sexuée, et les règles dépendant du genre, comme c'est le cas pour les règles sur la parité.

DEUXIÈME PARTIE

L’ÉTAT CIVIL ET SES ACTEURS

Dans cette partie nous nous attacherons plus particulièrement à la manière dont les différents acteurs concernés par l'état civil des personnes trans' et intersexuées ont envisagé et envisagent cette question ainsi qu'à la façon dont ils appréhendent les transformations en cours.

Nous présentons en premier lieu des éléments d'analyse du travail parlementaire à partir d'un entretien réalisé avec deux sénatrices impliquées. Il s'agira de saisir notamment le travail réalisé en amont de la loi J21 et celui, en cours, concernant l'état civil des personnes intersexuées. Nous présenterons ensuite la synthèse du focus group organisé avec les associations trans' de façon à compléter et mettre en perspective cet éclairage du travail législatif. Nous analyserons également la procédure de modification de l'état civil au regard de l'expérience des personnes trans' en nous intéressant d'une part, aux recours à la Cour Européenne des Droits Humains (CEDH) et d'autre part, à la procédure actuelle issue de la loi J21. Nous nous attacherons par ailleurs aux pratiques des professionnels de la justice en matière de changement de sexe à l'état civil et nous présenterons aussi les résultats d'une courte enquête sur les pratiques des officiers d'état civil en matière de déclaration du sexe des personnes intersexuées à la naissance. Enfin nous analyserons, dans une perspective historique, l'articulation entre médical et judiciaire dans la question du changement d'état civil des personnes trans' en développant plus particulièrement leur déconnexion progressive et la manière dont les médecins y ont pris part.

V. CHANGER DE SEXE À L'ÉTAT CIVIL : LE TRAVAIL PARLEMENTAIRE CONTEMPORAIN

Afin d'anticiper les évolutions à venir et de mieux comprendre les évolutions récentes des normes relatives aux personnes trans' et intersexes, il a été décidé de réaliser quelques entretiens avec des parlementaires. Les emplois du temps très chargés de ces derniers, ainsi que le grand renouvellement des élus intervenu en 2017 a néanmoins compliqué la tâche, de sorte que seuls ont pu être réalisés des entretiens avec deux membres du Sénat. Ces entretiens ont été réalisés en mai 2017 avec deux parlementaires ayant suivi de près les discussions relatives à l'introduction dans le code civil de dispositions sur le changement de sexe d'une part (soit le travail législatif propre à loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, dite loi « J21 ») et ayant participé au premier rapport parlementaire relatif aux personnes intersexuées d'autre part (rapport rédigé au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, déposé le 23 février 2017 et intitulé *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*[531]).

L'ÉCLAIRAGE DES TRAVAUX PASSÉS

On commencera par rendre compte des propos relatifs à la loi J21 avant d'examiner ceux relatifs au rapport sur les personnes intersexuées.

1. ÉCLAIRAGE SUR LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES À LA LOI J21

Les dispositions relatives à la modification de la mention du sexe à l'état civil ont été introduites en séance publique par voie d'amendement parlementaire devant l'Assemblée Nationale, après une première lecture au Sénat où des amendements assez proches avaient été rejetés. Par la suite, lorsque le texte est revenu au Sénat, les sénateurs se sont opposés à ces amendements et le texte est revenu à l'Assemblée où ces amendements ont été réintroduits mais, à nouveau, sans discussion approfondie. Le peu de discussion a eu pour résultat de laisser d'importantes incertitudes tant sur les conditions du changement de la mention du sexe à l'état civil que sur ses effets.

[531] M. BLONDIN et C. BOUCHOUX, *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport d'information n° 441, Paris, Sénat, 2017.

Le but de l'entretien réalisé a été double : d'abord mieux comprendre pourquoi les discussions avaient été si peu fournies sur cette question et ensuite tenter de lever certaines incertitudes.

A. Les raisons d'une discussion peu prolixe

Interrogée sur les travaux préparatoires, l'une des sénatrices ayant eu des contacts en circonscription avec le ministre de la justice (tant avant qu'après ses fonctions) nous a raconté les réticences qu'exprimait ce dernier à légiférer sur cette question. En outre, un peu plus haut dans la discussion, la sénatrice avait mentionné les hésitations des politiques à intervenir sur les questions dites « LGBT » du fait du « traumatisme du mariage pour tous ».

Aussi, afin d'éviter de mettre le gouvernement en difficulté en permettant à ses opposants de se remobiliser, les parlementaires désireux que le projet aboutisse se sont résolus à faire preuve de discrétion. Comme nous l'indiquait l'une des parlementaires : « [J'ai] l'impression qu'on a fait *a minima* par effraction en en parlant le moins possible et vite fait. Pas vu pas pris. » Il y a eu là semble-t-il un accord entre les parlementaires et le gouvernement pour qu'il y ait le moins de débats possibles sur cette question ; d'où une limitation du nombre d'orateurs ainsi que de la durée de l'intervention. Ainsi, lorsque nous demandions à ces sénatrices si le garde des sceaux leur avait passé des consignes, il nous a été répondu : « Nous, il nous avait dit : 'Vous en notez quelques-uns.' »[532]

B. Éclairage de dispositions obscures

L'analyse des articles 61-5 et suivants du code civil laisse planer quelques ambiguïtés tant sur les conditions de la modification du sexe que sur ses effets. D'où l'intérêt d'évoquer ces ambiguïtés avec les parlementaires. Concernant d'abord les conditions du changement, les textes sont équivoques sur deux points. D'une part, la question de savoir si la procédure est ouverte au mineur non émancipé représenté par ses parents et d'autre part savoir si toute conception biologique du sexe est abandonnée.

Sur le premier point, l'hésitation est permise puisque l'article 61-5 dit que la procédure de modification de la mention du sexe est ouverte aux majeurs et aux mineurs émancipés, ce qui peut laisser penser qu'elle ne l'est pas aux mineurs et c'est en ce sens que le Défenseur des droits a interprété le texte[533]. Pourtant, certains propos tenus en séance ou développés dans les rapports suggèrent le contraire[534]. Interrogées sur ce point, les deux sénatrices estiment que la loi n'a pas fermé cette hypothèse. Ainsi, lorsque nous évoquons la position du Défenseur des droits l'une d'entre elle nous répond : « Ah bien nous non, non. C'est ouvert. À partir de l'âge de la majorité sexuelle » et l'autre parlementaire d'acquiescer.

---

[532] Cela fait référence aux noms des parlementaires dont les tours de parole doivent être notés, sans quoi ils ne peuvent pas s'exprimer en séance publique.

[533] Avis 17-04 du 20 février 2017 relatif au respect des droits des personnes intersexes : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=21115.

[534] *Cf.* B. Moron-Puech, « Les mineurs peuvent-ils changer la mention de leur sexe à l'état civil ? », *Intersexes et autres thèmes juridiques*, 4 avril 2017, http://sexandlaw.hypotheses.org/198.

Sur le second point, l'hésitation est permise en droit car aucun des textes ne dit formellement que la définition du sexe n'est plus biologique et que dès lors le juge ne saurait se prévaloir d'éléments biologiques pour définir le sexe. L'article 61-5 dit seulement que le juge ne peut pas exiger des « traitements médicaux » et d'évoquer l'opération chirurgicale et la stérilisation, sans rien dire de l'hormonothérapie. D'où la question de savoir si un juge ne pourrait pas se fonder sur l'absence d'hormonothérapie ayant changé le corps de l'individu pour rejeter la demande. Cette fois la réponse des parlementaires est moins nette. D'un côté, lorsque nous leur demandons si elles avaient conscience « de changer la définition du sexe », elles nous répondent en chœur : « Ah oui. » D'un autre côté, l'une d'entre elles estime nécessaire qu'il y ait un « changement d'apparence » quand l'autre non. Lorsque nous leur demandons si les opinions des parlementaires étaient « arrêtées » sur ce point, elles nous répondent qu'elles ne l'étaient pas.

Concernant ensuite les effets du changement de la mention, nous avons voulu savoir si les parlementaires avaient conscience des problèmes posés par les amendements débattus quant à la filiation établie après le changement de la mention du sexe. En effet, puisque la loi nouvelle interdit au juge de refuser le changement de sexe en se fondant sur l'absence de stérilisation, cela conduit à se demander comment ces personnes seront traitées du point de vue des modes sexués d'établissement de la filiation. Lorsque nous interrogeons les parlementaires pour savoir si la problématique de « l'homme enceint » était dans leur esprit, il nous est répondu par l'affirmative. Lorsque nous leur demandons pourquoi cela n'apparaît pourtant pas dans les travaux parlementaires et si cela est volontaire, il nous est répondu : « Il valait mieux être à l'économie là ! » Et, un peu plus loin, l'une des parlementaires d'ajouter, avec l'approbation de sa collègue : « Je voyais qu'il fallait surtout ne pas en parler. En parler c'était la fin de tout… » L'on retrouve ici l'idée précédemment exposée suivant laquelle, pour ne pas faire obstacle à l'adoption de cette loi, mieux valait ne pas évoquer les questions polémiques.

Lorsque nous interrogeons ensuite les parlementaires sur le point de savoir quelle solution appliquer si la situation d'un homme enceint venait à se présenter en France, l'une des assistantes parlementaires, participant à la discussion au nom d'une troisième parlementaire absente ce jour-là, indique que sa parlementaire « avait l'air très perplexe et elle n'avait pas vraiment de réponse ». Une autre parlementaire présente indique elle aussi : « [Je] ne sais pas. Je ne sais pas trop ce que j'en pense. » Seule l'une d'entre elle a une réponse : « Moi j'aurais fait confiance au déclaratif de la personne. Ce serait dans la cohérence de ce qu'on a dit tout à l'heure. » Autrement dit, si la personne a choisi le sexe masculin, elle ne peut pas bénéficier de la règle suivant laquelle celle qui accouche est mère. Ainsi, globalement, il ne semble pas que le Parlement avait à l'époque de solution à cette problématique. Cela est très bien résumé par les propos d'une des parlementaires, analysant ainsi *a posteriori* le silence du législateur sur cette question : « Le silence du législateur, ça peut être son ignorance ou son intention de ne pas se poser un problème qu'il ne sera pas en mesure de résoudre politiquement. C'est les deux versions. »

Éclairage sur le rapport du Sénat concernant les personnes intersexuées

L'entretien a également porté sur le rapport réalisé par le Sénat sur la situation des personnes intersexuées. Plusieurs enseignements peuvent être dégagés de cette partie

de l'entretien, qu'il s'agisse des motifs ayant conduit les parlementaires à travailler sur ce sujet ou du contexte politique dans lequel il a été adopté.

Concernant d'abord les motifs ayant conduit les parlementaires à travailler sur cette thématique, il est apparu qu'il y avait à chaque fois une rencontre avec une personne intersexuée ; rencontre qui déclenchait sur le moment ou *a posteriori* un questionnement et une envie de faire connaître cette situation dramatique pour qu'à termes les choses évoluent. Ainsi l'une des parlementaires interrogées nous écrivait s'être intéressée à cette problématique à la suite d'une rencontre : « Ce n'est pas en lisant un livre. C'est une expérience concrète, vécue, qui m'a interpelée. Je me suis dit 'je n'y connais rien, je suis ignorante'. » Et c'est cette ignorance qui a été par la suite moteur. Comme le dit cette même personne : « J'ai essayé de rattraper mon ignorance par plus d'attention et essayer de les aider. »

L'ignorance évoquée par ces parlementaires était partagée par tous les membres de la Délégation aux droits des femmes ainsi que par leurs collaborateurs. Tel est le témoignage communiqué par les parlementaires et les collaboratrices les accompagnant lorsque nous leur avons demandé si leurs collègues avaient entendu parler de cette question. Cette ignorance peut expliquer pourquoi le rapport a été voté à l'unanimité : l'ignorance semblant faire naître une forme de culpabilité poussant à l'action, ici le vote positif.

Concernant la préparation du rapport, il apparaît que les difficultés rencontrées n'ont pas trouvé leur origine dans les institutions du Sénat, mais dans les personnes appelées à participer aux auditions. En effet, faisant le rapprochement avec les personnes trans', les parlementaires interrogées indiquent avoir été surprises des critiques qui leur ont été adressées par les personnes concernées : « Nous on fait un truc, un sujet qui est minoritaire, qui n'est pas forcément bien vu, donc on se dit – peut-être à tort : 'Ah, ouf ! On va voir les premiers concernés, ils vont être contents qu'on s'occupe d'eux et ça va être sympa et tout…' » Or ce n'est pas le cas et, comme poursuit cette parlementaire « c'est ce qui est le plus éprouvant, et on se dit en repartant 'c'est compliqué'. »

En revanche, au sein de la délégation le soutien au rapport était très fort. Ainsi, lorsque nous demandons si les membres de la représentation participaient aux réunions, il nous est répondu :

> Oui ! on avait battu le rappel ! Ils étaient presque tous là. Ah oui. On était estomaquées. Ils étaient moins nombreux à la fin mais au départ, pour entendre, pour découvrir ça, ils étaient très nombreux. Et on voyait sur leurs visages, au fur et à mesure des témoignages, ils avaient une sorte de sidération. C'était ça. Vraiment, ne pas comprendre !

De même, parlant du travail de la délégation, les parlementaires évoquent une « ambiance studieuse et positive ». À l'extérieur de la délégation, du côté de la présidence du Sénat, il y a également eu un soutien à ce rapport. Ce soutien s'est manifesté par la présence du secrétaire général à l'audition du Défenseur des droits. Or, comme l'ont relevé mes interlocutrices : « Ça c'était inhabituel. On n'avait jamais vu ça. » Et de relever ensuite que cela a été « très précieux parce que c'est quelqu'un de très ouvert et je pense qu'il a dit ce qu'il fallait [à la présidence du Sénat] pour qu'on n'ait pas un traitement politique pur, traditionnel, parce que sinon […] le rapport n'aurait pas été voté ».

Certes, pour pouvoir être adoptée à l'unanimité, des compromis ont dû être faits dans les recommandations du rapport, celui-ci ne tranchant en particulier pas la question de savoir si l'intersexuation doit être ou non appréhendée comme une maladie[535]. Comme nous l'indiquaient ces parlementaires,

> [P]our que le rapport sorte et que ça sorte, il a fallu être ouvertes donc on a fait des compromis. Peut-être plus larges que ce que des juristes jugeraient nécessaire mais si c'est le prix d'un rapport adopté et que ça sorte, on est prêtes à faire comme ça. Moi surtout je pense qu'il y en avait trois ou quatre à faire [de recommandations] et que toutes les autres étaient d'accommodement.

L'ANTICIPATION DES TRAVAUX DE DEMAIN

Les échanges avec les parlementaires interrogées laissent apparaître quelles évolutions pourraient demain se profiler concernant l'état civil et quelle pourrait être demain la méthode pour permettre ces évolutions.

Concernant d'abord les évolutions, les parlementaires interrogées n'étaient nullement hostiles à la reconnaissance d'une pluralité de mention du genre. Ainsi, lorsque nous les questionnions sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 mai 2017[536], en leur demandant si, à leur avis, le juge était sorti de son office, l'une d'entre elle nous indiquait, approuvée par sa collègue, que la reconnaissance par le juge du sexe neutre était pour elle du « domaine du concevable » ; notamment dans ce cas d'espèce qui illustrait les difficultés propres à ce genre de situation. La sénatrice affirmait que cela ne l'aurait donc pas choqué.

Concernant la possibilité de supprimer la mention du sexe des titres d'identité, là encore celles-ci n'y voyaient pas d'inconvénients. Elles étaient en revanche moins affirmatives sur la suppression du sexe de l'état civil. Ainsi, après avoir répondu être pour la suppression du sexe à l'état civil, lorsque nous leur demandions plus précisément si on l'enlèverait de l'état civil ou du titre d'identité, il nous a été répondu qu'il serait envisageable de le retirer « des pièces d'identité déjà ». Cependant, l'une d'entre elle ajoutait aussitôt que cela ne devrait pas remettre en cause l'objectif de parité :

> Après, les copines féministes me disent : 'Oui, on s'est battu pendant quinze ans pour avoir la parité, avec ton histoire, comment on ferait pour maintenir une logique de parité pour les élections et tout ça ?!' Et c'est vrai… Je n'ai pas la réponse.

Concernant les mineurs non émancipés, les parlementaires ont également été interrogées sur la possibilité de se dispenser du consentement des parents lorsque ceux-ci s'opposent à un changement voulu par l'enfant. Cette fois, en revanche, les possibilités

---

[535] Sur cette problématique, *cf.* B. MORON-PUECH, « Rapport de la délégation aux droits des femmes sur les personnes intersexuées : une question primordiale non tranchée », *Intersexes et autres thèmes juridiques*, 8 mars 2017, https://sexandlaw.hypotheses.org/123.

[536] Cass., 4 mai 2017, n° 16-17.189, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/531_4_36665.html. Dans cet arrêt la Cour de cassation juge que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ».

d'évolution ont été rejetées. « En l'état actuel, non. C'est tabou. » nous disait une parlementaire, et sa collègue d'ajouter « c'est tabou, et là je ne lèverai pas le tabou ».

S'agissant ensuite de la méthode, deux idées sont ressorties de ces entretiens. La première, qui a transparu lors des échanges tant à propos de la loi « J21 » que du rendu du rapport du Sénat sur les personnes intersexuées, est qu'il convient d'avancer progressivement. Comme l'indiquait l'une des parlementaires : « Il ne faut pas s'attendre à chambouler, à être chamboule-tout comme certains. Il faut y aller progressivement. Essayer de trouver un compromis pour que ça passe. » Cette opinion s'explique à notre avis par deux raisons. D'une part l'ignorance assez large du public de ces questions, ignorance relevée à plusieurs reprises par nos interlocutrices. D'autre part la complexité des questions en cause auxquelles nos interlocutrices n'avaient pas forcément la réponse (notamment pour « l'homme enceint » ou la suppression du sexe à l'état civil).

La seconde idée de méthode, idée sur laquelle les parlementaires sont revenues, est la mise en place d'une « conférence » ou à tout le moins d'un « séminaire » d'acteurs rassemblant personnes concernées, universitaires, juges à la Cour de cassation, membres du gouvernement, conseillers du Conseil constitutionnel et parlementaires. L'une des parlementaires précise même ses modalités : « Peut-être pas un colloque mais un séminaire en trois fois. Avec la première fois, tout le monde se découvre et après on va se parler, etc. Un objectif pour le deuxième qui soit délimité, accessible, etc. Et le troisième : dans quel ordre on fait bouger les choses ? » L'intérêt de ce type d'événement pour mes interlocutrices est qu'il permet aux acteurs de se rencontrer dans un cadre où, grâce à l'université d'accueil de ce séminaire, les acteurs ne craignent pas d'enfreindre une séparation des pouvoirs très présente dans leurs discours.

SYNTHÈSE

Les entretiens réalisés ont permis de mieux comprendre l'introduction dans le code civil des textes ayant assoupli le changement de sexe. Concernant la procédure parlementaire elle-même, il est apparu que le choix de recourir à l'amendement et de limiter les débats avait été volontaire tant du côté du Parlement que du Gouvernement. Il s'est agi par-là d'éviter la remobilisation des mouvements contestataires apparus au moment de la loi sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. Sur le fond, ces entretiens ont porté sur trois points : l'ouverture ou non de la procédure aux mineurs non émancipés, le maintien ou non d'une modification biologique de son sexe et la problématique de « l'homme enceint ». Si, sur le premier point, ces échanges ont permis de lever la difficulté, cela n'a pas été le cas pour les deux autres. En effet, il est ressorti de ces discussions que les parlementaires interrogées n'avaient nullement l'impression, au vu de leur expérience du processus législatif, qu'il y avait eu une volonté du législateur de fermer la porte du changement de la mention du sexe à l'état civil aux mineurs non émancipés. En revanche, ces parlementaires n'avaient pas de réponse claire quant au point de savoir si la notion de sexe à l'état civil reposait encore sur des critères biologiques et sur ce qu'il adviendrait des modes d'établissement de la filiation pour les enfants nés après le changement de la mention du sexe à l'état civil.

Ces entretiens ont également éclairé les travaux préparatoires du Sénat sur le rapport d'information rendu en février 2017 concernant les personnes intersexuées. Les

entretiens ont révélé l'important soutien politique dont avaient bénéficié les rédacteurs de ce rapport tant au sein de leur commission que de la part des organes dirigeant du Sénat.

En outre, ces entretiens ont permis d'anticiper les réformes à venir : suppression du sexe des titres d'identité à condition que cela ne remette pas en cause les règles sur la parité, élargissement des catégories de sexe disponibles. Ces échanges ont également mis l'accent sur l'importance d'un dialogue, coordonné par l'Université, entre les différents acteurs en présence : juridiction, gouvernement, parlement et personnes concernées.

VI. TRAVAIL LÉGISLATIF ET ACTION MILITANTE

Ce chapitre est le résultat d'un *focus group* organisé avec des représentants d'associations militantes françaises le 18 Juin 2016 à la Maison méditerranéenne des Sciences de l'Homme à Aix-en-Provence. Il s'agissait de saisir, par le biais d'une discussion collective, la place du changement d'état civil dans l'ensemble des revendications des associations trans', leur positionnement par rapport aux législations étrangères sur le changement d'état civil ainsi que leur capacité/possibilité à faire entendre une parole militante dans le processus législatif alors en cours. Ont participé à ce focus group des représentants des associations suivantes : association Chrysalide (Lyon), association Arc En Ciel (Toulouse), association OUTrans (Paris), association Trans-Inter-Action (Nantes), association Acthe (Paris), Association Nationale Transgenre (ANT), association « C'est Pas Mon Genre » (Lille) ainsi que la Fédération LGBT.

LE CHANGEMENT D'ÉTAT CIVIL AU CŒUR DE L'ACTION ET DES REVENDICATIONS DES ASSOCIATIONS TRANS'

« On vient de loin, déclare la représentante de la fédération LGBT, […] aujourd'hui le changement d'état civil libre et gratuit sur simple demande, sans judiciarisation, sans médicalisation, sans psychiatrisation, sans stérilisation, [...] bref libre et gratuit en mairie, c'est ultra-hégémonique dans la communauté ; il y a 10 ans ce qui était hégémonique c'est 'on est des malades mentaux, heureusement qu'on nous soigne, il faut que ça soit gratuit' ». Lorsqu'elle a commencé à militer pour la cause des personnes trans' en 2004, la question du changement d'état civil était, selon elle, absente des revendications des associations trans' qui, à l'époque, mettaient plus l'accent sur l'accès à un accompagnement médical. Aujourd'hui, le droit à un changement d'état civil libre et gratuit basé sur l'autodétermination apparait comme la revendication principale dans le milieu associatif et militant trans', et la question du changement d'état civil occupe dans les huit associations représentées une place absolument centrale.

Ces associations assurent auprès des personnes trans' une mission d'écoute, d'information et d'accompagnement, et la problématique de l'état civil apparaît comme l'une des préoccupations majeure et récurrente du public qu'elles accueillent. Parmi ces « dossiers individuels », il y a tout d'abord des personnes victimes de discrimination de la part d'organismes ou d'employeurs en raison du genre qu'elles revendiquent et qui ne correspond pas à leur état civil. Les bénévoles qui les reçoivent se chargent alors de rédiger et d'envoyer un courrier de rappel à loi, et dans les cas où ce courrier ne suffit pas à faire cesser les discriminations, publient des communiqués de presse à l'encontre des entreprises concernées. Mais les associations assurent aussi et surtout un accompagnement des personnes tout au long de leur procédure de changement d'état civil. L'essentiel de cet accompagnement passe par un travail d'information : « On donne

les informations qu'il faut pour que les personnes puissent avoir un changement d'état civil le plus vite possible et le mieux possible, dans les meilleures conditions possibles, et à moindre coût. » (Association Nationale Transgenre). Il s'agit donc d'informer les individus qui souhaitent obtenir un changement d'état civil des modalités de cette procédure, mais aussi souvent de les orienter vers des permanences juridiques gratuites, des avocats qui acceptent l'aide juridictionnelle, ou encore vers des tribunaux de grande instance où la jurisprudence est plus favorable. Ce travail d'accompagnement nécessite, comme le rappelle le représentant d'OUTrans, « une bonne connaissance du terrain », c'est-à-dire des jurisprudences des différents tribunaux, ainsi que des avocats ou des permanences juridiques ; mais il suppose aussi d'avoir « de bonnes relations inter-associatives » puisque les bénévoles sont amenés à orienter les gens vers des associations locales ou à demander à ces associations des informations sur les derniers verdicts du tribunal de grande instance dont elles dépendent. L'accompagnement juridique est un axe important parmi les besoins du public accueilli pas ces associations, et pour répondre à cette demande il est essentiel pour leurs responsables d'avoir dans leur réseau des avocats qui prennent l'aide juridictionnelle. L'association parisienne Acceptess-T, qui mène une action d'aide et d'accompagnement auprès des personnes trans' immigrées ou en situation de précarité, est l'une des seules à avoir récemment instauré des permanences juridiques. Parmi les huit associations représentées, seule Arc-En-Ciel a mis en place un tel dispositif, mais cette permanence juridique a finalement été supprimée. Il semblerait en effet que ces associations reçoivent un public qui, dans sa grande majorité, n'est pas dans une situation de précarité telle qu'elle nécessiterait un recours à ce type de dispositif ; les individus qui sont en situation de grande précarité sont donc parfois redirigés vers des associations telles qu'Acceptess-T.

Il est à noter que depuis la loi J21, les différentes associations informent et conseillent sur la nouvelle procédure de changement de sexe à l'état civil ainsi que sur celle concernant le changement de prénom en mairie et distribuent différents modèles de requête. Un observatoire des procédures de changement de prénom a également été créé par la Fédération Trans et Intersexes (FTI) créée en 2017 et formée d'associations et collectifs trans et intersexes[537]. Un formulaire est mis à disposition sur le site de la fédération et sur certains sites d'associations membres afin de référencer précisément les façons dont les mairies traitent les demandes de changement de prénom des personnes trans et intersexuées.

La question du changement d'état civil est au cœur de l'activité d'accueil et d'accompagnement des associations trans', mais elle occupe également le premier plan dans leurs revendications et leurs actions militantes. Au-delà de l'aide apportée aux individus, ces associations s'emploient à mener des actions politiques plus générales, décrites par la représentante d'Acthe comme des « actions de lobbying », essentiellement à un niveau national, notamment auprès des parlementaires, mais aussi à un niveau international, en relation par exemple avec Transgender Europe et ILGA-Europe. Il s'agit d'interpeler les politiques et de sensibiliser le grand public : pour faire entendre leurs revendications, les associations trans' rédigent ou signent des

[537] Elle comprend les associations suivantes : Acceptess-T (Paris), Association Nationale Transgenre, C'est Pas Mon Genre (Lille), Chrysalide (Lyon), CIA (Collectif Intersexes et Allié.e.s), Clar-T (Toulouse), Ouest Trans (Bretagne), OUTrans (Paris), Prendre Corps (Picardie), RITA (Grenoble), T.TIME (Marseille), TRANS INTER action (Nantes).

communiqués de presse, interviennent dans des lycées ou au cours de rassemblements sur des thèmes tels que l'égalité, et mènent des campagnes d'information et de sensibilisation. En Mai 2016, la Fédération LGBT et l'Association Nationale Transgenre (ANT) ont lancé une campagne nationale de diffusion de visuels sur lesquels apparaissent les cartes d'identité de ministres et du président de la république, dont les noms et la mention de sexe ont été modifiés pour l'occasion afin qu'ils apparaissent comme contraires au genre dans lequel ces hommes et femmes politiques s'inscrivent. Ces visuels, dont le but est de mettre en évidence le fait que ces personnalités politiques n'auraient certainement pas pu accéder aux postes qu'elles occupent actuellement si leur état civil avait été incompatible avec le genre qu'elles revendiquent, ont été diffusés à l'échelle locale par les associations membres de la Fédération LGBT ainsi que par des associations trans' telles que C'est Pas Mon Genre à Lille. L'organisation de rassemblements, ou la participation à des rassemblements existants dont le propos est cohérent par rapport à leurs revendications, apparaît également comme une action militante essentielle qui permet aux associations de porter leurs revendications dans la rue, de leur donner de la visibilité et d'y sensibiliser un large public. Le collectif inter-associatif Existrans joue à ce titre un rôle important de coordination nationale des associations trans', et organise depuis 1997 une grande marche annuelle pour faire entendre ses revendications parmi lesquelles, depuis environ cinq ans, figure clairement le changement d'état civil libre et gratuit (*cf.* annexe I).

Au sein des huit associations représentées, la place de la problématique du changement d'état civil a évolué au fil du temps, passant de l'accompagnement individuel à un niveau plus politique. Ce passage s'inscrit dans une évolution plus générale de l'activité militante trans'. Selon la représentante de la Fédération LGBT, il y aurait dans le milieu associatif trans' « une tradition de partir du terrain, c'est à dire de l'aide » et les premières associations trans' auraient essentiellement eu pour vocation d'apporter un soutien aux personnes trans' à l'échelle individuelle ; aujourd'hui, bien que les tâches d'accompagnement individuel demeurent importantes, les associations trans' s'inscrivent dans une démarche « beaucoup plus militante » et mènent des actions à un niveau politique plus général. Or il n'est pas toujours aisé pour ces associations de jongler avec ces deux axes de travail. Le représentant de Chrysalide, explique ainsi que les actions militantes sont « un peu restreintes » au sein de l'association car « la mission d'accueil prend énormément de place ». De même, le représentant de C'est Pas Mon Genre déclare qu'« au sein de [son association] on a longtemps été juste un groupe d'accompagnement parce qu'on avait trop de travail […]. Comme on a longtemps eu trop de travail en accompagnement, en orientation et tout, on ne pouvait pas être militants, on n'avait pas le temps ». Cette surcharge de travail et ce manque de bénévoles dans les associations trans' est semble-t-il lié au fait que pendant longtemps les individus qu'elles accueillaient les quittaient généralement dès qu'ils avaient obtenu leur changement d'état civil et ne participaient plus ensuite au travail militant. Mais il semblerait que cette tendance soit en train de changer, c'est du moins ce qu'ont constaté les représentants de C'est Pas Mon Genre et de la Fédération LGBT, cette dernière s'enthousiasmant sur le fait qu'« arrive maintenant une génération de militants et de militantes qui ne lâchent pas l'affaire une fois qu'ils ont eu leur changement d'état civil ! ».

LES ASSOCIATIONS TRANS' FACE AUX LÉGISLATIONS SUR LE CHANGEMENT D'ÉTAT CIVIL

Après plusieurs propositions de loi abandonnées, celle de Michèle Delaunay en décembre 2011, celle d'Esther Benbassa en décembre 2013, et enfin celle de Pascal Crozon et Erwann Binet en septembre 2015, le vide législatif concernant le changement d'état civil pour les personnes trans' en France était finalement en passe d'être comblé en mai 2016 par l'amendement 282 et ses trois sous-amendements (le *focus group* a eu lieu en juin 2016). Pour les huit associations représentées, aucun de ses textes ne répond à leur attente d'une procédure de changement d'état civil déjudiciarisée et démédicalisée. La procédure, telle que définie dans l'amendement 282 et ses sous-amendements, passe toujours par le tribunal de grande instance mais ne fait pas mention de la nécessité pour la personne requérante de prendre un avocat, ce qui, comme l'ont souligné plusieurs porte-paroles, pourrait avoir pour conséquence de ne pas lui donner droit à l'aide juridictionnelle et de l'obliger à payer des frais d'avocats. Aux yeux des représentants d'association, la procédure qui reste donc tout à fait judiciarisée « va bloquer les personnes précaires, les personnes qui n'ont pas accès à l'information, les personnes qui sont moins à l'aise avec l'administration, etc. » (représentant d'OUTrans). Par ailleurs, ces porte-paroles regrettent amèrement qu'aucun de ces textes ne permette ou ne facilite l'accès au changement civil pour les mineurs et les immigrés.

Les associations trans' qui réclamaient avec force la démédicalisation du changement d'état civil sont consternées par l'amendement voté en mai 2016. La procédure qu'il propose laisse clairement entendre que les certificats médicaux seront considérés comme des éléments de preuves à même d'appuyer une demande de changement civil. Et s'il y est stipulé 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 », c'est bien comme le fait remarquer l'association Acthe dans son communiqué de presse du 23 mai 2016 « que l'absence de ces traitements stérilisants peuvent justifier un refus de changement de la mention du sexe à l'état civil s'ils sont associés à d'autres arguments ». Le fait de contraindre ou même d'inciter des personnes trans' à se faire stériliser et de poser cette « mutilation » comme un critère permettant d'accéder à un changement d'état civil suscite une grande indignation dans le milieu associatif trans' et est assimilé par la représentante de TransInterAction à « un eugénisme légalisé » mis en place par l'État français pour éviter qu'il y ait « des hommes enceints ». À l'unanimité, les huit représentants d'associations s'insurgent contre cette pratique qui porte atteinte à l'intégrité de l'individu, et dénoncent un dispositif politique et médical basé sur des convictions qui relèvent de l'idéologie et dont l'objectif serait finalement de s'assurer en quelque sorte que chaque genre reste bien à sa place. Ainsi, la représentante de l'Association Nationale Transgenre déclare : « On voit que la médecine c'est la caution du politique. Le médical c'est là pour cautionner la stérilisation, pour éviter que légalement il y ait des couples de même sexe qui aient des enfants biologiques, ce qu'ils ne veulent absolument pas [...]. L'État utilise la médecine, et la médecine ne se gêne pas pour s'en féliciter, pour mettre en place ses politiques ». La question de la procréation des personnes trans' semble être un point de blocage majeur au sein même et au-delà de la problématique de l'état civil, car elle bouscule en profondeur nos systèmes de représentation et de catégorisation des sexes. Et les porte-paroles d'association trans'

ont le sentiment que la médecine est mise au service d'une politique visant à maintenir et à consolider un système binaire de répartition des sexes. Ainsi, l'amendement 282 initial mentionnait parmi les documents que le demandeur était encouragé à fournir pour appuyer une demande de changement d'état civil « Des attestations qu'il a engagé ou achevé un parcours médical pour adopter le comportement social ou l'apparence physique du sexe revendiqué », et cette mise en exergue dans un texte de loi de l'idée selon laquelle l'adoption du comportement social du genre féminin ou masculin passerait par un parcours médical révolte la présidente de l'ANT qui dénonce une psychiatrisation qui confine au « lavage de cerveau ». Et cette dernière d'ajouter : « Je vais rejoindre ce qu'a dit F. [représentante d'Arc en ciel], mais de toute façon tant que le mot genre ne sera pas dans la loi, vous serez toujours sur cette justification médicale d'avoir un comportement social ou une apparence physique. Tant que vous ne serez pas dans le genre ça sera ça. Parce qu'ils n'ont aucun autre moyen de justifier ». La reconnaissance par l'État de l'identité de genre apparaît dans les associations trans' comme une revendication primordiale et indissociable de celle d'un changement d'état civil basé sur l'autodétermination puisque, selon elles, raisonner en termes d'identité de genre permettrait d'en faire une question qui ne relève ni du biologique ni du médical. Or ni le projet de loi de septembre 2015 ni l'amendement de mai 2016 ne proposent une procédure fondée sur le genre et basée sur l'autodétermination. Pour les représentants d'associations, ces textes entretiennent par conséquence un traitement arbitraire des demandes de changement d'état civil et c'est là un problème majeur régulièrement soulevé lors de la réunion.

Si l'amendement 282 précise que l'absence de certificats médicaux n'est pas un critère suffisant pour justifier le refus d'une demande de changement d'état civil, le texte ne précise pas quel élément peut constituer un critère suffisant, et les représentants d'association considèrent qu'il ne peut s'agir que d'un critère arbitraire car « on ne peut pas produire des critères objectifs sur lesquels justifier qu'on est des hommes ou des femmes sans tomber dans le stéréotype ou dans les représentations des personnes qu'on a en face » (représentant d'OUTrans). Ces représentants d'association dénoncent un texte qui vient « entériner l'arbitraire » de la procédure du changement d'état civil et où chacun des cinq critères permettant d'appuyer une telle demande est en lui-même, comme le souligne la représentant d'Arc En Ciel, « totalement imprécis » et « ouvre des marges d'appréciation énormes ». Pour elle, il s'agit là d'une « opacité organisée qui va placer les personnes demandeuses dans l'insécurité totale, […] parce que l'arbitraire est total ». L'un des défauts majeurs de la jurisprudence actuelle et de la future loi serait la « non transparence » des conditions posées pour permettre un changement d'état civil, et cette absence de transparence combinée à l'impossibilité de produire des éléments de preuve objectifs aurait comme conséquence que « dans le dispositif tout dépend de la subjectivité d'une personne » (Arc En Ciel). Ce caractère arbitraire et subjectif de l'acceptation de la demande de changement d'état civil est particulièrement visible à travers l'inégalité de traitement dont ces demandes font l'objet selon les tribunaux de grande instance. D'après les témoignages des différents représentants d'association, il y aurait ainsi des tribunaux où les demandes de changement d'état civil sont presque toujours acceptées et d'autres où elles seraient systématiquement rejetées. Ce qui amène parfois les personnes demandeuses à se faire domicilier temporairement dans une commune qui dépend d'un autre tribunal de grande instance que celle où elles vivent, comme par exemple ces lyonnais qui se font domicilier à Saint-Étienne pour

pouvoir y changer d'état civil parce que « le tribunal de grande instance de Lyon n'est de toute façon pas réceptif du tout au changement d'état civil » (représentant de Chrysalide). Les porte-paroles des associations représentées dénoncent donc une législation qui viendrait combler le flou juridique concernant le changement d'état civil pour éviter que la France ne soit de nouveau condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme, mais qui perpétuerait la judiciarisation et la médicalisation de la procédure et entérinerait le caractère arbitraire de la décision. Ils réclament une loi « courageuse » et conforme à leurs revendications, semblable à celles qui ont d'ores et déjà été mises en place dans certains pays.

*

* *

L'un des axes de cette réunion était la question des législations étrangères considérées comme des modèles ou qui au contraire feraient office de repoussoir. Parmi les pays dont la législation est considérée comme un contre-exemple, seule la Belgique a été évoquée. En Belgique la loi autorise (loi de 2007 antérieure à celle votée en 2017) le changement d'état civil pour les personnes trans' si, et seulement si, elles se font stériliser. Les représentants d'associations sont donc unanimes sur le caractère inacceptable de cette loi qui porte atteinte à l'intégrité physique des personnes trans', et considèrent que la Belgique mérite d'être condamnée ; mais la représentante d'Arc en Ciel reconnaît tout de même à la loi belge une qualité qui manquerait cruellement à la législation française : la transparence. Du côté des législations étrangères qui font figure de « modèles », l'Argentine, qui autorise depuis 2012 le changement d'état civil sur simple demande, sans conditions ou critères médicaux, pour tous les citoyens y compris les mineurs, est présentée comme un pays précurseur ayant mis en place une loi particulièrement complète, qui se base sur la notion d'identité de genre et répond à l'ensemble des demandes émises par les associations trans' concernant le changement d'état civil. Sur le plan européen, la loi adoptée par Malte en 2015, qui permet de changer d'état civil sous les mêmes conditions qu'en Argentine mais avec en plus la possibilité de choisir la mention « X » si la personne ne souhaite pas s'inscrire à l'état civil dans le genre féminin ou masculin, est unanimement considérée par les associations comme le meilleur modèle en Europe. En 2014, le Danemark a mis en place une législation elle aussi à peu près similaire au modèle argentin, quoi qu'elle apparaisse comme plus restrictive car elle exclut du dispositif les personnes mineures. La ville de Mexico, la Colombie, l'Irlande et la Norvège ont également été citées comme ayant adopté sur le changement d'état civil des législations progressistes et pouvant servir d'exemples. Concernant ces « législations modèles », il a été soulevé un point particulièrement intéressant, c'est l'idée que tous ces pays ont souvent fait « un pas de géant », passant très rapidement, et pour certains d'entre eux sans étape intermédiaire, d'une législation très fermée et restrictive à une législation particulièrement progressiste basée sur l'autodétermination. Alors un tel processus est-il envisageable pour la France ? On touche là à un point important débattu lors de cette réunion, et particulièrement bien illustré par la différence de position qui oppose l'association Acthe aux sept autres associations représentées concernant l'amendement 282 initial.

Si les trois sous amendements gouvernementaux apportés le 19 mai 2016 à l'amendement 282, renforçant le caractère judiciarisé et médicalisé de la procédure, ont semble-t-il suscité un mouvement de refus et de résistance unanime dans le milieu associatif trans', il n'en va pas de même pour l'amendement 282 initial. La Fédération LGBT, l'ANT, C'est Pas Mon Genre, OUTrans, Chrysalide, Trans Inter Action et Arc En Ciel, considèrent que l'amendement initial était déjà en lui-même un projet de loi inacceptable qui ne répondait pas à leurs attentes. L'association Acthe défend une position plus nuancée et sa représentante déclare : « l'amendement 282 […], sans les sous-amendements gouvernementaux, aurait permis dans la très grande majorité des juridictions un changement d'état civil presque comme on le veut dans nos revendications aujourd'hui. Il y aurait eu effectivement de l'arbitraire dans un nombre minoritaire de juridiction, et je pense qu'on aurait pu l'avoir à l'usure avec les jurisprudences ». Acthe considère ainsi que l'amendement 282 initial, bien qu'il ne réponde pas à l'ensemble de leurs attentes, aurait pu constituer un premier pas, un compromis qui aurait permis d'améliorer la situation de certaines personnes, et qui à long terme aurait pu finir par déboucher sur une législation plus proche de ce qu'elles revendiquent. Les autres associations représentées refusent de passer par l'étape d'une loi insatisfaisante et pensent qu'une telle loi, loin de permettre d'aboutir à une procédure de changement d'état civil conforme à celle qu'elles revendiquent aurait au contraire scellé la situation. Alors qu'Acthe considère qu'une législation conforme à celle que ces associations revendiquent pourrait finir par être atteinte étape par étape, à force de compromis, les autres associations présentes refusent de passer par ce type de compromis qui ne feraient, selon elles, qu'entériner une procédure insatisfaisante, et enjoignent le gouvernement français d'entreprendre dès maintenant le « pas de géant » accomplis par certains pays. Mais, comme le constate la représentante d'Arc En Ciel, « en France il y a une véritable idéologie de l'étape par étape, c'est encore dans l'interview de Binet : 'Il faut faire les choses étape par étape' ». Et les associations représentées qui rejettent l'amendement 282, dénoncent cette idéologie de l'étape par étape, qui ne serait en fait qu'une manière « extrêmement hypocrite » de « freiner des quatre fers pour que ça arrive le plus tard possible » (C'est Pas Mon Genre) (*cf.* annexe II).

LA DIFFICULTÉ DES ASSOCIATIONS À FAIRE ENTENDRE UNE PAROLE MILITANTE TRANS'

Pour les associations trans', faire entendre et accepter leurs revendications est un combat permanent, y compris parfois au sein des associations LGBT. Faire valoir des revendications « spécifiquement trans' » au sein de collectifs plus larges tels que les associations LGBT n'est pas simple, mais il semblerait que leurs revendications y soient de plus en plus entendues et soutenues. La représentante de la Fédération LGBT raconte ainsi qu'il y a dix ans les militants trans' étaient parfois « au bord de l'affrontement physique avec certains militants gays », tandis qu'« aujourd'hui l'immense majorité des gays et des lesbiennes sont quand même largement en soutien dans les associations ». Le conseil d'administration de la Fédération LGBT compte actuellement plusieurs personnes trans', et cette même fédération a élu comme présidente une femme trans'. Malgré ces évolutions, il apparaît qu'il peut encore être difficile pour les militants trans'

d'obtenir du soutien au sein de certaines associations LGBT. Et si la représentante de la Fédération LGBT considère qu'ils ont « gagné la bataille dans 90 % des associations LGBT », reste que dans quelques associations locales, les revendications trans' sont toujours assez difficilement acceptées et soutenues. Le représentant de C'est Pas Mon Genre a ainsi le sentiment qu'à Lille les membres de l'association LGBT locale « ne comprennent pas cette histoire d'état civil » et n'accordent aucune importance à leurs revendications. À quelques voix près, l'Inter-LGBT a finalement voté contre le mot d'ordre de changement d'état civil libre et gratuit devant un officier de l'état civil, mais a en revanche voté pour le changement d'état civil basé sur l'autodétermination conformément à la résolution 2048 du conseil de l'Europe. Néanmoins la majorité des représentants d'association présents souhaiterait que l'Inter-LGBT se positionne plus clairement par rapport aux revendications trans', et les soutienne plus fortement.

Alors qu'au sein des mouvements LGBT les choses semblent, malgré quelques réticences locales, évoluer dans le sens d'une plus grande considération des revendications des personnes trans', du côté des responsables politiques, les militants ont véritablement la sensation de ne pas être écouté et de se heurter systématiquement à des fins de non-recevoir. Ils estiment que le gouvernement ne prend pas en compte la parole portée par leurs associations et refuse le dialogue. La représentante de la Fédération LGBT évoque par exemple le cas d'une élue de Nancy favorable au changement d'état civil libre et gratuit tel qu'il existe à Malte, qui a interpellé le gouvernement par une question écrite et qui n'a toujours pas reçu de réponse depuis maintenant un an et demi. Cette absence de réponse illustre assez bien, selon elle, le refus du dialogue dont ferait preuve le gouvernement, et elle résume ainsi la situation : « on a affaire à ce personnel politique qui est totalement déconnecté, qui ne veut pas entendre, et qui ne conçoit le dialogue que comme du faux semblant ». Les représentants d'association ont ainsi le sentiment de ne pas être consultés par les instances gouvernementales, ou bien d'être seulement « consultés pour la forme » sans que leurs revendications ne soient vraiment prises en considération. Pour ces militants, il y a très clairement du côté des ministères et des parlementaires un refus de collaborer véritablement avec les associations trans', et ils ont mentionné plusieurs facteurs explicatifs. Certaines, comme la représentante d'Acthe, voient tout d'abord dans cette attitude une forme de stratégie politique visant à se prémunir de réactions d'opposition de la part de la droite conservatrice et de mouvements tels que La Manif Pour Tous, mais d'autres, comme la représentante Arc En Ciel, considèrent que ce serait plutôt « le résultat d'une profonde transphobie et même dans certains cas d'une homophobie » au sein du gouvernement actuel. Dans tous les cas, il semblerait que les militants trans' ne soient pas considérés comme des interlocuteurs pertinents.

La pathologisation des personnes trans' aurait en effet pour conséquence indirecte de disqualifier ces personnes en tant qu'interlocutrices. Ainsi, la représentante de TransInterAction déclare « encore actuellement pour parler des personnes trans', le dialogue est fait vers les médecins qui parlent de nous sans nous », et le représentant de Chrysalide dénonce « la façon qu'ont certains experts de prendre la parole pour les personnes trans' et d'émettre des propos pathologisants qui ensuite ont une influence sur l'attitude des législateurs ». Mais il y aurait aussi et surtout, au sein du gouvernement comme ailleurs, une grande réticence à considérer les militants comme des interlocuteurs valables, sérieux et raisonnables, et les associations représentées constatent qu'il y a dans les discours politiques une tendance à présenter les militants

« comme des espèces d'énergumènes un peu extrémistes avec lesquels il est impossible d'avoir un dialogue » (porte-parole d'OUTrans). Pour la représentante d'Arc En Ciel, c'est véritablement « ce dénigrement de ce qui est militant » qui tient lieu d'argument lorsque Erwann Binet déclare dans une interview « nous n'avons pas voulu faire une proposition de loi militante ». Et si les militants trans' sont régulièrement perçus comme étant extrémistes et incapables de fournir un discours rationnel, c'est d'une part parce qu'ils ont des positions très affirmées, mais surtout selon le représentant d'OUTrans, parce que l'on considère qu'ils sont « trop concernés », « trop dans l'émotion ». Alors que leurs interlocuteurs politiques estiment peut-être qu'ils n'ont pas assez de recul sur la question trans', les représentants d'association considèrent au contraire que ce sont ces responsables politiques qui sont trop déconnectés de la réalité des personnes trans'. Ils mettent en avant les difficultés très concrètes que rencontrent au quotidien les personnes dont le genre ne correspond pas à leur état civil et expliquent que la question du changement d'état civil est primordiale et « met en jeu la vie des gens », puisqu'à cause de leur état civil de nombreuses personnes trans' ont des difficultés à trouver du travail, se trouvent dans des situations de précarité et se marginalisent. La représentante de l'Association Nationale Transgenre déclare ainsi : « On est face à des gens qui ne prennent pas en compte les difficultés de vie des personnes, c'est une violence. Nous la violence de l'État et de ses institutions on la voit tous les jours dans nos associations ».

Par ailleurs, les représentants d'association ont tenu à souligner que leurs revendications, loin d'être le fruit d'un radicalisme qui consisterait à vouloir appliquer à tous ce qui ne serait valable que pour une minorité, reposent au contraire sur un certain nombre de « textes fondateurs » qui ont été longuement évoqués montrant leur expertise en la matière. En 2007, les principes de Yogyakarta sur l'application du droit international des droits de l'Homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre[538], énoncent clairement que tout individu a droit à une reconnaissance légale et juridique de son identité de genre. En 2009, Thomas Hammarberg, commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, publie dans un document intitulé « Droits de l'homme et identité de genre » douze recommandations à l'intention des États membres du Conseil de l'Europe qui précisent les principes de Yogyakarta, notamment en matière de changement d'état civil et de respect de l'identité de genre. Par la suite, le Conseil de l'Europe a adopté en 2010 la résolution 1728 relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, qui comporte un paragraphe assez important concernant les droits des personnes trans', y compris le droit à une procédure de changement d'état civil claire et démédicalisée. Puis, en 2015, est adoptée la résolution 2048 qui appelle les États membres à instaurer des procédures de changement d'état civil transparentes, accessibles et fondées sur l'autodétermination.

Pour les associations trans', l'amendement 282, qui entretient l'opacité de la procédure de changement d'état civil, tend à imposer aux personnes un traitement médical et met de côté les mineurs, est contraire aux recommandations de ces « textes fondateurs ». Il faut donc, selon la représentante de l'ANT, retirer cet amendement, réengager la discussion avec le gouvernement et « repartir à zéro ». Au moment du *focus group*, en juin 2016, les représentants d'association étaient dans

[538] Texte construit par des juristes et des anciens commissaires aux droits de l'Homme de différent pays dans le but de défendre l'égalité des droits et d'interdire les discriminations pour toute les populations LGBT et intersexuées.

l’attente de l’adoption ou du rejet de l’amendement 282. La situation était à leur sens trop instable pour qu’ils puissent véritablement planifier des actions concrètes, mais ils maintenaient leurs positions, attendant de connaître la décision des parlementaires et se tenaient prêts à réagir.

Le changement d’état civil a non seulement un impact considérable dans la vie des personnes trans’, mais c’est un sujet qui ouvre sur la question de la construction et de la répartition des genres, ainsi que celle de la filiation et de la procréation des personnes trans’. Il est donc, comme l’a dit une participante, « la clé de voûte » de l’action et des revendications des associations trans’. Ces dernières sont cependant conscientes que cette procédure de changement d’état civil, même si elle répondait à l’ensemble de leurs attentes, ne pourrait à elle seule solutionner l’ensemble des difficultés et des problèmes de discrimination rencontrés par les personnes trans’. « Le changement d'état civil libre et gratuit, sur simple demande, ça sera une étape très importante mais elle ne résoudra pas tout. […] Il est nécessaire de penser au-delà du simple état civil les problèmes de transphobie institutionnelle et d'accès aux soins, d'accès à l'ensemble de ce que peut offrir la société » (représentant d’OUTrans).

Enfin, le représentant de Chrysalide a appelé lors de cette réunion à penser l’intérêt de la mention de sexe à l’état civil. Sans vouloir porter la revendication selon lui précoce d’une suppression de cette mention, il souhaiterait appeler les institutions à se poser la question de son utilité.

VII. MODIFICATION DE L'ÉTAT CIVIL ET EXPÉRIENCE DES PERSONNES TRANS'

Notre recherche, débutée en 2015, prévoyait bien évidemment de recueillir l'expérience des personnes trans, premières concernées par les procédures de modification du sexe et des prénoms à l'état civil. La promulgation de la loi J21 a cependant quelque peu désorganisé la planification des entretiens initialement prévus. Il nous semblait, en effet, dès lors essentiel de documenter leur expérience dans ce nouveau cadre, ce qui nous a obligé à réaliser des entretiens en tout fin de programme et à en recueillir en conséquence moins que prévu. Cependant les témoignages récoltés ont permis de documenter des situations diverses au regard du changement législatif : certaines personnes avaient obtenu une modification de leur état civil, d'autres étaient en cours de procédure (pour certaines nous avons pu suivre leur parcours jusqu'au jugement et même au-delà) ; certaines avaient déposé une requête auprès du TGI, d'autres avaient seulement présenté une requête pour modification de leur prénom auprès de l'officier d'état civil. Deux personnes avaient obtenu leur changement d'état civil avant la promulgation de la loi J21, ce qui nous a permis de mettre en perspective les témoignages concernant la nouvelle procédure. Par ailleurs et sans que nous l'ayons programmé, la majorité d'entre elles avaient des enfants si bien que les choix ou les questions posées par la modification subséquente de l'état civil des proches ont pu être documentés. Enfin, nous nous sommes intéressés, au-delà des expériences des procédures « ordinaires », aux personnes qui se sont vues déboutées par les tribunaux français et ont eu recours à la Cour européenne des droits humains. C'est d'ailleurs par leur expérience que nous allons débuter ce chapitre.

LES RECOURS À LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS HUMAINS

Si dans notre recherche nous avons souhaité documenter l'expérience des recours à la Cour européenne des droits humains (CEDH) c'est parce qu'ils ont eu une influence certaine sur la volonté législative récente mais c'est aussi parce qu'il nous paraissait important de comprendre cette expérience judiciaire particulière. Deux des trois personnes qui ont présenté un dossier contre la France ont donc été contactées et ont accepté un entretien[539].

[539] Pour préserver, dans la mesure du possible leur anonymat, ces personnes seront nommées A. et B.

1. NAISSANCE DES RECOURS

Les recours ont évidemment leur origine dans une demande personnelle de changement d'état civil qui s'inscrit dans la transition que les personnes ont engagée. Mais cette demande et les obstacles qu'elle va rencontrer la transforment très rapidement, lui donnant les contours d'un projet plus collectif et militant. Dans les deux cas, en effet, l'idée d'utiliser sa propre procédure pour en faire « une arme militante » naît parce que l'on se confronte (ou qu'on sait que l'on va se confronter) à un aspect de la procédure jugé injuste, aliénant et contraire au respect de la vie privée.

> Moi j'avais pas prévu de me servir de mon dossier de changement d'état civil comme d'une arme militante au début. Moi j'ai fait ma transition […] et je voulais que ça aille vite. Je voulais mettre ça derrière moi. Un peu – on va dire – comme beaucoup de personnes trans' qui ne sont pas militantes et qui n'ont pas de velléités à le devenir en fait. Donc j'ai pris mes hormones, j'ai fait les opérations que je souhaitais faire ».

Lors de leur première rencontre, son avocate lui apprend qu'il y a toutes les chances que les juges parisiens ordonnent une triple expertise.

> Moi sur le coup je sais pas exactement ce que c'est une triple expertise mais j'ai quand même un dossier solide. Je corresponds bien à tous les critères de la loi française : j'ai moins de vingt-cinq ans (j'avais vingt-quatre ans à l'époque), j'avais tout ce qu'il fallait (l'opération, l'hormonothérapie, la certification des psychiatres, l'orthophonie). J'étais bien stéréotypée. Je dis : « Je vois pas pourquoi ils refuseraient ». Je dis : « Bon on verra, on fait le dossier puis on verra ce qu'il se passe ». Et puis dans ma tête je me dis « de toute façon, le tribunal, il ne va pas m'embêter parce que j'ai vraiment un dossier qui m'a l'air tranquille ». […] Assez rapidement le tribunal refuse de prendre mon dossier et ordonne une triple expertise. Là je fais « ah ouais tout de même ils sont vaches ». [*rires*] Là on me connaît comme une militante associative qui a l'habitude de tas de choses mais là faut se mettre dans un contexte « j'ai vingt-quatre ans, le militantisme, je ne sais pas ce que c'est ». […] Je demande à l'avocate : « Est-ce que je peux refuser ? » […] Elle me dit : « Oui c'est possible mais faut faire un recours en cour d'appel. » Je ne connais rien à la justice et « donc ça coûte combien de faire un recours en cour d'appel ? » [*Comme si l'avocate lui répondait :*] « Enfin, c'est pas une question de prix. Ça risque de ne pas passer. » [*Comme si elle répondait à l'avocate :*] « Oui mais après, il se passe quoi ?! » [*L'avocate :*] « On peut faire un recours en cour de cassation. » [*Elle reprend :*] « D'accord. Oui mais la cour de cassation, elle va me donner raison ou pas ? » [*L'avocate :*] « Non, je ne pense pas non. » [*Elle poursuit :*] « Et après la cour de cassation ? » [*L'avocate :*] « On peut aller à la Cour européenne des droits de l'homme. » [*A. :*] « Et la Cour européenne des droits de l'homme, elle va me donner raison ou pas ?! » Et là [l'avocate] me répond : « C'est possible… » […] [*A. :*] « Mais ça, ça prend combien de temps ? » [*L'avocate :*] « Bah, ça prend facilement dix ans. » [*A. :*] « Et ça coûte combien ? » [*L'avocate :*] « Ça coûte au moins 20 000 euros. Minimum. » Du coup je lui pose une autre question et je lui dis : « Est-ce qu'avec mon dossier, moi toute seule, je peux faire changer la loi ? » Alors là elle me répond : « Si la Cour européenne des droits de l'homme, vous donne raison bah oui. » Et là je fais : « Bon, allons-y alors. » [*Après un silence.*] C'est comme ça que ça a commencé.

Entre temps, A. s'était renseignée sur cette triple expertise dont la réputation était « quand même assez terrible » selon ses dires et qui lui semble en l'état de son dossier tout à fait abusive. Elle ajoute :

> Quand on prend cette décision, soit on est terriblement bien armé pour y faire face, soit on est quand même assez tête brulée. Donc j'ai envie de dire, quand on a vingt-quatre ans,

> qu'on ne connaît ni la justice ni la vie, ni plein de choses, je pense que mon côté tête brulée était plus présent que mon côté terriblement bien armé qui aujourd'hui a un peu changé. […] Je savais que j'allais perdre dans toutes les instances françaises et que ça allait se jouer à la CEDH.

Dans le second cas, le recours à la CEDH s'inscrit d'emblée dans un projet plus collectif bien qu'il repose sur l'expérience personnelle de la transition et de la discrimination associée. Au moment de la première requête, l'expérience militante de B. est importante reposant sur un engagement politique et syndical de longue date, si bien que la décision de réaliser une transition tardive est concomitante de l'inscription dans le mouvement trans' :

> Je décide de faire ma transition. Et Je réfléchis. Parce que je suis une militante. Donc je réfléchis et j'analyse assez lucidement malheureusement. Enfin, à peu près ! Je sous-estime encore un peu la répression transphobe mais je l'analyse assez bien. […] Quand j'ai découvert la transphobie telle qu'elle était, je me suis dit : « C'est pas possible, dans ce pays faut que ça change. »

Avec deux amies, elles fondent une association de support. Au vu des difficultés rencontrées par les personnes trans' avec leurs papiers d'identité et de la stérilisation implicitement exigée pour obtenir un changement d'état civil, elles décident d'utiliser la procédure de changement d'état civil comme terrain militant.

> On est trois. On est déterminées. On est capables de penser. On pense ensemble avec des histoires différentes. […] On va construire notre propre courant. On va essayer de faire progresser des mots d'ordre rassembleurs (« changement d'état civil libre et gratuit »), clairs pour n'importe quel citoyen dans la rue. On peut lui expliquer en deux mots : « Voilà le problème des papiers… » […] Et du coup on se dit : « Il faut aussi un volet judiciaire. Il faut affronter l'État sur le terrain judiciaire. Il faut démontrer ce qu'on raconte. » On nous dit : « C'est pas vrai il n'y a pas de stérilisation. » Il faut obliger les tribunaux à l'écrire. Il faut les obliger à l'avouer. Et pour ça, il faut qu'on aille à la Cour européenne.

Si les requêtes sont personnelles, le projet est bien, quant à lui, construit collectivement en prenant en considération les capacités et les possibilités de celles qui vont le porter devant les tribunaux.

> Alors on discute et on définit deux copines qui sont chargées de porter le truc : D. parce qu'elle n'a pas le profil habituel (elle a un statut, une protection et des responsabilités et une image qui va surprendre) ; et à côté de ça, moi, qui suis capable aussi de porter ça dans les médias, etc. Et, on a un avantage, c'est qu'on a des salaires derrière et un statut, parce que les autres ne peuvent pas pendant des années être en animation suspendue ou en RSA, c'est quand même très dur à vivre, sinon à ne pas vivre… Et du coup, on choisit : on n'envoie pas au casse-pipe des gens qui n'ont pas la capacité d'affronter, la capacité de réfléchir et la capacité de tenir économiquement. On sait qu'on n'a pas d'argent nous l'asso. Au final on engage la bataille. On présente nos demandes de changement d'état civil. On ne dit pas qu'on est atteintes de transsexualisme. Première rupture. On dit qu'on est « transgenres ». On se sert des textes européens d'ailleurs ; très vite. Mais au début, quand on démarre, il n'y a pas encore ces textes-là. On démarre donc les procédures judiciaires. Donc on veut affronter ce premier verrou. Et le deuxième verrou c'est la stérilisation. Le plus rigolo, c'est qu'en fait les deux copines qui mènent cette bataille-là ont fait une vagino en Thaïlande. Donc on correspond aux critères et on refuse de répondre à la question. Pas de certificats psychiatriques. Pas de certificats génitaux. Et on refuse de dire si on est opérées ou pas : « C'est intime, ça ne vous regarde pas et ça change rien. » Et donc le premier jugement du TGI refuse notre changement d'état civil et nous retoque.

Bien qu'ils s'initient de façon différente, on voit que ces deux recours à la CEDH sont présents dès le début de la première requête auprès des tribunaux. Ils en constituent l'avenir évident semble-t-il puisque rien n'est attendu ni espéré des recours auprès des juridictions françaises. Et c'est en cela même qu'ils peuvent être définis comme des projets militants au sens large c'est-à-dire capables de faire avancer une cause au-delà des problèmes personnellement rencontrés, notamment en pensant aux personnes qui n'ont pas les moyens financiers, statutaires ou les ressources sociales pour mener cette longue bataille. Le recours est donc intrinsèquement lié à un projet politique, qu'il se construise parallèlement ou préalablement. On remarque aussi que les dossiers des personnes répondent ou pourraient répondre, en réalité, à tous les attendus exigés par les tribunaux français au vu de la jurisprudence de la cour de cassation mais qu'ils refusent justement de se soumettre aux exigences posées par les juges ou d'en apporter les preuves. Là est sans doute leur force tant individuelle que collective : les personnes impliquées ne se sentent en aucun cas vulnérables et à la merci d'une procédure jugée inique mais bien au contraire fortes de leur position de principe face au mépris de leurs droits.

> J'aurais pu obtenir sans grandes difficultés – juste un renoncement personnel – mon changement d'état civil, la cour d'appel me l'a parfaitement fait comprendre, qu'ils ne demandaient que ça, une petite abjuration. C'est toujours comme ça ! L'Inquisition demande toujours une petite abjuration. Mais quelque part on est dans cette logique-là ! […] Moi j'avais rien à gagner sinon perdre ma propre estime et renoncer à une lutte intéressante. Pour moi c'est important d'avoir du caractère et de la personnalité. Pour un homme ou pour une femme, ça n'a aucune importance. Puis de se battre pour la justice !

2. VIVRE AVEC LES APPELS ET LE RECOURS À LA CEDH

Le parcours judiciaire, on l'aura compris, est long et coûteux et surtout n'est pas sans effets sur les vies. Il pèse sur elles mais d'une façon paradoxale. Au quotidien, la gestion des différents recours devient une routine qui n'entame pas vraiment l'existence :

> La personne qui fait la requête, elle n'a pas grand-chose à faire. Elle apporte des pièces et l'avocat rédige les dossiers. Et la temporalité d'un tribunal c'est un an ou deux ans. Donc entre « on a soumis une requête » et « on attend l'avis du proc » puis « on attend l'audience », puis « on attend le jugement », il s'écoule un an et demi, deux ans. Donc globalement, il ne se passe pas grand-chose. La grosse différence c'est qu'on n'a pas le changement d'état civil, du coup il faut vivre sans le changement d'état civil.

Le recours donc ne surcharge pas les vies bien qu'il pèse de tout son poids sur elles. En premier lieu, s'y engager signifie que pendant près d'une dizaine d'années il ne sera pas possible d'avoir un état civil et des papiers en adéquation avec son identité. Cette inadéquation, comme on le sait, pose de multiples problèmes et contraint les possibilités d'existence. Il faut donc être en mesure de tenir la route, ce qui n'est pas facile. L'une des personnes concernées sera mise au placard par son employeur, l'autre sera soumise à la transphobie de certains de ses pairs et de ses enseignants dans le cadre de ses études. Une troisième encore, sur le conseil de ses amies qui souhaitent la protéger, cédera face à la pression professionnelle que lui impose cette inadéquation.

> À un moment donné, elle prend des risques pour sa carrière. On lui fait comprendre. Et à ce moment-là je me dis… D'abord il y a l'aspect humain : c'est une copine. Elle, elle ne veut

> pas céder ! Nous on lui dit : « Écoute, le message de l'État est clair, ils ont vite envie de se débarrasser de notre dossier. Ils vont nous filer notre changement d'état civil en lâchant sur des trucs, mais ils ne peuvent pas lâcher sur le truc politique, ils ont des ordres. » On prend une décision collective parce que seule, elle ne voulait pas céder. On lui dit : « Écoute. Un : nous te protégeons. Notre priorité, c'est toi. Une fois que tu seras dans les difficultés, ta carrière pétée, tu vas être épanouie, ça je te le dis ! T'aimes ton métier en plus ! Donc tu vas partiellement céder, c'est-à-dire que tu vas donner ce qu'ils te réclament et tu vas l'obtenir sans difficulté.

Elle finira par fournir au tribunal, un début de preuve de sa transformation corporelle pour obtenir son changement d'état civil. Dans ce cas, d'ailleurs, cette pression prend des contours politiques puisqu'elle n'émane pas de sa hiérarchie directe mais du ministre dont elle dépend en tant que fonctionnaire. Autrement dit, si le recours judiciaire a une dimension éminemment politique, les moyens institutionnels pour le faire échouer ne se limitent pas, eux non plus, à la sphère judiciaire.

L'autre effet observé sur les vies concerne la médiatisation des recours et des personnes qui les portent. Au fur et à mesure du parcours judiciaire, la publicité entourant les affaires ne fait que croître et elle devient une arme pour les militantes impliquées. Les femmes rencontrées ont ainsi appris ou développé leurs compétences médiatiques, en multipliant les contacts avec les journalistes, en organisant des conférences de presse ou en proposant de nombreux communiqués de presse à différents moments de la procédure.

> Donc la cour d'appel, j'y vais. Autant c'était à huis-clos pour la première, là ils laissent rentrer les journalistes. […] Et la présidente du tribunal me demande si je veux dire quelque chose. Et je réponds : « Si vous m'accordez quelques minutes pour expliquer ma démarche, naturellement je suis prête à le faire. » Et donc je prends huit minutes chrono. Ils ne m'interrompront pas. […] Donc je fais mon topo. Je sens le procureur qui s'énerve sur sa chaise et je dis : « Maintenant en conclusion : ma compagne est présente d'ailleurs dans la salle, je comptais me pacser avec elle puisque le mariage n'est pas autorisé aux couples de femmes lesbiennes, mais si vous refusez mon changement d'état civil, vous confirmerez juridiquement que, au titre de la loi en tout cas, je suis de sexe masculin. Le mariage hétérosexuel étant autorisé, dans ce cas-là, je ne me pacserai pas bien sûr, je profiterai au moins de l'inconvénient de ne pas avoir de changement d'état civil pour épouser prochainement ma compagne. […] Et donc je me suis mariée deux ans avant [la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe] avec toutes les caméras (BFM, machin). […] Ça a bousculé. Ça a été très médiatique.

Si la médiatisation est une arme, elle est cependant une arme à double tranchant. Faire la une de la presse nationale, voire internationale, c'est pouvoir rendre publique sa cause mais c'est aussi ne plus être en capacité de protéger sa vie privée ainsi que les gens qui la partagent et s'exposer plus encore à la transphobie ordinaire.

> Ça a été un peu compliqué puisque ça a même attiré des ennuis à ma compagne qui travaillait dans un lycée catholique. Elle a été harcelée suite à ça et persécutée pendant des années, jusqu'à ce qu'elle prenne près de deux mois d'arrêts maladie par an pour respirer, avec l'aide de ses médecins. Et qu'elle finisse par penser que… Moi je lui disais qu'il fallait qu'elle quitte ça mais par le haut. Elle a donc passé l'agreg externe. Elle a obtenu l'agreg externe de l'Éducation Nationale, elle est maintenant dans le public et elle ne remerciera jamais assez les intégristes de la Manif pour tous, les fanatiques haineux et la communauté LGBT pour tout le bien qu'ils lui ont finalement fait – même si ça n'a pas été

évident au début – puisqu'ils l'ont poussée à se surpasser et à devenir agrégée ! Merci… ! Un peu d'ironie c'est toujours important.

Les gens qui vont loin dans les procédures juridiques, c'est très rare. Faut être honnête. Déjà parce que dès qu'on est en cour d'appel, ça commence parfois à être un peu médiatisé et qu'on peut prendre cher. *Confer* le cas de C. et puis même P. Médiatiquement elle a souffert, d'ailleurs on ne la voit plus dans les médias. D. quand son affaire a éclaté […] elle a fait la une des tous les journaux, elle a pris cher.

À ce coût médiatique peut s'ajouter le coût financier, c'est le cas notamment de l'une des femmes rencontrées qui, en près de dix ans de procédure, aura dépensé près de 27 000 euros, jonglant pour les payer avec les petits boulots (parallèlement à ses études), une part d'héritage et des soutiens ou des prêts de ses proches. On comprend ainsi que soutenir une telle procédure n'est pas de tout repos et qu'il faut une certaine force, être armée ou s'armer, pour la porter jusqu'à la CEDH. Et ce d'autant que son dénouement est toujours incertain.

3. GAGNER OU PERDRE : QUAND LA DÉCISION IMPORTE MOINS QUE SES EFFETS

Des dossiers déposés auprès de la CEDH, deux ont gagné et l'un a perdu. Mais ce qui nous importe ici est moins d'analyser les raisons juridiques ou politiques des décisions prises par la CEDH en 2017 que d'en comprendre l'impact. Ces dossiers ont d'abord pesé par leur nombre puisque trois recours signifiaient au fond trois possibilités de condamnation de la France. Et surtout il semble que cette condamnation était non seulement espérée par les requérantes et les associations militantes mais surtout anticipée par des juristes et un certain nombre de parlementaires. Au-delà de la décision concernant leur propre recours, nos deux interlocutrices voient ainsi la loi votée en 2016 comme l'effet le plus immédiat des procédures qu'elles ont engagées. Ces recours ont été une sorte d'épée de Damoclès et ont permis que des parlementaires s'impliquent pour écrire et surtout faire voter une loi attendue mais sans cesse remise sur le métier.

Pendant dix ans je me suis dit : « Je ne peux pas perdre. Je vais perdre partout en France mais à la CEDH je ne peux pas perdre. » Du coup la déception elle a été immense, de dire « ah bah j'ai perdu ! » [*rires*] Oui mais j'ai une loi ! Ah ! [*rires*] […] Les parlementaires étaient certains que la France allait être condamnée sur l'article 3 […] : « traitements inhumains et dégradants ». J'avais discuté avec un juge de la CEDH, […] il avait dit : « Je me suis servi des dossiers français pour faire croire à la France qu'elle allait se faire condamner sur l'article 3 et que donc ça serait bien que les parlementaires se bougent. » Et c'est pour ça que les parlementaires ont fini par céder. Parce que les parlementaires, leur ambition, c'était pas de démédicaliser […]. C'est par la force des choses qu'on les a eus en fait.

Ils ont reconnu que la France stérilisait et ils ont reconnu que c'était contraire aux droits de l'homme et que ça devait cesser. C'est ce qui fait qu'ils ont retiré ça. Dans le projet ça pouvait plus tenir. Ils savaient que c'était des condamnations à la chaîne. D'où l'intérêt de notre stratégie ! Ça n'a pas fait beaucoup de bruit parce que c'est arrivé après la loi donc personne n'en a quasi parlé, mais les gens savent dans les milieux autorisés, que c'est un des éléments qui a obligé la France, pour par être condamnée, à bouger sa législation même si elle en a fait une mauvaise et qu'elle n'a pas été au bout de la démarche. […] Elle a quand même réussi à produire la p… Il y a eu des avancées, même nous on ne le nie pas.

> Par notre combat ! Parce qu'ils ont dû lâcher des trucs entre autres sous la pression du jugement qui allait arriver. Ils le savaient.

C'est en ce sens que l'on peut comprendre les raisons qui font que nos interlocutrices ne regrettent en rien leur action alors même que l'une a été déboutée et que l'autre a obtenu une condamnation plus mitigée que celle escomptée. Elles ont participé à l'obtention d'une loi que d'autres et, elles aussi, peuvent désormais mobiliser pour mettre en adéquation leur état civil et leur identité.

L'EXPÉRIENCE DU CHANGEMENT D'ÉTAT CIVIL DANS LE CADRE DE LA LOI J21

1. LA LOI J21 : DE L'ESPOIR À L'IMPATIENCE

Les personnes rencontrées étaient dans une attente pressante d'un changement législatif notamment celles qui avaient commencé leur transition depuis un certain temps. Cette espérance d'une loi qui puisse leur permettre un changement d'état civil dans de meilleures conditions s'est exprimée diversement que ce soit à travers un intérêt pour les avancées législatives étrangères ou encore un suivi des débats parlementaires qui ont précédé la promulgation de la loi J21, mais surtout par une hâte à s'en emparer au plus tôt.

À l'annonce de la loi maltaise de 2015, Marielle Berliner, par exemple, avait caressé l'idée de partir à Malte pour bénéficier d'une reconnaissance légale de son identité :

> L'élément qui a été un déclencheur que c'était possible de vivre en tant que femme ça a été le fait que Malte annonce qu'ils ouvraient les états civils aux personnes transgenres. En clair, on pouvait aller là-bas, dire qu'on était une femme et on était reconnue comme telle. Ça a été pour moi quelque chose de fort, et je me suis dit « au pire, je peux toujours partir à Malte ». L'idée de partir à Malte s'est un peu posée pour moi. J'en parlais assez sereinement avec les amis en leur disant : « Je serai peut-être un homme en France, mais en Europe je serai maltaise. Je serai une femme. » Et mon idée c'était de partir à Malte et de prendre… alors pas forcément la nationalité mais de devenir résidente maltaise. Et en demandant cette carte de résidente, être identifiée au féminin.

Elle a également suivi de près les débats parlementaires français tout comme Cenydd Delerme :

> Quand j'ai suivi les débats j'étais un peu navré. […] En fait oui les opposants n'étaient pas très mobilisés mais les défenseurs n'étaient pas très mobilisés non plus. Donc c'est toujours intéressant de voir et d'entendre aussi des arguments. J'ai aussi écouté les commissions et ainsi de suite. (Cenydd Delerme)

Sabine Massard, quant à elle, n'a pas suivi dès le début le cheminement législatif mais dès qu'elle a su ce qu'il en était, elle s'y est intéressée et elle y a vu une possibilité de légalisation inespérée :

> Au moment où j'ai commencé ma transition, on était encore sur l'ancienne loi et j'étais même pas au courant qu'il y avait des négociations (je ne sais pas comment on appelle ça), que c'était en cours pour travailler sur la nouvelle. Je suis arrivée en cours de route et donc

> je m'étais résignée depuis longtemps à ne pas pouvoir faire le changement d'état civil. J'ai commencé ma transition en juillet 2014. C'était il y a trois ans. Et pour moi ça restait quelque chose de très vague le changement d'état civil. Je me disais même que j'arriverais à vivre sans le faire. Et quand on est devant le fait accompli, dans la vie de tous les jours et qu'on n'a pas les papiers d'identité, quand c'est le bazar, on finit par se dire qu'on ne va pas pouvoir continuer à vivre comme ça très longtemps. J'étais en train de me dire qu'il faudrait que je commence à gruger, qu'il faudrait que je trouve des certificats de complaisance de médecins, que je devrais contourner la loi d'une manière ou d'une autre pour avoir droit à mon changement d'état civil et c'est là que la nouvelle loi on a commencé à en parler. Et donc je me suis engouffrée dans la brèche.

À tel point qu'elle a été l'une des premières à en bénéficier à l'instar de Carine Pons qui, ayant terminé sa transition depuis 2014, a entamé une requête au plus tôt :

> Moi j'attendais cette loi de pied ferme et dès qu'elle est sortie j'ai foncé, j'ai pas hésité. […] Moi je trouve que cette loi est essentielle. Et qu'elle aurait dû être faite bien avant. […] J'ai eu pris contact avec une juge – qui n'était pas présente lors du jugement – qui était très sympathique. J'ai dit : 'Écoutez, moi j'ai ça. J'ai ça dans mon dossier, par rapport à la nouvelle loi.' Elle était pas au courant, elle me dit : 'Il faut que je prenne connaissance de la loi.' La loi était applicable le 29, moi j'ai téléphoné le 31 mars !

D'autres comme Brigitte Adami, Louise Villatte, Justine Masson, Alix Lacaze et Pauline Ruiz attendaient elles aussi la loi et bien qu'elles aient mis un peu moins de hâte à s'en emparer, elles savaient que celle-ci pouvait leur permettre d'obtenir beaucoup plus aisément un changement d'état civil.

2. CHANGEMENT D'ÉTAT CIVIL ET TRANSITION : UNE NOUVELLE TEMPORALITE

Comme on pouvait s'y attendre, l'abandon par la nouvelle loi à la fois de la preuve médicale et d'une irréversibilité chirurgicale est en train de modifier de façon importante l'inscription du changement d'état civil dans la transition. Auparavant, il était le plus souvent négocié après les interventions génitales et se donnait alors comme une sorte de point final de la transition, ce que confirme Cenydd Delerme non sans ironie :

> Avant… C'est marrant, c'était vécu comme un peu la conclusion souvent de la transition. C'est : 'Et à la fin il y a le changement d'état civil.' Ce qui renforce le côté : 'Alors on va juger si tous vos efforts pour avoir l'air d'un homme ou d'une femme répondent aux critères que nous, nous avons établis, et si oui on vous donne votre diplôme d'homme ou votre diplôme de femme, sous forme de carte d'identité.' Je trouve que la loi balaye finalement grandement ça, vraiment, en mettant l'accent sur 'se présente socialement' et donc 'évolue socialement en tant que'. […] Je trouve qu'avec ce CEC simplifié, si on le fait dès le début, ça dégomme toute notion de chronologie imposée.

Parmi les personnes rencontrées, certaines avaient réalisé une chirurgie génitale ou projetaient de le faire, d'autres ne l'envisageaient pas et d'autres encore n'avaient pas encore pris de décision quant à cet aspect de leur transition mais, pour chacune, la nouvelle loi offrait une possibilité de reconnaissance légale de leur identité sexuée auparavant impensable.

C'est le cas de Carine Pons qui s'était mariée en 2010, au début de sa transition, et avait fait une première demande de changement de prénom en 2012. Celle-ci avait été rejetée au motif de son mariage. L'audience en appel avait été éprouvante : elle avait dû

faire face à une curiosité malsaine et des paroles choquantes. Elise Chaffrey aussi avait fait la même démarche en 2013 et avait été déboutée pour la même raison. Mariée en 1983, elle avait débuté sa transition en 2009 et cette première procédure l'avait également fortement éprouvée : « ça m'avait enfoncée ». Soutenue par un ensemble d'associations puis favorisée par la loi sur le mariage pour tous de 2013, elle avait fini par obtenir son changement d'état civil. Carine Pons, meurtrie par son expérience et occupée par l'avancée de sa transition, n'avait pas osé repartir si vite à la charge si bien que la nouvelle loi était, pour elle, une opportunité à saisir :

> J'avais fini la transition depuis un moment [2014]. Moi j'attendais au niveau judiciaire que les choses soient claires. Je voulais pas monter un dossier pour aller dans le mur.

Pour l'ensemble des personnes rencontrées, la procédure de changement d'état civil a été mise en place suite à la réalisation de transformations corporelles, pensées ou non comme une première étape de la transition. Louise Villatte qui a débuté sa transition en 2016, qui est hormonée depuis 6 mois et a commencé une épilation laser et de l'orthophonie, a déposé un dossier de changement de prénom auprès de sa mairie à l'automne 2017 et compte faire dans la foulée une requête de changement de mention de sexe au TGI. Pauline Ruiz, sous traitement hormonal depuis 24 mois, a déjà obtenu son changement de prénom en septembre 2017 et va, elle aussi, poursuivre au TGI. Alix Lacaze a fait sa demande de changement de prénom en août au moment où elle débutait son traitement hormonal et elle souhaite attendre la réalisation de sa chirurgie génitale, programmée en 2018, pour faire la demande de modification de la mention de sexe. Pour toutes ces personnes, la loi J21 permet de lever le verrou, auparavant infranchissable, de la chirurgie :

> [le tribunal dont je dépends] avait refusé le changement de mention de sexe à une personne précédente parce qu'elle n'avait pas fait les chirurgies génitales. Et donc forcément, moi je m'imaginais que ça allait pas passer. Ils se sont contentés d'appliquer la loi *stricto sensu* et du coup s'est passé comme une lettre à la poste. (Sabine Massard).

Elle permet également de retrouver une autonomie dans la conduite de sa transition :

> J'ai pas eu d'hystérectomie moi. Parce que je ne souhaite pas en avoir. J'en aurai une s'il m'arrive une tuile médicale, oui ; sinon, non, pour moi c'est pas du tout un truc urgent. Pour l'instant ça m'intéresse pas. Donc l'idée de devoir le faire pour… Au-delà du fait que conceptuellement c'est scandaleux. On ne stérilise pas les gens pour qu'ils aient le droit de changer un papier ?! C'est délirant. C'est scandaleux. C'est inhumain. C'est tout ce qu'on veut. […] Moi ça tombait pile au bon moment [après sa mastectomie]. Mais je trouve qu'idéalement pour beaucoup de gens, ce qui serait bien – et la loi devrait le permettre si elle est appliquée comme elle est rédigée –, c'est de le faire dès le début. Comme ça, qu'on souhaite faire une transition médicale ou pas. Si on souhaite pas la faire du coup c'est bon, on est tranquille parce qu'on peut assumer socialement son identité dans une transition sociale… Il y aura toujours de la transphobie, mais il y a un côté les gens qui font juste une transition sociale, c'est sûr que c'est important pour eux ce qu'il y a sur la carte. Forcément. J'imagine. Et si on fait une transition médicale, il y a un côté il n'y aura plus jamais à se prendre le chou. (Cenydd Delerme).

Cette nouvelle compréhension et ce nouvel usage de la procédure ainsi que le pouvoir donné par un état civil adéquat conduit d'ailleurs certaines personnes à l'envisager à la fois, et sans que cela soit contradictoire, comme un achèvement de leur transition et un moment de celle-ci :

> J'en suis bientôt à deux ans de traitement hormonal. Et je dirais que ma transition se terminera à la fin de l'année car j'espère avoir tous mes documents officiels : je vis en tant que femme, mon traitement hormonal m'a suffisamment féminisé (je dirais) pour pas avoir honte de me trouver dans un vestiaire pour femme, d'enlever mon soutien-gorge et de regarder qui c'est qui va… Non, je le vis bien. Donc je considère quelque part que ma transition sera terminée à la fin de l'année. Il restera le côté génital. Je pense me faire opérer mais pas forcément tout de suite. Ça dépend. Des fois je suis pressée quand je me rapproche d'une amie et des fois où c'est beaucoup moins pressé parce que je me dis il y a d'autres priorités comme mes enfants par exemple. Je suis toujours un petit peu en train de faire un balancier. Sans doute qu'une fois que je serai officiellement divorcée, que je rencontrerai quelqu'un avec qui j'aurais vraiment envie d'interagir non pas en tant que femme mais en tant que lesbienne, la question du sexe se posera. Mais c'est pas lié au… Je considère pas le fait d'être opérée en bas comme un problème de genre, mais plus un problème de sexualité. C'est pas en tant que femme que je veux être opérée mais plus en tant que lesbienne. (Marielle Berliner)

Quel que soit le moment où le changement d'état civil prend place, on voit que dans tous les cas, il est associé à des transformations corporelles déjà réalisées ou en cours de réalisation mais en même temps il ne vient pas vraiment les « valider » comme dans la procédure antérieure. Cette « déliaison » permet un déroulement moins normé de la transition, certes déjà expérimenté auparavant, mais qui ne se heurte plus aux exigences judiciaires de l'irréversibilité. Au fond, les personnes demandent la légalisation de leur identité au moment où elles s'y sentent prêtes, c'est-à-dire quand elles sont véritablement engagées et sûres de leur démarche de transition, ce qui n'a pas affaire avec le fait d'avoir réalisé une opération, qu'elle soit génitale ou autre. Cela pourrait amener les juges à comprendre autrement les transformations corporelles : elles apparaissent comme un gain de confort, à la fois personnel et social, mais pas comme un gain d'identité. On n'est ni plus ni moins femme ou homme après les transformations corporelles, on est seulement plus en harmonie avec la manière dont on souhaite vivre sa féminité ou sa masculinité.

Le changement d'état civil semble aussi demandé par les personnes au moment où cela est important pour leur inscription sociale dans la mesure où il permet de combattre la vulnérabilité administrative et professionnelle trop souvent attachée à la transition.

> Avant, il fallait être opérée pour avoir les papiers. Quand on voit qu'à Lyon, par exemple, il y a trois à cinq ans d'attente, que déjà à Bordeaux, pour avoir un premier rendez-vous avec le psy, en s'y prenant en février 2017, il me fallait attendre novembre 2018, ça veut dire que l'opération avec eux aurait pu être en 2019 voire en 2020. Et que la procédure de papiers ? 2020 ? 2021 ? C'est-à-dire qu'en attendant pour trouver du taf… Pôle emploi c'est deux ans, c'est pas *ad vitam aeternam*. […] Après, si on veut aller à l'opération, on va à l'opération. Mais administrativement on est reconnu et on va vraiment pouvoir avancer. (Justine Masson)

Avoir un changement d'état civil plus précoce, a été ainsi pour les personnes rencontrées une possibilité de se réinscrire plus tôt ou plus sereinement dans le marché du travail, de reprendre des études sous la bonne identité, de ne plus être en porte-à-faux administratif et professionnel, de se marier et d'adopter un enfant ou encore de pouvoir vendre son appartement pour acheter une maison. Mais c'est aussi une possibilité de contrer, même symboliquement, les discriminations et les insultes auxquelles elles se confrontent ou peuvent se confronter notamment en cours de transition :

> [avec les documents officiels] quelque part, ça va être difficile à une personne qui me croise dans la rue en disant : 'T'es un mec.' Je lui dis : 'Regarde ma carte d'identité, c'est marqué 'Madame' ! Alors, tu me trouves moche, c'est ton problème mais arrête de me prendre pour un mec !' (Marielle Berliner)

Autrement dit, si le changement d'état civil intervient plus tôt, il n'est pas pour autant plus « fragile », c'est-à-dire susceptible d'être remis en question : pour les personnes requérantes, sa demande signe au contraire le sérieux de leur démarche et leur permet en retour une inscription sociale plus stable et solide.

Si la temporalité au regard de la transition s'est nettement transformée, c'est aussi le cas pour le délai de procédure. Toutes les personnes ont été surprises par la rapidité de traitement de leur demande même si les effets du calendrier ou de l'engorgement d'un tribunal ont pu retarder le déroulement attendu. De manière générale, on est passé d'un délai qui pouvait aller jusqu'à deux ans dans la procédure antérieure à un délai d'environ quatre mois dans celle-ci, parfois moins. Ce raccourcissement tient sans doute au fait que les preuves médicales ne sont plus exigibles et que de ce fait les trois expertises encore demandées par certaines juridictions dans le cadre de l'ancienne procédure sont désormais absentes. Certains juges se sont également montrés sensibles à la situation des requérantes, c'est le cas par exemple pour Carine Pons et Justine Masson, qui ont demandé que la date de délibéré soit avancée au regard de leur situation de demandeuses d'emploi, ce qui leur a été accordé.

3. CHANGER DE PRÉNOM EN MAIRIE OU CHANGER TOUT AU TRIBUNAL ?

Désormais, comme on le sait, deux procédures peuvent être utilisées pour modifier son état civil en raison d'une transidentité. Une requête déjudiciarisée, auprès de l'officier d'état civil de la commune de naissance ou de résidence, pour substituer aux prénoms de naissance des prénoms en adéquation avec l'identité revendiquée, et une requête auprès du TGI pour changer la mention du sexe et les prénoms (demeurés) inadéquats. Parmi les personnes rencontrées, ces deux procédures disponibles ont été utilisées pour demander une modification de leur état civil. Les choix opérés renvoient soit à la priorité accordée au changement du prénom *vs* de la mention de sexe, soit à la facilité/difficulté anticipée ou expérimentée de telle ou telle procédure ou soit encore à une position de principe sur leur intérêt respectif pour les personnes trans'.

Justine Masson et Carine Pons trouvent ainsi la procédure judiciaire mieux adaptée et plus simple puisque tout est réglé en même temps :

> [Le] changement de prénom, pour nous, c'est vraiment pas la bonne idée, c'est pas la bonne solution. Surtout que la procédure maintenant au tribunal on peut faire les deux demandes maintenant, donc c'est complètement con de faire le changement de prénom en sachant pertinemment qu'après on ira au tribunal. Si c'est pour vivre avec une carte d'identité qui a 'Monsieur Justine', ça sert à rien ! (Justine Masson)

> Le prénom on le change sur la même procédure. Je vois pas pourquoi passer en mairie. (Carine Pons)

D'autres, comme Sabine Massard et Cenydd Delerme, ont pensé faire les choses en deux étapes, d'abord le changement de prénom en mairie puisque la procédure,

simplement administrative, paraissait plus simple avant de faire modifier la mention de sexe au tribunal. Mais leur expérience en mairie les a fait changer d'avis :

> Au début, j'envisageais de faire juste le prénom. D'abord le prénom à la mairie et après le sexe au tribunal. Et quand je suis allé à la marie, ça a été du n'importe quoi. Elle voulait pas. […] Elle disait qu'elle n'avait pas encore eu la formation puis ceci puis cela. Elle trouvait toujours un prétexte. C'est aussi pour ça que je me suis dit 'autant faire le tout au tribunal'. Au tribunal aussi au début on m'a dit qu'il fallait d'abord faire le changement de prénom en mairie, puis après je leur ai sorti les textes de loi qui disent que on peut faire les deux au tribunal, et après du coup ils avaient plus rien à dire. […] [En plus] pour moi, faire le tout au tribunal d'un coup ce serait plus rapide. Et j'en avais marre. J'étais pressée. J'en pouvais plus. Et à cette époque-là aussi j'avais pour projet de revenir m'installer en métropole, et j'avais peur de pas passer la frontière… Enfin, la douane. (Sabine Massard)

Cenydd Delerme aussi s'est heurté à la méconnaissance ou la mauvaise volonté de l'officier d'état civil :

> Au départ, j'avais pensé… Parce qu'on nous met beaucoup en tête 'vous allez voir, ça va être très difficile le changement d'état civil ceci-cela, faites peut-être le prénom en attendant puisque maintenant c'est plus facile à la mairie', donc j'avais d'abord constitué un dossier de changement de prénom. Et donc il y a eu des rebondissements. Tout le monde attendait le décret, le fameux décret du prénom. Quand on allait dans les mairies, ils nous disaient qu'ils n'étaient pas au courant, qu'ils n'avaient pas de décret, qu'ils savaient pas comment l'appliquer. Après c'était 'ah on a un décret mais on sait pas' et ainsi de suite. Moi quand j'y suis allée c'était 'on a un décret mais vous comprenez on n'a pas le temps, il va y avoir des élections dans… ' C'était au mois de mars, un truc comme ça. 'Donc vous comprenez, il va y avoir des élections, revenez plus tard.' […] Moralité : je suis reparti avec mon dossier. J'ai fait : 'Merci beaucoup, je vais rajouter deux ou trois papiers, c'est le même dossier pour l'état civil et je vais tout faire au tribunal.' Et c'est ce que j'ai fait et ça s'est passé beaucoup plus simplement au tribunal parce qu'ils savent. […] Je trouve que le décret sur le changement de prénom est beaucoup moins bien conçu pour notre cas particulier (pour les trans) que le CEC. Ce qui est logique, parce qu'en fait c'est pas du tout quelque chose qui est conçu pour nous. Il se trouve que l'on peut en bénéficier mais c'est presque un heureux hasard (entre guillemets), alors que le CEC on voit bien que tout a été fait plus… C'est logique, ça ne sert qu'à nous.

D'autres ont également tenté la procédure administrative de changement de prénom pensant aussi qu'elle était plus facile et parce que, selon ce qui leur avait été dit, elle devait précéder la requête auprès du tribunal. Mais il y a également l'idée que le changement de prénom leur semblait plus important et/ou mieux s'adapter à leur situation. C'est le cas d'Alix Lacaze qui demande un changement de prénom en tout début de transition et souhaite attendre sa transformation chirurgicale pour faire le changement de la mention de sexe. C'est aussi l'avis de Pauline Ruiz qui pense que l'inscription officielle de son nouveau prénom est plus importante que le M sur ses papiers et que c'est « la première étape » de sa transition administrative :

> C'était ma première étape, c'était nécessaire et fallait absolument que ça soit fait pour le mois d'août […]. L'essentiel dans l'immédiat c'était ça parce que moi après je fais faire mes opérations et tout, pour moi dans l'immédiat… Le reste c'est jamais qu'un F ou un M, pff… Le prénom c'est plus important parce qu'après libre aux personnes de continuer à m'appeler monsieur mais monsieur Pauline c'est un peu hors des limites. (Pauline Ruiz)

Il faut dire que le prénom est, dans la plupart des cas, le marqueur « visible » de l'identité sexuée : c'est lui que la caissière du supermarché ou l'employée de la poste

identifie en premier lieu pour suggérer l'inadéquation entre l'apparence et la pièce d'identité. Mais le prénom identifie au-delà de cette seule dimension sexuée et c'est pour cela qu'il est aussi important pour les personnes concernées. Il ne dit pas seulement que vous êtes un homme ou une femme, il vous identifie en tant que personne et même en tant que personne inscrite dans un réseau relationnel :

> Moi oui [changer de prénom] c'était important parce que j'ai mis le prénom de ma maman, de ma grand-mère et d'une très bonne amie à moi. J'en ai mis 4 : Pauline, Francine pour ma maman, Wanda pour ma grand-mère et Laurence. (Pauline Ruiz).

Comme les prénoms de naissance, les nouveaux prénoms des personnes rencontrées ont été choisis avec soin et surtout ont été choisis avec ou par d'autres personnes de l'entourage. La plupart ont fait des listes et ont demandé leur avis à leurs proches ou à leurs amis. Comme Pauline Ruiz, mais d'une autre façon, Justine Masson a associé ses trois nouveaux prénoms à des proches : pour le premier, elle a fait une liste et demandé leur avis à un ami de longue date et à son ex-femme puis elle a demandé à ses deux filles de choisir le deuxième et à ses parents le troisième. Pour toutes les personnes rencontrées, le prénom est ainsi à la fois un marqueur personnel et relationnel. Le premier prénom retenu, celui qui sera utilisé au quotidien, l'a été généralement parce qu'il « allait bien » à la personne, c'est-à-dire qu'il semblait correspondre à sa personnalité et/ou qu'il faisait sens au regard de ses goûts, de ses centres d'intérêt et de ce que les autres percevaient d'elle. Quant aux autres prénoms, ils renvoient plus encore que le premier aux liens établis avec d'autres personnes notamment dans le cadre de la parenté. Louise Villatte, par exemple, qui avait demandé à ses parents de choisir son second prénom (ce qui lui a été refusé car ceux-ci n'acceptent pas sa transition), a fait une recherche généalogique et a pris le prénom d'une ancêtre : 'si je casse la famille – c'est comme ça que je suis perçue – je fais quand même perdurer quelque chose'.

4. LA DEMANDE EN MAIRIE ENTRE INÉGALITÉ DE TRAITEMENT ET APPRENTISSAGE PARTAGÉ

L'expérience des personnes qui ont fait ou tenté de faire une demande de changement de prénom en mairie est assez contrastée. Certaines ont été plus ou moins déboutées quand d'autres ont été accueillies de façon informée et respectueuse. Il faut dire que les officiers d'état civil ont été confrontés à des demandes qu'ils n'avaient pas du tout l'habitude de traiter contrairement aux juges. Ces derniers, en effet, ont dû s'adapter à la nouvelle loi mais les demandes de modification de l'état civil étaient cependant déjà de leur ressort. En revanche, pour les officiers d'état civil traiter une demande de changement de prénom et surtout devoir statuer sur sa légitimité était complètement nouveau. En outre, les formations qui leur ont été dispensées ne l'ont pas toujours été en temps voulu si bien que certaines demandes leur sont parvenues avant même qu'ils aient une vision claire de la procédure à suivre[540]. Un certain nombre de demandeurs se sont donc retrouvés « à essuyer les plâtres » avec plus ou moins de bonheur. On se rappelle les témoignages précédents de Sabine Massard et de Cenydd

[540] Rappelons cependant que le 17 février 2017, la Direction des affaires civiles et du sceau a publié une circulaire sur le changement du prénom devant être diffusée auprès des officiers d'état civil et immédiatement applicable.

Delerme mais cela a été aussi le cas pour Louise Villatte, Pauline Ruiz, Alix Lacaze et Marielle Berliner.

> J'ai fait ma demande de dossier il y a deux mois auprès de la personne en charge de ces questions ici à la mairie de […], ma commune de résidence [4300 habitants]. Ça été très simple, j'ai été très bien reçue. Ils avaient eu une formation juste une semaine avant mon dépôt de dossier. Je pensais bien qu'il y avait un dossier avec une procédure à suivre et une notice explicative. Donc compte tenu du fait que sa formation était toute fraîche, elle m'a vraiment tout bien expliqué, qu'en théorie il y avait aucune obligation de devoir prouver que je vivais bien en tant que femme, que mon expression de genre social était féminine mais que c'était quand même (on va dire) un appui supplémentaire au dossier, pour se voir plus facilement accepté le changement d'état civil, à savoir le changement de prénom. (Louise Villatte)

> J'ai fait une demande de changement de prénom à la mairie de […], j'attendais la nouvelle loi pour le faire et pas avoir à passer par un avocat. Le changement d'identité je l'ai fait… J'ai attendu un peu que ça se mette en place, je l'ai fait au mois d'août, le mois de mon anniversaire en plus, j'y tenais en fait. […] En premier lieu on va chercher un dossier… Enfin d'abord j'avais appelé pour savoir si tout était en place parce qu'entre la promulgation de la loi et son effectivité il se passe un petit laps de temps. Du coup j'ai appelé au mois de juin, j'ai demandé mon acte de naissance en juillet et j'ai déposé en août. J'y suis allée directement et là elle m'a listé les pièces, la carte d'identité, le justificatif de domicile, l'acte de naissance et les fameuses attestations de proches. La dame en question c'était son premier dossier donc elle savait pas trop non plus, elle apprenait en même temps que moi. C'était un peu comique quoi, qu'elle apprenne en même temps que moi [*rires*] à la limite j'en savais plus. Mais il y a rien de compliqué en fait, c'est juste que c'est nouveau. (Pauline Ruiz)

> Je me suis présentée [à la mairie] avec des documents. Ça s'est très bien passé. J'ai été accueillie très gentiment. J'ai expliqué mes démarches. Et donc j'ai juste amené une attestation que m'avait fait mon psy à l'époque et mon ordonnance de traitement hormonal, en expliquant que je souhaitais faire un changement de prénom du fait que j'étais une femme transgenre. Le psy a écrit qu'il me suivait en thérapie depuis deux ans pour des problèmes de dysphorie de genre. C'était à peu près dans ces termes-là et que je me faisais appeler 'Marielle' à l'époque. Dépôt du dossier en mars, accord en juin. (Marielle Berliner)

Alix Lacaze qui s'est présenté d'abord à sa mairie de naissance puis à sa mairie de résidence a pu expérimenter un traitement très inégal de sa demande. On voit aussi à travers son témoignage que même lorsque l'accueil est (ou se veut) bienveillant, la méconnaissance de la transidentité pèse de tout son poids.

> Je l'ai fait d'abord à D. dans mon lieu de naissance et ça c'est très mal passé donc je l'ai refait plus tard à V. dans mon lieu d'habitation. À D. ça s'est mal passé et à V. ça s'est super bien passé. À D. j'y suis allée, j'étais déjà sous hormones depuis le 1 août, j'y suis allée, j'ai demandé si je pouvais avoir un formulaire de changement d'état civil parce que je savais qu'il fallait avoir ce formulaire, la dame a voulu me le donner et après elle me demande 'c'est pour quoi ?', alors je dis c'est pour une question de transidentité, un changement de prénom et là elle reprend le papier et le remet dans la boite et devant tout le monde, elle commence à me dire 'ah non ça on n'a pas le droit de le faire' et que fallait que j'aie une légitimité pour pouvoir le faire. Elle criait bien devant tout le monde, il y avait plein de gens. Je commençais à expliquer, à dire qu'avec les changements hormonaux et mon genre que je veux, mon prénom va pas être adéquat, et que c'était légitime mais…. Et il y a même des gens qui sont intervenus pour dire que c'était une honte ce qu'elle disait. J'ai eu les gens

avec moi mais faut pas avoir honte… Je sais qu'il y a beaucoup de personnes transgenres qui ont même du mal à aller à la pharmacie chercher leurs hormones ou autre. Moi c'est pas mon cas mais si ça l'avait été je pense que je l'aurais mal vécu et ça aurait été une barrière encore en plus. Donc après ça ça m'a mis un coup au moral parce que je me suis dit 'ben c'était facilité puis en fait non'. Surtout que je suis tombée en face d'un cas de transphobie clair et net. Elle savait très bien cette dame que c'était possible. […] Donc je suis allée une semaine après à V. Je suis tombée sur une femme et là je lui ai demandé le formulaire en disant directement que c'était pour une question de transidentité. Elle m'a dit 'oui y'a pas de souci'. Elle a commencé à me donner le dossier, elle m'a dit 'mettez les choses nécessaires et on verra'. J'ai mis mon ordonnance d'hormones, à l'époque j'avais pas encore mon ALD avec le protocole de soins, j'ai juste mis l'ordonnance et après des attestations comme quoi on m'appelait bien par mon prénom que je souhaitais. Ma mère a fait le papier et mon ex-compagnon. Puis j'avais fait un petit paragraphe pour expliquer le motif, j'ai dit très rapidement que j'étais une personne transgenre et que mon prénom me portait préjudice. Je suis allée voir cette dame pour déposer le dossier et je lui ai dit que j'étais pressée parce que je devais partir [pour faire une formation] et le lendemain elle m'a téléphoné en disant 'j'ai votre accord'. Super gentille, très ouverte. Pourtant au départ j'étais un peu agressive parce qu'avec D… Et puis elle m'avait posé des questions déplacées 'mais vous comptez faire le bas ?' et je lui avais dit 'ça vous regarde pas et puis c'est pas une question sexuelle, c'est une question de mental, de genre'. Mais après j'ai eu la décision très rapidement.

L'autre point qui est apparu lors de l'enquête concerne le contenu du dossier et notamment le flou sur les pièces qui peuvent permettre de soutenir la légitimité de la demande. Doit-on mettre des attestations médicales ? Et si oui lesquelles ? Des factures ? Une photographie ? Des attestations de proches ? Combien et sous quelle forme ? Doit-on par exemple utiliser le formulaire nécessaire au témoignage en justice ? Ces interrogations qui vont vraisemblablement s'éteindre avec l'expérience collective progressivement acquise et partagée génèrent pour l'instant un peu d'inquiétude :

[Les] attestations, c'est là où il y a l'interrogation principale, on sait pas, parce qu'il y a pas de nombre, pas de nomenclature contrairement au changement de genre au tribunal où là c'est un cerfa [formulaire administratif réglementé édité par le centre d'enregistrement et de révision des formulaires administratifs], c'est plus ou moins normé. Là ça reste assez vague et du coup on pourrait mettre des choses plus ou moins bloquantes au final parce qu'on sait pas ce qu'ils attendent. On sait pas les enjeux. (Pauline Ruiz).

Face à cela, il semblerait que le dossier de changement de prénom déposé en mairie ait tendance à se calquer sur celui déposé pour un changement de la mention de sexe au TGI. Plusieurs personnes ont d'ailleurs dit qu'elle fournirait le même, juste un peu plus fourni au tribunal parce que complété par de nouvelles pièces non disponibles au départ mais aussi par des pièces semblables mais en plus grand nombre (notamment les attestations de proches).

5. LA PROCÉDURE JUDICIAIRE : EXPÉRIMENTER LES NOUVELLES DISPOSITIONS ET DÉMÉDICALISER LA REQUÊTE

Le premier point qui tranche avec la procédure antérieure, c'est le fait de ne plus être dans l'obligation de passer par un avocat et de pouvoir présenter seul·e une requête. Les choix opérés par les personnes rencontrées montrent des différences notables :

certaines tiennent à la présence de l'avocat, d'autres non. Ces choix font intervenir le niveau des ressources financières, culturelles et sociales des personnes. Certaines personnes ont peu de moyens financiers pour payer un avocat mais peuvent mobiliser des compétences culturelles qui leur permettent de rédiger seule une requête auprès du tribunal. D'autres comptent plutôt sur les ressources de leur réseau social et notamment sur les associations de soutien aux personnes trans' qui vont pouvoir indiquer un avocat engagé (aux tarifs peu onéreux ou qui va prodiguer ses conseils sans présenter lui-même le dossier) ou vont proposer des modèles ou des exemples de requêtes déjà déposées.

> C'est vrai que je me dis que c'est quand même un dossier qui est très complexe, qu'on ne maitrise pas toutes les lois, qu'on ne maitrise pas toutes les subtilités par rapport au procureur, par rapport à la présidente de… Moi ça me rassure en tout cas de passer par un avocat. (Justine Masson)

> Je me sentais pas de sortir 2 000 euros. Ça aurait été pénible. J'aurais dû attendre pour… attendre d'économiser. Sachant que je venais de faire ma mammectomie juste avant – qui n'est pas gratuite non plus – ça faisait un peu beaucoup de tout payer d'un coup. (Cenydd Delerme)

Sabine Massard est à la fois satisfaite de n'avoir pas pris d'avocat car elle avait peu de moyens et son dossier est passé sans problème mais en même temps elle regrette de ne pas avoir eu de soutien pendant l'audience :

> Non, j'ai fait sans avocat parce que j'estimais qu'il n'y en a pas besoin. Bien m'en a pris finalement ! C'est bien inscrit dans la loi qu'on n'a pas besoin d'un avocat. Je voulais y aller avec le strict minimum. […] mais en attendant, je crois que finalement si j'avais eu les moyens j'aurais pris un avocat ne serait-ce que pour avoir une béquille. Y aller toute seule, c'était pas évident. Et j'étais vraiment toute seule en plus [sans ses proches qui n'avaient pu se déplacer].

La rédaction des requêtes est elle aussi assez disparate et relève de choix qui prennent en compte à la fois, les habitudes et formulations judiciaires, les attentes supposées des juges mais aussi des positions de principe sur ce que l'on souhaite ou ne souhaite pas dire. Si toutes les requêtes comprennent ainsi une partie où sont rappelés les problèmes liés à l'inadéquation entre la présentation sociale et les papiers d'identité (avec des exemples à l'appui), elles peuvent prendre cependant des formes finalement assez contrastées. Certaines requêtes vont ainsi mettre plutôt en avant la transition médicale parce qu'elle a été réalisée dans une forme « classique » qu'on pense conforme aux attentes supposées des juges. D'autres vont plutôt insister sur un parcours biographique sans référence à la transition médicale (éventuellement réalisée) parce que cette dimension n'est désormais plus nécessaire et surtout relève de la vie privée. D'autres enfin vont rejeter les deux formes précédentes en ne s'en tenant volontairement qu'à l'inadéquation entre « vie » et « papiers » normalement suffisante pour légitimer la requête :

> [J'ai vu sur un site] un modèle de requête qui était à moitié requête, à moitié biographie. Ça, ça me plaisait pas trop parce que… On voyait que la personne était rentrée dans une dynamique 'déjà tout petit je jouais aux G.I. Joe et ainsi de suite et ainsi de suite et j'étais très malheureux avant et maintenant j'ai plein d'amis', et des attestations des amis qui disent 'ah oui oui maintenant qu'il a une barbe il a plein d'amis'. Moi ça me choquait un petit peu. Même beaucoup en fait. Même énormément en réalité ! […] Pour moi je me suis dit : 'Pourquoi je demande une carte d'identité avec le bon nom et le bon sexe ? Parce que c'est pénible au quotidien.' En fait c'est ça qu'il faut dire. […] Moi j'ai parlé des

problématiques : 'Bientôt je souhaite déménager, vendre mon appartement, acheter une maison…' Je vais pas me pointer chez le notaire… Déjà ça va être compliqué parce l'acte de vente est au nom d'avant, ça va être rocambolesque. J'ai pas envie d'acheter une maison avec mon état civil ancien, par exemple. Avec ma compagne on veut se marier. Techniquement, on peut se marier avec le « 2 » mais tant qu'à faire autant que je me marie avec le bon nom. Des tas de choses comme ça et des choses aussi basiques. […] Après, objectivement, je critiquerai jamais les personnes trans' qui vont choisir de faire une biographie comme ça. Moi, je vais être très honnête, j'estime que tous les moyens sont bons. Pour chaque personne. C'est tellement pénible. C'est tellement dur. Et c'est tellement aléatoire. 'Mettez tout ce que vous voulez. Faites comme vous voulez.' (Cenydd Delerme)

Ce pragmatisme est assez largement partagé et chacun s'attache effectivement à monter le dossier le plus solide possible en essayant de préserver au maximum ses conceptions (quant à ce qui constitue une transition) ainsi que le principe de démédicalisation jugé par tous comme étant fondamental. Cet équilibre, pas toujours simple à trouver, a des effets *a priori* paradoxaux sur la démédicalisation de la requête. À première vue, en effet, il semble que certains dossiers sont « remplis » de pièces médicales (pourtant non nécessaires) alors que d'autres en sont « vidés ».

J'ai tout enlevé. Mon dossier est un dossier militant. C'est facile ce que j'ai mis, ça se résume à ça : j'ai fourni mon acte de naissance (je suis obligée, ça c'est obligatoire), ma carte d'identité (encore une fois, c'est obligatoire), mon consentement libre et éclairé (pour dire que je veux faire la requête), mon attestation d'hébergement (pour dire que je vis là où je vis) et j'ai fourni deux certificats (deux attestations de proches : ma copine et un copain). Et c'est tout ! […] En gros, je raconte un peu ma vie mais rien de médical ». (Raphaëlle Anbriot)

En réalité, en discutant avec les personnes rencontrées sur le contenu de leur dossier et les raisons qui les ont amenées à y inclure telle ou telle pièce, on s'aperçoit que tous les dossiers, sans exception, sont démédicalisés. Aucun dossier, en effet, ne comprend l'ensemble des pièces médicales dont les personnes disposent ou dont elles pourraient disposer. Un tri est effectué qui permet de « solidifier » le dossier et de donner de la force à la requête tout en préservant des éléments de la transition que toutes les personnes considèrent relever de leur vie privée.

Certaines personnes vont ainsi faire le choix de mettre une attestation de « psy » parce que celle-ci ne dit rien des transformations corporelles qu'elles ont pu faire et préserve leur vie privée ; ou bien parce que cette attestation est rédigée d'une façon relativement neutre sans mention des catégories nosographiques classiques jugées inadéquates et discriminantes ; ou encore parce que le « psy » qui les suit durant leur transition n'a jamais posé de diagnostic ni proposé d'évaluation mais s'est plutôt positionné comme un soutien face aux difficultés rencontrées. En faisant ce choix, les requérants tablent sur la force, autrefois avérée, du « syndrome transsexuel » qu'ils pensent toujours rassurant pour les juges. D'autres personnes au contraire vont refuser totalement de produire ce type de pièces car cela renvoie, nécessairement pour elles à une désignation psychiatrique inacceptable ou encore parce qu'elles ont eu une expérience traumatisante avec un ou des « psys » consultés [consultation souvent nécessaire pour l'obtention d'hormones]. Elles ne méconnaissent pas sa force, bien au contraire, mais elles ne peuvent se résoudre à y recourir.

Certaines personnes vont, quant à elles, présenter des pièces ou des attestations qui témoignent de certaines des transformations corporelles qu'elles ont réalisées mais jamais de la totalité d'entre elles. Ce sont généralement des attestations d'endocrinologues, de dermatologues (épilation laser), d'orthophonistes ou de chirurgiens. La prise d'hormones est la chose la plus couramment attestée peut-être parce que c'est l'un des premiers moyens de transformation physique utilisés, peut-être aussi parce que c'est quelque chose qui est déjà en partie public (au moins connu d'un pharmacien), peut-être aussi parce que, depuis la circulaire de 2010, les tribunaux considéraient le traitement hormonal comme relevant de l'irréversibilité. L'hormonation aurait ainsi un certain poids tout en n'empiétant que modérément sur le respect de la vie privée. Pour ce qui concerne la chirurgie, il semble exclu pour les personnes de justifier d'une éventuelle chirurgie génitale et on peut probablement penser que c'est une pièce qui va disparaître des dossiers alors même qu'auparavant, elle était centrale. En revanche, les chirurgies dites plastiques apparaissent dans certains dossiers et la visibilité de leur résultat semble pouvoir expliquer cette présence : celle-ci les fait sortir du domaine de l'intime (où reste cantonnée en revanche la chirurgie génitale) et donc ne contrevient pas au respect de la vie privée. C'est par exemple ce qu'explique Cenydd Delerme :

> J'ai mis l'attestation de l'endocrinologue et du chirurgien pour la mammectomie. Ma logique c'était : 'Je vais les mettre parce que de toute façon ça se voit.' […] Par contre, le juge ne sait pas si j'ai eu une hystérectomie ou pas, si j'ai eu quoi que ce soit d'autre ou pas. Tout ce qui se voit pas, j'ai estimé que j'en parlerai pas : ça vous regarde pas et c'est pas dans la loi. Donc ça par contre, c'était hors de question, et si on m'avait posé la question je n'aurais pas répondu. J'aurais dit : 'Je vois pas le rapport.' Pareil, j'ai mis aucun papier de psychiatre. […], j'ai mis l'endocrinologue qui dit juste 'oui c'est un monsieur et je le suis parce que c'est un monsieur'. Voilà. Le chirurgien qui dit 'j'ai opéré ce monsieur'.

Sabine Massard en revanche n'a rien mis de médical mais elle dit compter sur son *passing*[541], ce qui est finalement une position assez proche. En tout cas c'est un choix qui prend aussi en considération la force de « la preuve par le corps » dans les attentes supposées des juges :

> J'ai attendu d'avoir le meilleur *passing* possible parce que je sais que même avec la nouvelle loi, ça entre en ligne de compte même si officiellement ça devrait pas être le cas. Je voulais mettre toutes les chances de mon côté, sauf la médicalisation. Sachant que la nouvelle loi ne le demandait plus, je n'ai fourni aucune pièce de ce côté dans mon dossier. Je ne parle d'absolument rien de médical. […] Ni psychiatre, ni endocrino, ni médecin généraliste. Rien du tout. […] Pour moi c'était important. Je refusais qu'il y ait le moindre élément médical dans ce dossier parce que je savais que j'avais peu de chances que mon cas soit refusé parce que je suis favorisée comparée à d'autres, j'ai le *passing* qui va bien donc je voulais me servir de ça pour essayer de faire un peu jurisprudence à […] et de faire en sorte que les juges s'habituent à ce qu'il n'y ait aucun élément médical dorénavant. […] Si j'avais pas eu un *passing* attendu par la société, je sais pas trop si j'aurais pu me permettre de faire ça. Pour moi c'était une manière d'essayer de donner un coup de pouce aux personnes qui ont choisi de ne pas faire de transitions médicales ou qui ont moins de chance que moins au point de vue du passing (entre guillemets).

[541] Ce terme réfère à la capacité d'une personne à « passer pour » ou à être considérée comme un homme ou une femme cisgenre.

Ce qu'on peut retenir de ces arbitrages, c'est d'abord qu'il n'y a pas d'adéquation entre le poids médical d'un dossier et les formes prises par la transition : un dossier « non ou peu médical » ne correspond pas nécessairement à une transition qui ne l'est pas. Par ailleurs, le principe du respect de la vie privée ou mieux encore celui de la préservation de l'intimité corporelle est primordial et oriente les choix opérés par les personnes. Enfin, les pièces médicales versées, voire même le *passing*, sont là pour répondre aux attentes anticipées des juges dont on pense qu'ils ne se sont pas encore affranchis de l'irréversibilité antérieure. Il semble cependant qu'on attende d'eux un changement d'habitude et notamment qu'ils prennent acte du fait que la demande même de changement de l'état civil, avec tout ce qu'elle suppose comme effets administratifs et sociaux, est finalement la preuve véritable d'une volonté d'inscription durable dans un genre autre que celui assigné à la naissance.

Les autres pièces fournies dans les dossiers sont, comme suggéré dans le décret d'application, des factures ou des justificatifs d'abonnement et des témoignages de personnes attestant d'une présentation et d'une vie dans le genre revendiqué. Outre les pièces médicales, ces témoignages sont ceux qui suscitent le plus de discussion. Ils ne sont, en effet, pas toujours aussi simples à réunir qu'on aurait pu le penser au premier abord et ce pour plusieurs raisons. En premier lieu, parce que du fait de leur transition, les personnes peuvent être en rupture familiale, professionnelle voire même sociale si bien que le nombre de personnes qui les connaissent ou les côtoient peut être parfois assez limité. Par ailleurs, la démarche même de la quête de témoignages n'est pas toujours simple : elle suppose de demander à des proches (qui peuvent se sentir contraints) ou encore à de simples connaissances de témoigner en votre faveur et il s'agit en outre de leur demander de le faire sur le formulaire CERFA n° 11527-02 qui est « engageant » puisque non seulement il s'agit de copier une mention manuscrite obligatoire (« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait d'établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexacts ») mais surtout de fournir une copie d'une pièce d'identité. Enfin, les gens mobilisés n'ont pas toujours l'idée ou la volonté de rédiger rapidement leur témoignage, ce qui peut retarder le dépôt de la requête.

Brigitte Adami, par exemple, qui est divorcée, qui n'a plus de contact avec sa famille, ne voit plus ses amis d'autrefois et est en invalidité, pensait mobiliser quelques connaissances. Elle ne souhaitait pas faire cette demande à ses voisins, mais avait plutôt pensé à la femme de ménage de son immeuble, à quelques commerçants de son quartier et à son pharmacien sans savoir comment sa demande serait reçue. Mais lorsqu'elle a appris que ces personnes devaient témoigner en donnant une copie de leur pièce d'identité, elle s'est dit qu'il allait être difficile de réunir les témoignages nécessaires. Pour Justine Masson, qui a réuni le témoignage de ses deux parents puis ceux de simples connaissances, les choses n'ont pas non plus été si simples :

> J'ai fourni une dizaine d'attestations de personnes, que je ne connaissais pas mais qui me côtoyaient au quotidien. Des personnes neutres. Le plus dur, ça a été de dire à ces personnes : '– Est-ce qu'il vous serait possible de me faire une attestation ? – Ben pourquoi ? – Je suis en transition, je vais devenir une femme. – Ah ?' [*rires*] Donc il faut réussir au début à passer outre le regard des gens parce que ce sont des gens qu'on ne connaît pas, et à qui on va demander quand même pour nous un gros service. C'est quelque chose qui est important pour nous. Le truc c'est que je me suis retrouvée face à des gens qui étaient tellement impressionnés par le parcours administratif, par tout ce qu'il

fallait faire, que pas un seul n'a refusé, pas un seul n'a hésité à me faire une attestation et des trucs qui sont des fois très beaux ».

Cenydd Delerme qui a plutôt sollicité des proches n'a pas, pour autant, trouvé cette démarche facile :

> Bon, ma compagne évidemment a mis une attestation. Mais à part ça, je sentais que ça pouvait être potentiellement problématique, zéro attestations 'famille'. Parce qu'en général, l'exemple qu'on donne c'est : famille, amis, cercle professionnel. Super ! Amis, j'en ai très peu parce que j'en veux très peu et je suis très asocial comme je vous disais. Famille ? Pas de bol… [*sa famille l'a rejeté*] ! Et cercle professionnel ? Je travaille à mon compte, chez moi en dématérialisé complètement. Je ne travaille qu'avec des gens qui ne m'ont jamais vu. C'est pour ça que je comptais sur mon ex-belle-sœur qui est la seule personne que je fréquente encore vaguement, comme ça ça fait style 'un peu la famille quand même'. […] Je voulais quand même une certaine… logique et une certaine sincérité aussi. Je me voyais pas solliciter des gens avec qui en fait j'ai pas tant que ça de relations, et j'aurais pas compris… Je trouve ça déplacé.

La plupart des témoins sollicités n'ont que peu d'idée sur ce qu'il convient d'attester, c'est pourquoi les personnes rencontrées leur prodiguent des conseils mais sans jamais contraindre leur témoignage. Louise Villatte qui a demandé un témoignage à des amies, deux collègues de travail et sa compagne leur a donné une consigne plutôt sobre:

> Mettez ce que vous voyez. Vous m'avez connu en tant que S. maintenant vous me connaissez en tant que Louise. Voilà. Pas besoin de faire un roman. Mettez la réalité des choses.

Justine Masson a aussi proposé des indications simples aux connaissances qu'elle a sollicitées:

> Moi ce que je leur ai dit c'est que tout simplement il faut expliquer ce que vous avez vu, comment vous me connaissez. Il n'y a pas besoin d'en faire des tonnes. Il n'y a pas besoin de faire du chichi. Juste besoin de dire les choses. […] Vous faites comme vous voulez. Tout ce que je vous demande c'est d'expliquer que vous me voyez en femme au quotidien, qu'il n'y a pas de subterfuge. Qu'il n'y a pas de mensonge dans ce que je fais. C'est vraiment ma démarche.

Les conseils fournis par certaines associations de support vont dans le même sens, il s'agit d'attester de façon sobre et personnalisée que la personne se présente et est connue sous l'identité revendiquée.

6. L'AUDIENCE ET SON VÉCU : LE JEU RELATIONNEL DU GENRE

L'audience, pourtant généralement très courte, est un moment capital qui est à la fois attendu avec impatience mais également redouté. Même si les personnes savent que le jugement sera mis en délibéré, elles sont conscientes du fait que l'audience est décisive. Elles s'y préparent donc avec une certaine attention notamment pour ce qui concerne la présentation de soi. Elles anticipent, en effet, l'attente des juges quant à leur *passing* pressentant que celui-ci va entrer en ligne de compte dans la prise de décision. Comme on l'a déjà suggéré, la présentation de soi semble se donner ici comme l'équivalent des pièces médicales venant attester que le changement d'état civil demandé repose bien

sur une transformation corporelle avérée. Ce que suggère d'ailleurs la mention suivante dans un jugement récent :

> « À l'audience, le requérant s'est présenté sous des traits masculins notamment avec un bouc. Ces éléments établissent que le requérant est inscrit depuis plusieurs années dans une démarche de transformation de son apparence physique et que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel il se présente et dans lequel il est connu. » (TGI d'Évry, 9 octobre 2017)

En dernier ressort, les personnes pressentent que cette « preuve par le corps » reste fondamentale qu'elle soit médicalement garantie (par des attestations) ou perceptiblement certifiée à l'audience (par la présentation). Et si elles ne souhaitent généralement pas cautionner les stéréotypes de genre pour des raisons de principe fort compréhensibles, elles s'attachent tout de même à répondre au mieux aux attentes présupposées en matière de présentation sexuée. Chaque personne joue évidemment cette partition à sa façon mais on pourrait résumer le mot d'ordre général de la façon suivante : ni renforcement des stéréotypes, ni provocation inutile mais un jeu conscient et mesuré (si tant est que cela ait du sens) de la féminité ou de la masculinité.

> J'y suis allée comme je suis aujourd'hui, habillée de manière féminine. J'ai failli provoquer les choses, en me disant 'et si j'y allais habillée de manière androgyne, plutôt butch' mais bon je sais pas… J'avais pas envie de… Avec le dossier que j'avais [*sans pièce médicale*]. (Sabine Massard)

> [Même] quand on est très militant, qu'on est très en pointe sur les trucs de genre, on se pose la question. D., par exemple, elle s'est quand même dit 'est-ce que j'ose y aller en pantalon' et elle a mis une jupe. Le fait est qu'elle porte les deux [au quotidien]. C'est pas qu'elle s'est déguisée en jupe ce jour-là ! Mais c'est super frappant qu'on se pose tous des questions comme ça. (Cenydd Delerme)

En contrepoint de cette attention à leur présentation, les personnes se montrent très sensibles aux marques d'adresse qui leur sont renvoyées. Non pas parce qu'elles espèrent une validation éventuelle de leur *passing* et donc de leur identité (rappelons qu'elles vivent sous cette identité au quotidien et qu'elles ne viennent pas chercher ici une quelconque approbation) mais plutôt parce qu'elles attendent, dans le cours de cette audience cruciale, un signe de considération respectueuse à la fois de leur requête et de leur personne. Dans ce cadre cérémoniel qu'est l'audience, elles attendent une sorte de tact judiciaire. Et c'est par le biais de l'usage adéquat de la civilité que cette politesse est évaluée : comment va-t-on être nommé·e, comment va-ton être appelé·e ? Ceci est important durant l'audience mais aussi pendant l'attente qui la précède car cet espace-temps préalable est largement public (plus que l'audience qui se tient généralement à huis clos), et la forme qu'y prend l'adresse peut alors verser dans l'outrage et l'humiliation.

Pour l'audience, les personnes sont, en effet, convoquées de façon collective à la même heure et sont appelées les unes après les autres si bien que l'attente peut être longue mais surtout qu'elle se fait en présence de beaucoup de gens. Ces conditions ne sont pas problématiques en soi mais elles génèrent, par anticipation, une angoisse trop bien connue : celle du « mégenrage » et donc d'un énième « outing » public. Certains greffiers en effet, peut-être insuffisamment attentifs ou bien attachés à l'identité officielle, utilisent la civilité associée à l'assignation de naissance pour appeler les personnes comme cela a été le cas pour Justine Masson :

Je suis passée au Tribunal mardi dernier. Dans la salle d'attente, ultime humiliation, on m'appelle tout fort 'MONSIEUR MASSON !'… Et voilà c'est fait ! Un paradoxe quand on sait pourquoi on est là... Ils pourraient, puisque 'madame' n'est pas officiel, nous faire appeler discrètement par notre avocat... Mais bon, c'est un autre problème.

Les autres personnes rencontrées ont été au contraire plus qu'heureusement surprises du respect qui a pu leur être témoigné sur ce point qui est, comme on l'a dit, loin d'être anecdotique.

Même la convocation, ils en étaient à 'Monsieur'. Je me suis dit : 'Ce sont quand même des gens qui ont pris la peine de mettre la bonne civilité et de ne pas mettre le prénom féminin.' Ma convocation c'était 'Monsieur' et quand je suis arrivé, la greffière est sortie… Il y avait plusieurs personnes, même. Donc elle est sortie pour vérifier que toutes les personnes qui étaient convoquées étaient bien là, et donc moi elle me fait : '– Monsieur Delerme ? – Oui ? – C'est pour la rectification d'acte ? – Oui.' J'ai trouvé ça très très bien. Mais très très bien. [Strictement parlant il ne s'agit pas d'une rectification d'acte d'où l'habilité courtoise soulignée ici.] Et vraiment, et je suis rentré, là il y avait la greffière et la juge rapporteuse j'imagine (je ne sais pas) qui m'ont dit 'Monsieur' tout le long. […] J'ai été agréablement surpris. Vraiment. Super respectueux, du début à la fin. (Cenydd Delerme)

Moi la procureur, j'étais impressionnée. Respect de la civilité du début jusqu'à la fin. Présentation du dossier, je suis restée bouche bée. Les motivations qu'elle a dit aux juges, par rapport à mon dossier, elle les a embellies en quelque sorte. Mais j'étais là. 'Ok, il y a rien à dire. Elle a dit ça bon voilà.' L'audience a été rapide. Elle a duré dix minutes. Elle s'est très bien passée. Certes, j'ai attendu toute une après-midi pour dix minutes mais bon qu'est-ce que c'est dix minutes pour quelque chose qu'on attend depuis un moment. (Carine Pons)

J'ai passé une heure à attendre et à me morfondre… Alors qu'en temps normal j'y vais plutôt bille en tête et je suis assez sûre de moi mais là j'en menais pas large mais vraiment plus du tout. J'ai même failli pleurer dans le couloir. […] J'ai été mégenrée sur le courrier de convocation, ça ça m'a bien fait chier mais j'ai supposé qu'ils avaient pas le choix. Par contre, quand j'attendais que le greffier vienne me cherche dans le couloir… Toutes les personnes avant moi c'était 'Monsieur Untel', 'Madame Untel' et quand c'est arrivé à moi ça été juste Massard, ni monsieur ni madame, ni mon prénom, juste mon nom de famille. Et puis là j'ai dit : 'Tiens, tiens !? C'est sympa ça ?!' […] Et la juge a été très très bienveillante. Elle m'a parlé au féminin du début à la fin. Je pense que ça se voyait que j'étais angoissée. En sortant, je me suis effondrée sur une chaise dans le couloir et je me suis mise à pleurer. (Sabine Massard)

7. DU JUGEMENT AUX NOUVEAUX PAPIERS

Après l'audience, c'est l'attente : d'abord du jugement puis des quinze jours de délai d'appel et enfin de sa transcription sur l'acte de naissance. Ces différents temps sont vécus avec une certaine impatience surtout qu'ils peuvent être plus ou moins longs, notamment la transcription dont les délais peuvent être très élastiques selon la commune de naissance. Avec la disposition d'un extrait de l'acte de naissance modifié, le « marathon des papiers » comme l'a appelé Justine Masson va pouvoir commencer. Il ne s'agit pas en effet d'obtenir seulement de nouveaux « papiers d'identité » au sens strict du terme (carte d'identité, passeport, permis de conduire notamment) mais de modifier la multitude des « identités de papier » (ou de plastique) qui nous permettent de vivre et

de faire valoir nos droits : numéro d'INSEE, Sécurité sociale, diplômes, impôts, comptes bancaires, abonnements divers et variés, contrat de travail, etc. Comme la réception du jugement et de l'extrait d'acte modifié, la réception de ces multiples papiers (et notamment de la carte d'identité) sont des moments de joie généralement partagé avec les amis et les proches.

Dans ce moment d'effervescence administrative, certaines personnes utilisent même le jugement, sans attendre l'extrait d'acte de naissance, pour faire modifier plus rapidement leurs papiers. Peu leur importe alors de faire valoir une pièce qui motive leur changement d'identité puisqu'il va en résulter justement une stabilité qu'elles souhaitent parfois depuis longtemps. En revanche, au-delà de ce moment initial, la divulgation éventuelle du changement qu'elles ont réalisé et surtout de leur ancienne identité est très mal vécue parce qu'écornant le droit au respect de la vie privée. Et les demandes d'extraits d'acte de naissance – qui sont nécessaires pour différentes démarches – sont ainsi toujours potentiellement des moments de fragilisation. Patricia Coutellier, par exemple, qui a obtenu un changement d'état civil en 2011 et qui dépend du service de l'état civil de Nantes car elle est née en Belgique, a eu la désagréable surprise de recevoir un extrait ainsi formulé :

« Extrait d'acte de naissance de Adrien, Joseph, Marie Coutellier

Le XXX est née à XXX (Belgique)

Patricia, Adrienne, Marie Coutellier

de sexe féminin

de XX et de XX

Extrait délivré à Nantes le 27 avril 2017 »

Ainsi six ans après son changement d'état civil, une rédaction peu judicieuse permet au destinataire de l'extrait d'acte de savoir qu'elle a réalisé une transition, ce qui ne respecte pas ou très mal son droit au respect de la vie privée. Pour les personnes rencontrées, cette question est également très sensible pour ce qui concerne leurs proches, notamment leurs enfants et leur conjoint·e qui peuvent également voir leur état civil modifié.

8. LA MODIFICATION DE L'ÉTAT CIVIL DES PROCHES : UNE QUESTION ÉPINEUSE

Selon la loi J21, le changement d'état civil n'est pas rétroactif c'est-à-dire qu'il ne modifie pas les liens de filiation ou les liens conjugaux préalablement établis. Mais si les personnes concernées le consentent, le changement d'état civil d'une personne trans' peut être porté sur son acte de mariage et les actes de naissance de ses enfants nés avant la modification. Ce qui permet ensuite d'obtenir un nouveau livret de famille et de pouvoir faire valoir son statut matrimonial et surtout son statut parental au quotidien.

Pour ce qui concerne le mariage, les conjointes de trois femmes rencontrées ont manifesté leur souhait que l'acte de mariage ne soit pas modifié. Il semble que ce souhait n'ait pas seulement affaire avec le désir de maintenir ou au contraire de rompre le mariage, en effet, si dans deux cas, un divorce est en cours suite à la transition, dans le troisième, au contraire la continuité de l'union est souhaitée. Il n'a pas été possible, dans

le cadre de l'enquête, d'interroger les conjointes en question mais les entretiens réalisés avec les femmes trans' concernées suggèrent que cette modification pourrait avoir un caractère discriminatoire ou en tout cas génère de l'inconfort. Pour les conjointes cisgenres qui ont demandé le divorce, il ne semble pas envisageable de modifier un acte au moment même où il est remis en question. Il paraît important de divorcer de « l'homme » que l'on a épousé plutôt que de la femme qu' « il » est désormais alors même que c'est sa transition qui est la raison de la rupture. Dans ces deux cas où le désamour n'est pas véritablement en question, il se pourrait aussi qu'on ne souhaite pas qu'une mention marginale pérenne vous désigne comme l'ex-femme d'une personne trans'. Pour la conjointe qui demeure mariée, il se pourrait également que cette officialisation du changement sur des actes qui la concernent – qui suppose de fait une dissémination administrative – soit inconfortable puisque nécessitant d'assumer le fait d'être mariée à la fois à une femme et à une personne trans'. Cette difficulté, en tout cas, semble suffisamment présente pour que la requête pour le changement d'état civil mentionne explicitement ce refus de modification (alors que la loi prévoit au contraire un consentement pour qu'il ait lieu).

Cette modification des actes des proches est cependant plus cornélienne encore pour ce qui tient au lien de filiation car les personnes rencontrées se sont retrouvées face à un dilemme : soit demander la modification de l'état civil de leur enfant (notamment mineur) et le désigner pour le reste de sa vie comme « enfant de trans' » le soumettant à d'éventuelles discriminations ; soit ne pas faire modifier cet état civil mais avoir des difficultés à faire valoir au quotidien son statut parental, puisque l'inadéquation entre l'identité portée sur le livret de famille (découlant de l'acte de naissance de l'enfant) et l'identité désormais acquise peut obliger le parent trans' à révéler sa transition pour faire valoir ses droits et son autorité parentale. Une difficulté qui peut être redoublée en cas de rupture ou de conflit avec l'autre parent.

Certaines personnes rencontrées ont fait ainsi un choix difficile, toujours insatisfaisant, quand d'autres tournent encore les choses dans leur tête. Justine Masson a privilégié le confort de ses deux filles adolescentes en continuité avec sa décision de déménager de la petite ville où elles habitaient en famille dans le but de leur éviter d'être confrontées à d'éventuelles discriminations liées à sa transition :

> Puisque normalement, chaque changement d'état civil apparaît sur l'acte de naissance des enfants. Il faut, pour que ça n'apparaisse pas, faire une demande au procureur, une demande de dérogation pour que justement ça n'apparaisse pas. Donc j'ai joint cette demande au procureur en expliquant que j'avais pas envie que mes filles aient à justifier, à chaque fois qu'elles demandent ce document, que leur père est devenu une femme.

Carine Pons et sa femme ont décidé également de ne pas faire modifier les actes de naissance de leurs enfants (7 et 9 ans) peut-être (r)assurées par leur entente matrimoniale et la reconnaissance déjà acquise de leur statut parental à l'école primaire :

> Là on a préféré nous que ce soit les enfants à leur majorité qui peuvent le faire, savoir s'ils veulent sur leur extrait d'acte de naissance ou le livret de famille, s'ils veulent le changement d'état civil. C'est à eux de prendre la décision. C'est pas à moi à forcer les choses. […] Moi ce que je voulais obtenir dans un premier temps c'est mes papiers de ma vie quotidienne. C'est tout. Un livret de famille, c'est vrai qu'on ne le présente pas aussi tous les jours, à part sur une inscription peut-être au collège. Mais bon, on n'y est pas encore.

A l'inverse Sabine Massard a demandé la modification de l'état civil de son fils, angoissée à l'idée de perdre ses droits parentaux :

> [Avec] mon fils [12 ans], j'ai souhaité faire une demande de changement d'état civil sur son acte de naissance, tout simplement parce que je voulais pouvoir continuer à prouver que j'étais bien son parent, sinon il n'y avait plus aucun lien et je sais pas ce qu'il peut se passer par la suite mais le truc qui me fait peur, c'est qu'on me retire mes droits parentaux sous prétexte que j'existe plus ou je ne sais pas, enfin un truc dans le genre. Donc pour ça c'était un peu plus compliqué. Il fallait que je fasse une demande au tribunal de grande instance du lieu où lui il est né. Chose que j'ai faite. Et c'est toujours en cours. *A priori*, ça a été fait au tribunal mais ça n'a pas été reporté à la mairie. […] Les gens ont peur que si d'autres personnes apprennent que le parent de l'enfant est trans', que ça se répercute sur lui. Je sais pas trop. Franchement. J'ai pesé le pour et le contre. Je me suis dit on sait jamais ce qui peut arriver dans le futur et j'avais trop peur de plus avoir de liens parentaux avec lui.

Raphaëlle Anbriot a contourné la difficulté en choisissant d'attendre son changement d'état civil pour que les différents actes impliquant sa fille puissent être rédigés sous son identité féminine comme elle le mentionnait d'ailleurs dans sa requête au TGI, en soulignant cependant la prise de risque que cette « attente » avait constituée :

> « Malgré l'absence de cohérence entre son état civil – la mention du sexe – et son identité de genre, Raphaëlle[542] Anbriot réussit ses études, ses stages, a des emplois « alimentaires » en parallèle de ses études et rencontre X. avec qui elle s'installe et fonde une famille homoparentale en réalisant une PMA en Belgique. De cette union nait Juliette le X. Afin de protéger la vie privée de sa fille en évitant de mentionner qu'une de ses parents est une personne transidentitaire sur son acte de naissance, Raphaëlle Anbriot décide de ne pas la reconnaitre avec son état civil masculin mais d'attendre d'obtenir la modification de la mention du sexe à l'état civil pour se marier avec X. et ensuite réaliser une adoption intrafamiliale. Cependant, le temps de réaliser toutes ces démarches, Raphaëlle Anbriot prend plusieurs risques. Le risque de la rupture avec X. ce qui laisserait Raphaëlle Anbriot avec très peu de recours pour continuer à voir sa fille et le risque pour Juliette de devenir orpheline au cas où il arriverait un malheur à X. Il en découle que Raphaëlle Anbriot n'a pas, non plus, l'autorité parentale sur Juliette entrainant nombre de tracasseries administratives au quotidien. » (Requête auprès du TGI de Paris enregistrée le 12 juillet 2017)

Marielle Berliner enfin qui n'a, pour l'instant, fait que le changement de prénom est inquiète à propos de l'état civil de ses deux enfants :

> Ils m'ont demandé certains documents et notamment les états civils de mon épouse et de mes enfants, ainsi qu'une copie du livret de famille. Et ça c'était un sujet un peu litigieux avec mon épouse. Je vous le cache pas. Ça l'est toujours quelque part. Parce qu'effectivement le changement de prénom va être effectué sur tous ces documents. Et ça, ça me pose un problème actuellement très clairement. Quand les lois de modernisation de la justice – que j'ai suivies de très près – sont passées, j'avais remarqué qu'effectivement, si on changeait de prénom, les états civils des enfants et conjoints étaient modifiés, mais pas si on changeait de genre devant le TGI. Et je me suis posé la question est-ce que je ne vais pas attendre et faire un changement de genre au niveau du TGI, mais dans mes démarches, ça nécessitait trop de travail, trop de temps. […] Mais il est probable que quand je ferai le changement de genre, j'en touche un mot lors du passage

[542] Elle avait obtenu un changement de prénom par un jugement antérieur à la loi J21.

au tribunal, que mes enfants ne souhaitent pas être identifiés comme enfants de personne transgenre.

On aura pu remarquer aussi à travers ces témoignages que les personnes rencontrées n'ont pas toujours le sentiment d'être bien ou suffisamment informées sur les dispositions concernant l'état civil de leurs proches et surtout sur les démarches qu'il convient de réaliser en la matière.

9. COMMENT FAIRE ÉVOLUER LA PROCÉDURE : DÉJUDICIARISER OU CESSER D'ÉVALUER LES PERSONNES ?

La loi J21 qui a permis la nouvelle procédure de changement d'état civil et de prénom est assez largement considérée comme une avancée par rapport à la situation antérieure mais des voix se sont élevées pour dire qu'elle n'était pas allée assez loin et notamment qu'elle n'avait pas remplie une revendication, pourtant assez consensuelle, celle de la déjudiciarisation de la modification de l'état civil comme d'autres pays l'ont fait. Les personnes rencontrées ont des avis partagés sur cette question mais c'est surtout les raisons évoquées par les unes et les autres qui nous importent ici car elles permettent de saisir des éléments importants du changement d'état civil et de ce qu'il représente pour les personnes concernées.

La première chose qui apparaît, c'est que le passage au TGI est une épreuve pour toutes les personnes rencontrées. Cela peut se manifester par de l'angoisse ou une vraie appréhension avant l'audience ou encore par la crainte de devoir affronter ce qui est pensé comme un véritable jugement. Bien sûr il ne s'agit pas de la crainte d'une sanction mais plutôt de l'inquiétude liée à l'appréciation de la légitimité de la requête et au-delà de l'évaluation de l'identité revendiquée. C'est bien, effet, l'adéquation de l'identité féminine ou masculine qui est appréciée par les juges comme nous avons pu le constater à travers les témoignages et les motifs de certains jugements. Les personnes ont le sentiment d'être jugées sur leur « bonne » capacité à s'inscrire dans le genre revendiqué alors même que les critères qui pourraient permettre cette évaluation se dérobent ou sont stéréotypiques.

> Donc concernant le sexe, pour moi, il devrait vraiment être enlevé du tribunal parce qu'on nous condamne… On n'a pas à aller devant un juge. C'est horrible ! Je sais pas comment je vais le vivre mais on a l'impression d'être jugés sur le fait qu'on soit femme ou qu'on soit homme. Donc ça, ça devrait complètement être aboli. (Alix Lacaze)

En outre, la crainte implicite des magistrats, ou même du législateur, qu'une telle demande de modification de l'état civil puisse être le fait « d'usurpateurs » semble absurde à la plupart :

> Ce dont l'État a le plus peur c'est qu'il y ait des abus, qu'il y ait des usurpations d'identité, que des hommes se fassent passer pour des femmes, que des femmes se fassent passer pour des hommes. Mais c'est impossible. Faut arrêter de fantasmer sur des peurs paniques ! (Louise Villatte)

> C'est pas quelque chose où quelqu'un se lève un matin et se dit 'tiens, j'ai envie de changer de sexe', et ils vont à la mairie, ils font un changement de sexe et basta quoi. Non. C'est pas comme ça. Je le perçois pas comme ça. Quand on fait un changement d'état civil, c'est quand même quelque chose de réfléchi. (Carine Pons)

> Quand on est prêt à perdre sa maison, à perdre ses enfants, à perdre son boulot, à se voir socialement regarder de travers, à devoir justifier qui on est et d'être capable d'aller jusqu'au tribunal pour dire haut et fort 'je suis Madame Justine', c'est qu'il y a quand même quelque chose derrière. Une motivation. Je ne me suis pas levée hier matin en me disant : 'Tiens, je veux être une femme juste histoire de me faire pourrir socialement.' (Justine Masson)

Ce caractère d'épreuve associé à la procédure judiciaire, s'il est consensuel, se traduit par des avis opposés quant à l'intérêt de cette dernière. Certaines personnes voient dans l'épreuve proposée et surmontée un élément fondateur de leur transition. La ritualité de la procédure judiciaire donne sans doute ici toute sa mesure, cette dernière permettant, mieux qu'une simple démarche administrative, de fonder symboliquement la nouvelle identité. C'est pourquoi, pour ces personnes, la difficulté de l'évaluation, bien réelle, reste essentielle : la capacité à la surmonter est la reconnaissance de la « valeur » et de la « réalité » de leur identité comme dans une sorte de rite de passage ou d'initiation.

> Moi je trouve que passer devant un juge c'est important parce qu'il est là pour arbitrer, pour savoir si la demande est légitime à la base, si c'est recevable, si c'est pas un coup de tête. Donc… Qu'ils aient déjà supprimé l'aspect médical, c'est déjà un grand progrès mais que un juge puisse statuer sur la façon de vivre, comment l'a vécu la personne, je trouve que c'est essentiel. (Carine Pons)

> Le problème c'est que je pense que les officiers d'état civil ne vont pas avoir la même objectivité que les juges. […] Les juges vont s'appuyer sur des textes de loi, sur des procédures… C'est vrai que ça va coûter de l'argent, néanmoins, ça va aussi permettre de garantir une certaine sécurité, de pas faire tout et n'importe quoi. […] C'est peut-être con à dire mais une personne qui va s'arrêter simplement au fait qu'il faille aller au tribunal, pour elle, elle est pas prête. (Justine Masson)

Pour la plupart, en revanche, la procédure judiciaire est inadaptée dans la mesure où la demande de changement d'état civil s'apparente plutôt à un engagement personnel à vivre dans le genre revendiqué. Et ce n'est pas une procédure évaluative qui est en mesure de garantir un tel engagement. En ce sens, pour ces personnes, ce n'est pas tant le tribunal qui est un problème que le fait que les magistrats doivent juger de l'injugeable, à savoir si l'identité sexuée d'une personne est avérée, conforme et légitime. C'est la position de Cenydd Delerme, entre autres, qui compare notamment le changement d'état civil et l'ex-procédure de pacs.

> Vraiment, quand je me suis pacsé je me suis vraiment dit ça. C'est parfait ça ! Mais il faut faire pareil pour les trans. C'est un parfait compromis. Ça reste dans un cadre, on va dire, rattaché à la justice, comme ça ils sont contents. C'est pas autodéterminé mais en fait si quand même ! Pour le pacs c'était vraiment des pièces qui étaient… Quand j'y suis allé avec ma compagne, on m'a pas demandé une attestation d'un médecin comme quoi : 'Oui oui je les connais, ces personnes sont en couple.' Ni nos amis : 'Oui, oui ! On les connaît. Ils s'aiment. Oui, oui ! Ils ont une vie commune !' Non, nous on a juré qu'on avait une vie commune depuis telle date et qu'on souhaitait donc faire un pacs, dans le cadre de cette vie commune. Je comprends pas pourquoi ça peut pas être pareil.

On voit bien ici que l'intérêt et la force de la ritualisation, pour un changement d'état civil, ne sont pas méconnus : simplement ils ne tiennent plus dans « l'épreuve surmontée » mais bien plutôt dans la valeur de l'autorité qui enregistre et prononce le changement d'identité. Marielle Berliner, qui est plutôt favorable à la déjudiciarisation mais sans en faire un point focal, insiste sur ce point :

Donc la judiciarisation je dirais que c'est pas forcément le plus dramatique. Si c'est gratuit, c'est cool. Et puis il y a le côté solennel de ça. Ça paraît bizarre de dire ça mais ouais de s'entendre dire par un juge 'vous êtes officiellement une femme', je pense que j'y ferai ma petite larme.

Par ailleurs, les personnes qui sont favorables à la déjudiciarisation ne portent pas pour autant aux nues la procédure actuelle de changement de prénom en mairie. Pour elles, en effet, celle-ci reste une procédure évaluative semblable à celle du TGI (l'officier d'état civil doit apprécier l'intérêt légitime au changement de prénom) mais soumise à une personne, l'officier d'état civil, qui ne leur semble pas toujours en mesure de garantir un juste traitement de leur demande.

Certes on n'est pas obligée de payer, de prendre un avocat, mais ça reste quand même à l'appréciation d'une personne qui vous connait pas, qui a ses propres opinions religieuses, philosophiques. Si lui il a décidé qu'une personne transgenre c'était un vulgaire travelo et qu'il a pas à laisser passer ça. Ben voilà, on est à la merci de la personne qui est en face de nous. […] Moi ce que je remets en cause, c'est ça, c'est qu'on doit passer par l'officier d'état civil qui est pas compétent pour dire : 'oui c'est femme' ou 'non, machin'. Je suis pas d'accord. Je vois pas… Pourquoi passer par l'officier d'état civil et puis pour le sexe au tribunal ? Passer par des procédures de devoir prouver ? Ça rime à quoi de devoir prouver que je suis une femme ? Flûte quoi ! Je trouve ça… C'est humiliant. [*silence*] Oui c'est humiliant en fait. Je souffre pas toutes les six semaines sur une épilation laser pour rien. C'est pas une lubie, c'est pas une vue de l'esprit. […] Là on dépend de quoi ? On dépend du bon vouloir d'une personne qui va décider si oui ou non on va bien passer dans la société en tant que femme ? On est où là ? C'est ça qui m'énerve. […] Je voudrais qu'on simplifie encore plus les procédures, surtout qu'on puisse pas vous dire non. Votre demande est légitime point barre. Vous n'avez pas à prouver que votre demande est légitime. Que la réponse ne puisse pas être non. (Louise Villatte)

À travers ces témoignages, on voit poindre des aspects du changement d'état civil qui importent pour comprendre la procédure actuelle et envisager une éventuelle évolution de la législation sur le changement d'état civil. Le premier concerne la « valeur » de la procédure et de l'autorité en mesure d'accorder le changement d'identité. Obtenir un changement d'état civil ce n'est, en effet, pas seulement avoir des papiers d'identité ne posant plus de problèmes au quotidien, c'est aussi avoir la possibilité d'asseoir son identité de genre sur autre chose que la seule performance quotidienne. Sans minimiser cette dernière, le changement d'état civil vient la soutenir via une performativité nouvelle, celle d'une identité officiellement reconnue et de ce fait effectivement opposable aux tiers. C'est cette force que les gens viennent chercher et on comprend qu'ils viennent la chercher désormais au plus tôt dans le cours de leur transition. C'est aussi la raison pour laquelle la majorité des personnes rencontrées souhaitent, comme Marielle Berliner, que la mention de sexe soit portée sur leurs papiers d'identité mais que le nombre de mentions soient élargi de façon à ce que tout le monde y trouve son compte :

[À propos de la mention du sexe sur les papiers.] Je vous dirais que ça m'emmerderait que ce soit pas marqué. Parce que je suis une femme, je veux que ça se sache. [*rires*] C'est aussi bête que ça. Je revendique le fait d'être une femme. Donc laissez-moi mon « F » sur mon permis. Je ne veux pas qu'on me l'enlève. Autant je trouve très légitime à des personnes qui sont non-binaires, qui ne se reconnaissent pas dans ce genre d'avoir une autre possibilité, un « X » ou je ne sais quoi. Mais moi je revendique d'avoir un « F » et le jour où je l'ai, je serai sans doute la femme la plus heureuse au monde. Je sais pas comment le dire

autrement. Me l'enlevez pas ! Au contraire ! Même si quelques fois c'est bien de ne pas le mettre parce que comme ça il n'y a pas d'erreurs, mais je préfère quand même quand ça y est et que c'est dans le bon genre.

Le deuxième point concerne les conditions qui doivent être remplies pour obtenir le changement d'état civil. La procédure actuelle qu'elle soit judiciaire pour la mention de sexe ou administrative pour le prénom est fondamentalement évaluative et ce doublement. Les juges ou l'officier d'état civil doivent en effet, d'une part, évaluer la légitimité de la demande, ce qui les amène, d'autre part, à estimer la « réalité » de l'inscription dans le genre revendiqué voire même la « tenue » ou la félicité de l'identité revendiquée. Ainsi la procédure examine plus qu'attentivement le passé, elle se donne comme une investigation d'ordre historique dans laquelle la personne doit prouver qu'elle est bien ce qu'elle prétend être. Et là, on a pu voir que la preuve par le corps demeure centrale même en l'absence d'attestations médicales. Quant aux témoignages mobilisés pour attester de cette réalité, coincés entre l'évidence d'une présentation sexuée socialement assumée (évidemment que cette personne se présente en femme/homme !) et l'impossibilité d'en fournir des preuves (c'est quoi se présenter en femme/homme ?), ils peineront toujours, quoi qu'on fasse, à avoir force de preuves.

Une autre forme de procédure, que beaucoup appellent de leurs vœux, serait plus déclarative qu'évaluative au sens où elle s'appuierait sur un engagement, matérialisé par la demande même de modification de l'état civil, à vivre désormais sous une autre identité que celle assignée à la naissance. Au lieu de regarder vers le passé, cette autre procédure se projetterait plutôt vers le futur considérant que la nouvelle assignation sexuée, comme la première d'ailleurs (celle donnée à la naissance), engage à s'inscrire socialement comme tel·le et invite à vivre d'une manière répondant, à sa façon propre, aux attentes sociales en la matière. C'est déjà ce que suppose toute décision favorable au changement d'état civil mais c'est ce que la procédure ne semble pas parvenir à assumer ou à comprendre. Car finalement, qu'un corps, qu'une présentation, que des attestations et des témoignages viennent soutenir une demande de changement d'état civil ne préjugent en rien de la manière dont la nouvelle identité sera vécue par la suite. Ils n'assurent pas plus et, peut-être moins, que l'engagement personnel pur et simple.

VIII. L'ÉTAT CIVIL CONFRONTÉ À L'EXPÉRIENCE TRANS'. LE POINT DE VUE DES PROFESSIONNELS DE LA JUSTICE

À PROPOS DU RÔLE INDENTIFICATOIRE DE L'ÉTAT CIVIL

Les magistrates rencontrées ont toutes évoqué la mission identificatoire assignée à l'état civil depuis sa création avec le Code civil. Il s'agit bien sûr d'identifier les citoyennes et les citoyens dont il faut s'assurer qu'ils puissent exercer leurs droits civiques et qu'ils assument leurs devoirs. Une mission ancienne de l'état civil mais toujours à l'œuvre aujourd'hui.

> On voit bien que à la base, l'état civil c'est vraiment un instrument de police civile d'identification des personnes au sein de la société, et qui se doit d'être fiable. Donc c'est un instrument au service de l'état et qui a de multiples implications et notamment avec le casier judiciaire qui permet de savoir si la personne a des antécédents judiciaires ou pas. Donc tout cela est relié. La sécurité sociale ; même chose, il y a vraiment une nécessité de pouvoir identifier la personne. Et on voit bien que donc ça c'est je dirais le rapport de l'état civil à l'Etat, objet étatique. (Entretien avec une juge du siège)

Une autre magistrate fait de la mission identificatoire une véritable pierre angulaire de l'état civil :

> C'est vrai que le problème de l'état civil c'est qu'il y a beaucoup d'incidences. C'est-à-dire qu'un état civil, ce n'est pas simplement votre identifiant, c'est aussi ce par quoi vous allez construire votre vie administrative, ce par quoi on va vous identifier juridiquement dans un contexte notarial, judiciaire, judiciaire civil, judiciaire pénal, et c'est ça qui m'intéresse. D'ailleurs, dans les débats, à aucun moment il n'est débattu de l'identification d'un individu sur le champ pénal. On a des homonymies. Parfois elles sont quasiment parfaites. Il est arrivé (c'est exceptionnel) que vous ayez des personnes dont le nom, le prénom, même la date de naissance sont identiques. Sur quoi vous allez identifier les gens ? Alors certes c'est anecdotique, c'est plus qu'exceptionnel. Mais… Si on envisage l'état civil non pas comme simplement le fait de vous identifier sociologiquement […], mais comme quelque chose de beaucoup plus complexe et qui va avoir des incidences beaucoup plus complexes, on ne peut pas traiter d'une manière aussi finalement légère que je l'ai vu dans certains débats qui sont restés purement sur l'humain. C'est-à-dire que si on s'attache à l'humain, on devrait autoriser chacun à disposer de la présentation qui va être la sienne socialement mais également sur le plan administratif. Je suis d'accord. Sauf que quand on intègre toutes les incidences […]. Parce que là je vous parle judiciaire parce que c'est mon domaine mais on pourrait parler d'accès au droit pour la CPAM. On pourrait parler d'accès au droit à la CAF. On pourrait parler aussi de toute cette question de la filiation ou toutes ces questions-là qui font qu'effectivement nous juristes on va être en recherche de pérennité, parce que sans doute nous avons besoin d'une sécurité juridique, parce que nous ne voulons pas non plus être dans une situation où l'état civil va devenir la libre disposition d'individus. (Entretien avec une juge du siège)

1. IDENTIFIER LES PERSONNES EXIGE QUE LEUR ÉTAT CIVIL VARIE PEU

Ce qui peut rassurer un certain nombre de magistrats, c'est que tout changement d'état civil n'a pas d'effet rétroactif. Une personne peut donc changer de sexe à l'état civil, mais ce changement ne produira d'effet que postérieurement à la décision du juge.

> - Juge : À partir du moment où on autorise un changement d'état civil, il y a des effets boule de neige sur le fait d'avoir une traçabilité au niveau de l'administratif, au niveau civil, au niveau judiciaire, de ce parcours. Il y a la question de l'état civil et du changement d'une mention d'état civil mais il y a aussi toutes ces conséquences en termes de filiation. De ces filiations antérieures, il n'y a pas trop trop de problèmes parce que de toute façon ça ne change rien au niveau de l'état civil de vos propres enfants…
>
> - Oui puisque ça n'a pas d'effet rétroactif…
>
> - Juge : Donc on ne touche pas au passé. C'est un peu compliqué à gérer, c'est un fait mais ça c'est l'humain, c'est le propre de l'humain. Qu'on change ou pas l'état civil, ça ne changera rien aux faits. Les faits ont la vie dure, plus que le droit d'ailleurs ! (Entretien avec une juge du siège)

Les faits auxquels se réfère la juge sont une notion polysémique. Il s'agit à la fois des faits de la nature, des faits du corps et des faits du passé. Finalement, selon cette juge, quelles que soient les modifications subies par un acte de naissance, les faits qui ont présidé à son établissement, en l'espèce, nous pouvons l'imaginer, le sexe constaté à la naissance de l'enfant, ne peuvent être occultés.

2. L'IMMUTABILITÉ DE L'ÉTAT CIVIL : UN PRINCIPE MAIS DES VARIATIONS

Du point de vue des juges rencontrées, si le principe de l'immutabilité de l'état civil est un principe bien connu, il s'agit d'un principe général qui opère comme un objectif à atteindre plutôt qu'une règle qui s'opposerait dans les faits à toute idée de changement. Une juge explique qu'à son avis le principe de l'immutabilité de l'état civil a été particulièrement mis à l'épreuve depuis quelques années :

> - Juge : Une approche personnaliste de l'état civil où l'état civil ça devient un droit de la personnalité. Comme ça devient un droit de la personnalité, la personne veut pouvoir façonner son identité qui se trouve sur cet état civil, et du coup changer de nom, changer de sexe, changer de prénom, pour que ça corresponde à son état ressenti intérieur. Et en définitive, c'était pas du tout ce à quoi servait l'état civil à la base mais le droit a pris acte de cette évolution, de cette subjectivisation de l'état civil…
>
> - Finalement, à vous écouter, c'est un changement qui est déjà fait ?
>
> - Juge : Ouais. Ah oui pour moi… (Entretien avec une juge du siège)

Cette évolution progressive, mais qui serait relativement récente, s'expliquerait en particulier par l'émergence, dans les sphères juridiques et législatives, d'une attention bienveillante aux souhaits énoncés par les personnes de se voir reconnaître en tant que personne ayant ses propres propriétés et de voir leur acte de naissance et leurs papiers d'identité – qui sont établis à partir de l'acte de naissance – refléter ce qu'elles sont de leur point de vue. Toutefois, cela ne signifie pas que cet usage nouveau de l'état civil s'est substitué à son usage plus ancien. L'État a toujours besoin de bien identifier les personnes

sur son territoire, les nationaux bien entendu, mais pas seulement, et de les tracer. Ces deux logiques cohabitent.

> C'est une question qui à mon avis est complexe parce que c'est vrai que quelque part on ne peut pas s'empêcher de noter une forme de contradiction entre l'évolution de l'état civil dans le rapport que la personne a avec son état civil. On voit bien que à la base, l'état civil c'est vraiment un instrument de police civile d'identification des personnes au sein de la société, et qui se doit d'être fiable. Donc c'est un instrument au service de l'état et qui a de multiples implications et notamment avec le casier judiciaire qui permet de savoir si la personne a des antécédents judiciaires ou pas. Donc tout cela est relié. La sécurité sociale ; même chose, il y a vraiment une nécessité de pouvoir identifier la personne. Et on voit bien que donc ça c'est je dirais le rapport de l'état civil à l'Etat, objet étatique. Et depuis (je pense) une trentaine d'années, même moins, une vingtaine d'années, on voit qu'il y a la volonté des personnes de se réapproprier leur état civil, et là on est dans une autre approche. Une approche personnaliste de l'état civil où l'état civil ça devient un droit de la personnalité. Comme ça devient un droit de la personnalité, la personne veut pouvoir façonner son identité qui se trouve sur cet état civil, et du coup changer de nom, changer de sexe, changer de prénom, pour que ça corresponde à son état ressenti intérieur. Et en définitive, c'était pas du tout ce à quoi servait l'état civil à la base mais le droit a pris acte de cette évolution, de cette subjectivisation de l'état civil… (Entretien avec une juge du siège)

La même juge continue :

> - Juge : Il y a eu un changement de paradigme. On a vu l'évolution progressive et donc si vous réfléchissez qu'on est dans une situation actuelle où jamais n'a été plus nécessaire de pouvoir identifier avec certitude les personnes pour se prémunir des attentats, des usurpations d'identité. Ça a toujours été important mais je pense que de nos jours il est vraiment important… On voit bien tout le débat sécuritaire pour le franchissement des frontières, les passeports biométriques, etc., on a vraiment besoin d'une identité unique, certaine, qui ne change pas ; et parallèlement l'état civil n'a jamais été aussi…
>
> - Malléable.
>
> - Juge : Malléable. Soumis à la volonté de la personne. Et je trouve que personnellement c'est une contradiction qui est assez forte. Parce qu'on voit bien ces deux logiques – deux logiques qui s'affrontent – et le droit il essaie de trouver ce point d'équilibre… Alors, là où je veux en venir c'est que vous imaginez pour le casier judiciaire – si on prend juste cet élément-là –, faudra tracer la personne qui était femme qui sera devenue homme ou bien homme qui sera devenue femme, qui aura peut-être changé de prénom… (Entretien avec une juge du siège)

En d'autres termes, l'état civil serait investi par l'État de la mission d'établir une identité définie une fois pour toutes à la naissance, mais plus seulement. Il serait également investi par les citoyennes et citoyens eux-mêmes, d'une mission qui consisterait non seulement à attester d'une identité conforme à leur sentiment de soi. Une logique qui a été bien analysée par des juristes et des anthropologues (Fine, 2006).

Néanmoins, pour un certain nombre de magistrats, la mission identificatoire assignée à l'état civil, en particulier pour permettre de retrouver toute personne dans le cadre d'une affaire au pénal, n'implique pas une immutabilité à toute épreuve. De leur point de vue, l'état civil, quelle que soit la rigueur avec laquelle il est établi ne garantit pas la possibilité d'identifier sans erreur toute personne. Une juge du siège explique ainsi :

- Juge : C'est sûr que pour en revenir aux transsexuels, une fois que vous avez changé de sexe, c'est quand même difficile de vous rattacher à l'infraction commise trois-quatre ans avant quand vous étiez dans l'autre sexe, mais bon on ne peut pas toujours raisonner uniquement [*rires*] en termes de droit pénal. De toute façon, des gens qui ont des alias, il y en a quand même plein et c'est indépendant de l'état civil. Quand ils prennent des alias, il y a différentes façons de prendre des allias, vous pouvez faire des faux papiers et…

- Qu'est-ce que vous appelez des alias ?

- Juge : Au pénal, vous avez des gens ils ont dix alias, c'est-à-dire qu'ils vont s'appeler – pour prendre des choses un peu neutres : Gaston Dupont avec un « t », Gaston Dupond avec un « d », Gaston Dupont né le 24 mai 1966 ou Gaston Dupont né le 24 juin 1966, et puis tout ça vous embrouillez et c'est difficile de les retrouver. (Entretien avec une juge du siège)

Et pour être tout à fait complet, il faut préciser que le principe de l'immutabilité de l'état civil ne guide pas l'action de tous les magistrats :

- Juge : Moi, je ne raisonne pas tellement en termes d'immutabilité. D'abord, il y a des interventions, il y a des erreurs matérielles… Nous, [dans le ressort de notre TGI] on a énormément d'étrangers quand même et c'est vrai que du coup les actes d'état civil comptent sans doute plus d'erreurs quand il y a des étrangers parce que l'orthographe est plus compliquée donc on a beaucoup d'interventions en termes de simple rectification d'erreurs matérielles. Donc ça met un peu en cause l'immutabilité, parce qu'on a des actes, même d'enfants assez jeunes, avec déjà une ou deux rectifications d'erreurs matérielles. Parce qu'il y avait une erreur dans le nom de la mère, dans la date de naissance du père… Les erreurs purement matérielles, c'est le parquet qui s'en occupe. Dès que c'est un peu plus sujet à caution, ça vient à l'audience.

- Par exemple, quel genre d'erreurs matérielles peuvent être sujettes à caution ?

- Juge : Sur le lieu de naissance déjà. Parce que le lieu de naissance, ça peut déterminer plusieurs choses. Un parent qui est né aux Comores, à Mayotte par exemple, l'erreur matérielle… Il faut bien regarder… Il y a quand même des choses qui sont envoyées à l'audience et d'ailleurs on est compétents pour ça, le magistrat intervient. C'est le délégué du président du tribunal qui intervient en termes de rectification d'état civil sur le fondement de l'article 99 du Code civil. Donc il y a plusieurs étapes. Il y a l'erreur matérielle simple qui est traitée par le parquet et qui part ensuite devant le magistrat délégué du président qui statue seul normalement (article 99). Et puis ensuite, il existe des demandes de rectification d'état civil, des demandes de changement d'état. Donc ça, ce n'est pas une rectification d'erreur matérielle, ça doit venir devant la collégialité par assignation et pas par requête. Voilà.

- Si je résume les choses. Vous me dites si je me trompe. Je veux être sûr de ne pas surinterpréter vos propos. L'expérience que vous avez de l'état civil dans le poste que vous occupez dans ce tribunal particulier fait que finalement confrontée déjà à un certain nombre de modifications notamment matérielles d'état civil… [*Interruption*.] Est-ce que je peux dire que le contexte fait que finalement le principe de l'immutabilité de l'état civil est peut-être moins important pour vous dans la mesure où déjà vous êtes confrontée à des tas de situations de changement ?

- Juge : Oui. Pour nous, l'état civil évolue. Pas n'importe comment mais il est pas gravé dans le marbre de façon éternelle. C'est sûr qu'il y a pas mal d'interventions. (Entretien avec une juge du siège)

LES CHANGEMENTS INDUITS PAR LA CIRCULAIRE DU 10 MAI 2017 SUR LE CHANGEMENT DE SEXE ET DE PRÉNOM À L'ÉTAT CIVIL : LE POINT DE VUE DES MAGISTRATS

1. DÉJUDICIARISATION DU CHANGEMENT DE PRÉNOM

La circulaire du 10 mai 2017 a introduit de nombreux changements pour ce qui concerne le changement de sexe à l'état civil mais aussi le changement de prénom. Toute personne qui souhaite changer son ou ses prénom(s) à l'état-civil devait jusqu'ici s'adresser à la Justice. Désormais c'est l'officier d'état civil qui est compétent pour ce type de changement, quel que soit le motif de la demande de changement de prénom. Celui-ci se tournera simplement vers le Procureur de la République lorsqu'il doutera du bien fondé de la demande. En un mot, le changement de prénom à l'état civil a été dé-judiciarisé.

> Concernant le changement de prénom effectivement maintenant il y a eu un changement radical puisque ce sont des officiers de l'état civil qui font ce changement de prénom. On n'intervient au niveau judiciaire que lorsqu'il y a une opposition du ministère public ou une opposition quelconque à un autre niveau et ça devient contentieux […]. Mais ce n'est pas indifférent du point de vue du changement de sexe puisqu'effectivement le changement de prénom participe aussi de la dynamique du changement de sexe. (Entretien avec une juge du siège)

Une magistrate du parquet a le même point de vue, mais elle ajoute qu'il ne faut pas déduire de cette déjudiciarisation *a priori* du changement de prénom que celui-ci sera nécessairement plus facile à obtenir :

> Il y a des officiers d'état civil qui peuvent être un peu réticents face à ce genre de demandes et saisir le parquet. Par exemple, en termes de changement de prénoms, je suppose qu'il y a des prénoms un peu bizarres ou alors des changements qui leur paraissent dérisoires ou qui ne leur plaisent pas ; ils peuvent alors saisir le parquet. Donc ce n'est pas parce que ça relève uniquement de l'officier d'état civil en premier lieu que tout va être forcément facile. (Entretien avec une magistrate du parquet)

Si l'évolution de la procédure quant au changement de prénom peut paraître spectaculaire à première vue, ce n'est pas pour autant que l'on change de dogme. Ainsi s'exprime une procureure actuellement en poste auprès d'une Cour d'appel :

> - Est-ce qu'on change de dogme là ?
>
> - Juge : Non. Sur le prénom, non. Non, parce qu'on garde la notion d'intérêt légitime. Toujours, au changement de prénom. Le changement de prénom n'est possible que si l'on justifie d'un intérêt légitime. Donc là, le contrôle reste. Ce qu'on fait c'est qu'on décharge en fait les juridictions des changements de prénoms qui ne posent pas de difficultés, et on les transfère à l'officier d'état civil qui les traite, qui en a l'attribution dès lors que l'intérêt est légitime est évident et qu'il n'y a pas de difficulté. En fait c'est ça. On n'a pas changé de dogme, on a changé les personnes qui traitent en première ligne les changements de prénoms. Dès que la question de l'intérêt légitime se pose pour l'officier d'état civil, on repart sur parquet et juges judiciaires. Donc non, on n'a pas changé le dogme. […]Ce qu'on a fait pour le prénom c'est donc fluidifier une partie des changements de prénoms, en les déléguant à l'officier d'état civil, en évitant que les gens soient systématiquement obligés de faire une procédure en saisissant le juge aux affaires familiales, avec un avocat, etc.,

pour intervertir un ordre de prénom, pour ajouter un prénom, pour modifier un prénom, l'orthographe d'un prénom… (Entretien avec une juge du parquet).

La question du prénom de la personne trans' paraît tout à fait centrale dans la procédure de changement de sexe. D'abord la possibilité pour une personne trans' d'être connue dans sa vie quotidienne et de se présenter sous un prénom conforme au sexe auquel elle paraît appartenir est cruciale. C'est quelque chose qui peut grandement simplifier sa vie quotidienne. Mais le fait de porter un prénom différent de son sexe de naissance et conforme à son sexe *social* est également saisi par les juges comme un indicateur de la façon dont elle est perçue par son entourage. C'était déjà le cas, avant le changement de loi. Les personnes parvenaient en effet souvent à produire une carte d'adhésion à une fédération sportive, une carte de transport, de la correspondance ou une carte professionnelle qui mentionnaient le prénom qu'elles s'étaient choisies. Le changement législatif non seulement n'a pas contredit ce mouvement mais permet désormais aux personnes trans' d'arborer également une identité civile conforme au changement qu'elles souhaitent.

Finalement, aujourd'hui, il semble que le fait que le requérant ou la requérante ait préalablement obtenu auprès de l'officier d'état civil que soit modifié sur son acte de naissance en faveur d'un nouveau prénom plus conforme au sexe dont il ou elle se réclame, conforte la demande d'un changement de sexe à l'état civil. La production d'un nouvel acte de naissance avec le prénom ainsi modifié renseigne en effet les magistrats sur une question essentielle, au cœur de la loi : la personne qui requiert un changement de sexe *est bien connue et se présente comme* appartenant au sexe dont elle se réclame. Ainsi une magistrate explique :

J'ai regardé à nouveau les textes actuels : il faut « une réunion suffisante de faits ». [*le juge lit le texte*]. Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué. (Entretien avec une magistrate du parquet).

Ce changement de procédure qui peut apparaître comme un simple allègement de la tâche des juges, en réalité opère un changement important : l'officier d'état civil, en accordant le changement de prénom à une personne trans', non seulement participe à la reconnaissance sociale de cette personne dans le sexe dont elle se réclame mais produit également un nouvel acte d'état civil sur lequel les juges pourront se fonder pour accorder le changement de sexe demandé. Les services de l'état civil peuvent donc devenir une ressource centrale pour les personnes trans' qui veulent vivre un quotidien plus confortable en ayant un prénom plus conforme à leur sentiment de soi et pour celles qui veulent aller jusqu'à l'obtention d'une modification de leur prénom sur leur acte de naissance.

Une juge du siège tient néanmoins à propos de cette nouvelle procédure du changement de prénom des propos quelque peu dissonnants. Elle ne remet pas en cause bien entendu le bénéfice que peuvent tirer les personnes trans' dans certains actes de leur vie quotidienne d'un changement de prénom facilité. Mais elle s'interroge à propos du fait que systématiquement ou presque désormais une personne trans' changera d'abord de prénom à l'état civil puis, dans un second temps, saisira la justice pour un changement de la mention de son sexe sur son acte de naissance.

> Des demandes de changement de prénom, on en avait quelque chose comme dix par mois, de gens qui s'appelaient « Maryse » et qui voulaient s'appeler « Lucie » ou de gens qui s'appelaient « Mohammed » et qui voulaient s'appeler « Thierry » pour être plus insérés. Et une toute petite minorité concernait les transsexuels, c'était vraiment une infinie minorité et en général, les transsexuels venaient devant nous, ils faisaient tout en même temps : le changement de prénom et le changement de sexe. Et puis là maintenant c'est dissocié alors qu'ils… Oui, ils vont d'abord à la mairie faire leur changement de prénom et dans les semaines qui suivent (dans les dossiers qu'on a eus, on a observé ça), ils viennent demander leur changement de sexe. Donc ils arrivent devant nous, ça leur fait faire deux démarches du coup. Ils s'appellent « Lucie », ils sont encore de sexe masculin donc pendant quelques semaines, quelques mois, il y a une sorte de décalage qui doit être encore plus pénible à vivre parce qu'ils ont vraiment un prénom féminin tout en étant de sexe masculin à l'état civil. Je ne sais pas si c'est si simple que ça à vivre pour eux. (Entretien avec une juge du siège)

Cette juge s'interroge à propos de ce qu'elle considère finalement comme un temps de latence entre le moment où la personne obtient un nouveau prénom conforme à son genre et le moment où elle obtiendra aussi une modification de la mention de sexe sur son acte de naissance. Un temps de latence durant lequel, lorsqu'elle aura à présenter des papiers officiels d'identité, la personne devra peut-être justifier pourquoi elle a un prénom qui ne paraît pas conforme à son sexe légal. Mais il faut tout de même considérer que ce temps où l'identité officielle de la personne paraît ambivalente n'est pas vraiment nouveau. Si dans ce tribunal, on statuait en même temps sur le changement de prénom et sur le changement de sexe à l'état civil, ce n'était pas le cas dans tous les tribunaux. Par ailleurs, pour un certain nombre de trans', la possibilité d'arborer officiellement un prénom conforme à leur genre, et ce, indépendamment du fait qu'ils s'engagent ou non dans des démarches de changement de sexe à l'état civil, leur permettait de gagner en qualité de vie. Aujourd'hui, dans ce même tribunal, si quelques personnes continuent à demander en même temps un changement de prénom et une modification de la mention de sexe, une grande majorité, au moment de demander un changement de sexe a déjà obtenu un nouveau prénom.

Il est difficile de penser, à en croire les juges rencontrées, que la déjudiciarisation du changement de prénom, dont une juge nous rappelle qu'il concerne tout le monde avant de concerner les seules personnes trans', puisse constituer un modèle pour la modification de la mention de sexe à l'état civil. S'ils ne voient pas de gros problèmes dans la déjudiciarisation du changement de prénom, les magistrats rencontrés considèrent que le changement de sexe doit rester dans le giron de la justice.

> [Confier le changement de prénom à l'officier d'État civil], ça nous a vraiment désengorgé, l'officier d'état civil il est vraiment compétent… Pour ce qui est du changement de sexe, il y a quand même plusieurs magistrats qui se penchent sur la question puisque nous sommes censés être trois plus un, en réalité on est deux plus un. Moi a priori comme ça, je n'y serais pas hyper favorable, d'envoyer tout le monde chez l'officier d'état civil. En plus, ça risque quand même… l'officier d'état civil, dans les toutes petites communes, je ne sais pas si ça lui plaira forcément d'avoir ce genre de dossiers. Il y a quand même un dossier à monter. Jusqu'à présent dans les changements de prénom, ils montaient effectivement aussi un dossier, en nous expliquant que ça faisait vingt ans qu'ils se faisaient appeler autrement ou que le fait de s'appeler « Mohamed » était vraiment handicapant au plan social et professionnel. Là maintenant je suppose que le dossier il est un peu réduit mais

pour les transsexuels, il y a quand même un dossier à faire… (Entretien avec une juge du siège)

Je pense que l'état des personnes, ça doit quand même rester… Enfin, en tout cas, dans notre conception et tel que c'est organisé, on n'en a pas la libre disposition et ça me paraît pas opportun. Et je pense que c'est important aussi pour unifier les pratiques, la jurisprudence et l'état des personnes. Parce qu'on ne peut pas avoir un endroit où des gens… Je ne sais pas quel est leur projet mais ils iraient de façon déclarative changer de sexe à l'état civil ? Mais là pour le coup, on pourrait plus se poser la question du risque d'un changement dans l'autre sens. Quand on voit quand même l'évolution, je vais dire 'sociologique', vous vous direz peut-être anthropologique de la famille, ces quinze dernières années, tout est possible et on accroît les possibilités, les familles nouvelles, etc. C'est-à-dire que les adultes peuvent faire à peu près tout ce qu'ils veulent, non pas dans leur vie intime mais le traduire en droit. Il faut quand même qu'il y ait un minimum de stabilité. (Entretien avec une parquetière)

Dans le discours des magistrates rencontrées, le fait que la procédure de modification de la mention de sexe sur l'acte de naissance reste soumise à l'appréciation et à la décision d'un collectif de juges constitue une garantie pour que l'état civil des personnes conserve une forme de stabilité. L'état civil d'une personne subit de nombreux changements au gré de la biographie individuelle mais le principe de son immutabilité continue à guider l'action des magistrats. Il serait néanmoins erroné de penser que les magistrats sont rétifs au moindre changement. Leur discours sur la nouvelle procédure de changement d'un prénom le montre. Mais sur la question même de la mention de sexe à l'état civil, une parquetière, tout en considéreant que « le sexe est une part essentielle de l'identité » ne craint pas d'énoncer une position dont on peut penser qu'elle est peut-être dissonante dans la profession.

Enlever la mention de sexe à l'état civil, ça ne me paraît pas possible parce que je considère que le sexe c'est une part essentielle de l'identité. […] Et puis aussi parce que c'est toute la construction après de l'état civil, sur le mariage, sur la filiation… Moi, ça me paraît abscons. Le sexe neutre par contre, je n'ai pas tout à fait la même position que la cour de cassation parce que… Mais alors là c'est un peu plus intuitif. D'abord, oui… Ça c'est pas du tout intuitif, mais il y a effectivement des enfants dont on ne peut pas déterminer le sexe dans le délai d'établissement de l'acte de naissance. C'était trois jours, c'est passé à cinq jours, mais enfin cinq jours c'est très court. C'est un état de fait, ça existe, on ne peut pas faire comme si ça n'existait pas. Et puis il y a des adultes qui restent comme ça. Sur le plan médical, sur cette partie-là vous développerez mais enfin il y a quand même des adultes – je ne sais pas le pourcentage – qui ont des organes sexués des deux sexes ou qui sont pas clairs ou qui sont mélangés. Ça correspond quand même à une réalité. […] C'est des situations qu'on voit dans notre vie professionnelle. Il y en a quelques-unes mais enfin on le voit donc on sait que ça existe parce qu'on y a été confronté professionnellement. Après, ces gens-là on leur assigne un sexe à l'état civil et puis après ils grandissent, et s'ils reviennent pas devant nous pour le changement de sexe on n'en entend plus parler. Mais peut-être que certains restent avec cette sensation d'être dans un genre neutre. Moi ça ne me choquerait pas, si c'est encadré. Alors là ça supposerait peut-être qu'il y ait un examen médical, quelque chose de médical qui étaye. Et s'ils en éprouvent le besoin. […] Pourquoi pas, après tout !? Parce que là aussi ce n'est pas encore un choix. S'ils naissent avec cette différence physiologique, ils sont nés comme ça, ils ne l'ont pas voulu donc on ne va pas… S'ils peuvent se retrouver dans une assignation, dans un sexe ou dans l'autre et qu'ils sont confortables et qu'ils ont bâti leur vie, très bien. Je ne sais pas parce que ce sont des situations qu'on ne voit pas nous au niveau judiciaire. […] Moi ça ne me choque

pas qu'il y ait cette mention à l'état civil s'ils en ont besoin. […] Bon, d'accord, la cour de cassation a raison, ça n'existe pas pour l'instant. Dans la loi, mais la loi elle a changé tellement de choses en matière de famille… (Entretien avec une procureure)

Pour le dire autrement cette magistrate se sert de la situation des enfants *intersexes* pour penser la possibilité qu'existe à l'état civil une troisième catégorie pour définir la mention de sexe, la catégorie de « sexe neutre ».

2. SE PRÉSENTER ET ÊTRE CONNU COMME UN HOMME OU COMME UNE FEMME : À PROPOS DE LA PERTINENCE DE LA POSSESSION D'ÉTAT EN MATIÈRE DE CHANGEMENT DE SEXE

À toutes les magistrates il a été demandé ce qu'avait changé, de leur point de vue, la circulaire de 2017 quant à la procédure de modification de la mention de sexe à l'état civil. Une parquetière me fait alors lecture de l'article 61-5 du Code civil :

- Alors, le texte dit [*faisant lecture*] : '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.' Vous voyez déjà que la formulation révèle que on n'a plus à diagnostiquer un syndrome... Et d'ailleurs ça va dans le sens de la revendication qui était celle des intéressés et des associations qui étaient de dire déjà 'ce n'est pas une maladie, ça doit être enlevé de la liste des maladies psychiatriques', et donc à partir du moment où c'est plus un syndrome, il n'y a plus besoin de médicalement le diagnostiquer. Donc aujourd'hui, c'est pour ça que pour moi c'est vraiment un changement complet à ce niveau-là. Alors, aujourd'hui pour moi, puisqu'il faut qu'on démontre que la personne a une mention à l'état civil qui ne correspond plus à l'apparence…

- C'est comme ça que vous interprétez 'la personne se présente et est connue' ?

- Oui. Parce que voilà, il faut une réunion suffisante de fait que la mention qui est sur l'état civil du sexe ne correspond pas à l'apparence, parce que c'est la manière dont elle se présente et elle est connue. Et on vous dit, les principaux de ces faits, quels sont-ils ? [*faisant lecture*] 'Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué. Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué par son entourage familial, professionnel et amical. Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde à son sexe » [si elle a fait cette démarche antérieure].' (Entretien avec une parquetière)

Toutes les magistrates rencontrées, comme les avocats d'ailleurs, ont identifié que le changement le plus important introduit par la circulaire de 2017 était la démédicalisation de la modification de la mention de sexe à l'état civil. Il est probable que les personnes requérantes considèrent qu'ainsi armées d'attestations médicales, leur demande a davantage de chance d'aboutir. En un sens, au regard du discours de quelques magistrates, elles n'ont peut-être pas tort. Le fait de ne plus pouvoir officiellement appuyer leur décision sur des pièces jusitifcatives d'ordre médical, telles qu'une attestation d'un psychiatre, d'un endocrinologue, d'un sexologue ou d'un chirurgien par exemple paraît être particulièrement déroutant pour nombre de juges.

Deux points particuliers sur lesquels se cristallisent l'inquiétude de quelques juges peuvent être distingués. Le premier concerne le périmètre en quelque sorte, mais aussi la temporalité du changement de sexe. La modification du sexe à l'état civil ne doit-elle pas

venir signifier ou parachever un changement de sexe physiologique déjà en cours ou achevé qui se manifeste par une réassignation du corps au sexe revendiqué via la prise d'hormones et des interventions chirurgicales ? Le second concerne plutôt la stabilité du *sentiment* d'appartenance au sexe revendiqué par la personne trans'. La stabilité de ce *sentiment* dont parlent les magistrates rencontrées fait écho bien entendu au souci affiché dans la doctrine juridique du principe d'immutabilité de l'état civil. Ces magistrates ont en tête, même si elles n'y ont jamais été confrontées dans l'exercice de leur métier, la figure d'une personne qui pourrait éprouver le désir de changer de sexe plusieurs fois au cours d'une vie. Il s'agit pour elles de se prémunir de ce risque. Et dans ce domaine, le professionnel compétent de leur point de vue pour attester de la permanence du sentiment d'appartenir à l'autre sexe et ainsi les rassurer est le « psy » [*entendre le psychiatre ou le psychologue*].

A. Le périmètre du changement de sexe

Que la procédure de modification de la mention de sexe à l'état civil ait été démédicalisée ne signifie pas que tout a tout de suite changé dans la manière dont les dossiers se présentent devant la justice. Les personnes qui requièrent la modification de la mention de leur sexe, qu'elles soient ou non assistées d'un avocat, continuent, dans la majorité des cas qu'ont eu à traiter depuis l'évolution législative les magistrates rencontrées, à présenter des dossiers qui comprennent des éléments médicaux.

> Quand ce changement a été opéré, on a continué à avoir des dossiers au départ tout à fait construits à l'ancienne si je puis dire, d'ailleurs par avocats, avec toujours des pièces médicales, le diagnostic du transsexualisme, certificat médical attestant de l'hormonothérapie, des mastectomies ou autres, et puis parfois je dirais l'intervention médicale ultime de changement de sexe. (Entretien avec une procureure)

Et lorsque ces éléments médicaux étaient présents dans les dossiers, les magistrats les exploitaient. Une parquetière pense même qu'en réalité, même si la loi ne prévoit pas qu'on puisse les exiger, il est tout de même important que la personne suive un parcours de réassignation sexuelle puisque c'est grâce au concours de la médecine qu'elle peut arborer l'apparence associée au sexe dont elle se réclame.

> Dans le dossier, il n'y a pas seulement une impression générale. Dans le dossier, il y a des éléments... Alors, encore des éléments médicaux sur lesquels on ne s'attarde pas mais enfin bon quand ils expliquent qu'ils suivent des traitements médicaux hormonaux depuis quelques années, on l'indique quand même. […] On ne se fonde pas sur les pièces médicales mais en même temps on se fonde sur l'apparence, et l'apparence résulte quand même de changements qui proviennent de traitements médicaux. (Entretien avec une procureure)

B. La stabilité du sentiment d'être de l'autre sexe

Pour un certain nombre de juges, les certificats médicaux qui étaient demandés pour examiner la requête d'une personne trans' et décider s'il y avait lieu de modifier l'acte de naissance, leur permettaient d'être certaines qu'il n'y aurait pas de retour en arrière possible.

> Ce qui a fondamentalement changé à mon sens c'est qu'avant on était sur un état physique qui était nécessairement médicalement diagnostiqué, puisqu'en fait on exigeait des

certificats attestant de l'existence d'un syndrome de transsexualisme ou transgenre (selon les médecins l'appellation était un petit peu différente). On avait des dossiers où les gens avaient déjà fait les opérations de mastectomie notamment, hormonothérapies (ça c'est dans tous les dossiers). On avait des dossiers qui étaient vraiment très carrés d'un point de vue médical. Bien sûr on n'exigeait plus cette opération de conversion finale ; elle avait souvent lieu, parfois elle était en cours ou programmée, retardée pour des raisons financières, etc. Mais on avait ce dossier médical qui permettait de démontrer qu'on était vraiment face à quelqu'un qui était dans un processus de transition déjà abouti. (Entretien avec une juge du siège)

La même juge dit qu'elle continuera à demander aux requérants des pièces médicales si elles ne sont pas présentes dans le dossier :

- Juge : Moi à la limite, j'aurais bien aimé qu'on continue à avoir un avis médical. C'est peut-être contradictoire… Je sais bien que c'est compliqué avec… On a voulu sortir, démédicaliser le processus mais qui reste quand même de fait médical parce que quelqu'un qui fait ce parcours de transition, elle va bien être suivi par un médecin dans le cadre d'une hormonothérapie. Alors après elle fera ses choix, soit de procéder à d'autres interventions médicales ou pas mais pour l'instant j'ai pas vu de dossiers de personnes qui…

- N'ont jamais fréquenté les médecins assidûment ?

- Voilà. Et donc je trouve que c'est dommage qu'on n'ait pas cet élément. Alors évidemment, le texte ne l'exclut pas mais moi je continuerai de le demander. Maintenant si on me dit : 'Non, je ne vous communique pas cela parce que je considère que vous allez au-delà du texte…' Le texte, c'est vrai qu'il dit 'une réunion suffisante de faits qui démontre que la mention relative au sexe ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue' ; il n'y a rien de médical là-dedans ! (Entretien avec une juge du siège)

Une autre des magistrates rencontrées, en charge du service civil dans un parquet, considère également que le législateur a laissé les magistrats un peu plus démunis qu'ils ne l'étaient auparavant. N'ayant plus et même ne devant plus asseoir leur instruction d'un dossier ou leur décision sur la présence de pièces médicales et leur contenu, les magistrats ne peuvent plus compter sur des professionnels spécialistes de la prise en charge de personnes trans' engagées dans une procédure de réassignation sexuelle et sont désormais les seuls à pouvoir statuer sur l'appartenance de genre des personnes qui les saisissent.

Dans la mesure où vous n'êtes plus tenus d'attendre des attestations médicales d'endocrinologues, finalement qu'est-ce qui empêcherait demain qu'une personne se présente devant vous, ait éventuellement vu un psy qui atteste que oui effectivement cette personne depuis longtemps déjà est engagée dans un parcours de reconnaissance d'elle-même dans l'autre sexe, et des attestations de personnes de l'entourage. Finalement, qu'est-ce qui empêcherait que vous ayez à traiter ce genre de cas sans pour autant que la personne n'ait entrepris de procédure de modification de son corps au moins par hormonothérapie ? Je ne prêche ni pour l'un ni pour l'autre mais… (Entretien avec une procureure)

Une juge du siège va dans le même sens. Lorsqu'elle avait à statuer dans ce genre d'affaires avant le changement de loi en 2017, elle s'appuyait beaucoup sur les attestations de psychiatres ou de psychologues qui venaient la rassurer sur la dimension durable du sentiment d'appartenir à l'autre sexe. D'ailleurs, l'attestation de ce processus

par un professionnel du psychisme lui suffisait et elle faisait partie de ces juges qui ne considéraient pas qu'il était nécessaire que les personnes requérantes aient subies une réassignation chirurgicale complète avec ablation des organes génitaux de naissance.

> Il paraissait de bonne logique que quelqu'un qui s'identifie comme étant d'un sexe différent de celui sous lequel il est né, qu'il aille jusqu'au bout du processus de changement de sexe. Mais ce changement de sexe n'était qu'une traduction physique d'une construction psychique. Pourquoi moi je ne suis jamais allée sur le processus d'exigence ni d'expertise ni qu'il y ait une opération définitive, mais qui pour autant avais l'exigence d'avoir un parcours médical d'accompagnement qui démontrait que nous étions face à un vrai parcours psychique, et non pas à une toquade ? C'est parce que précisément, étant convaincue que nous étions face à un état psychique, il n'était pas nécessaire que la personne aille jusqu'à la mutilation pour que cet état psychique soit démontré comme préexistant. (Entretien avec une juge du siège)

Comme pour insister sur le fait qu'il est avant tout question ici de *genre* plus que de *sexe*, le magistrate choisit ses mots et appuie son raisonnement :

> Je ne m'attachais pas tant à ce que pouvaient dire les médecins sur la cohérence physique ou psychique, qu'à ce qu'il pouvait me dire sur 'nous sommes véritablement face à quelqu'un qui appartient à un autre genre'.

Pour cette magistrate, la stabilité du sentiment d'appartenir à un autre sexe que celui constaté à la naissance relève du psychisme et n'implique pas que la personne arbore un corps parfaitement ancré dans l'autre sexe sans aucun des attributs associés au sexe de naissance. En marge de la *doxa* alors dominante dans le champ du transsexualisme, cette même magistrate ne voit aucun problème à ce qu'une personne soit reconnue officiellement dans un genre tout en conservant par exemple les organes génitaux de naissance :

> Étant convaincue que nous étions face à un état psychique, il n'était pas nécessaire que la personne aille jusqu'à la mutilation pour que cet état psychique soit démontré comme préexistant. Je concevais parfaitement que quelqu'un puisse éventuellement (on va parler d'un homme) obtenir des seins, mais garder un sexe, dont j'ignore quel usage il pouvait faire parce qu'effectivement selon qui est hétéro ou homosexuel, il pouvait avoir une sexualité hétéro ou homosexuelle…

Une autre magistrate, en charge du service civil au sein d'une Cour d'appel, va un peu plus loin encore et considère qu'elle n'a aucun besoin, dans un dossier qu'elle a à instruire, de la moindre attestation d'un psychiatre :

> - Parquetière : Moi le suivi psychologique je le vois comme un accompagnement, pas comme une évaluation.
>
> - Pas comme une validation ?
>
> - Parquetière : Oui, c'est ça. Parce que pendant longtemps, c'était la validation quand ils étaient considérés comme des malades mentaux. Moi je le vois plutôt comme un accompagnement… Ça ne changera pas mon appréciation sur la pertinence du changement de sexe. […] Je n'en ai pas besoin, du point de vue du parquet, pour prendre la décision. (Entretien avec une magistrate du parquet)

À ses yeux les attestations fournies par les proches, les différents éléments visant à montrer que la personne vit quotidiennement comme appartenant véritablement au

sexe dont elle se réclame, le moment de l'audience devant les juges doivent suffire à ce que ceux-ci puissent forger leur conviction et prendre leur décision.

Les certificats médicaux, lorsqu'ils sont encore joints aux dossiers des requérants, les attestations de l'entourage familial, amical et professionnel sont mobilisés par les magistrats dans le but de se forger une conviction quant à la légitimité de la demande de modification de la mention de sexe. La légitimité de cette demande se fonde essentiellement sur deux éléments : la stabilité du sentiment de la personne d'appartenir à l'autre sexe et l'intime conviction que les juges ont face à eux une personne véritablement ancrée dans le sexe dont elle se réclame, autrement dit, comme le dit l'article 61-5, qu'elle « se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ». C'est ce qui conduit les magistrates rencontrées à accorder une grande importance à la rencontre des requérant·e·s au moment des audiences.

C. L'hexis des personnes trans' au cœur de l'audience

Ce qu'il faut d'abord savoir de l'audience, et plus largement, à propos du dépôt de ces requêtes, c'est que les nouvelles dispositions légales n'imposent plus que la personne qui demande une modification de la mention de son sexe sur son acte de naissance soit obligatoirement assistée d'un avocat. Dans ce contexte donc, même si cela reste encore ponctuel, il arrive quelques fois que des personnes constituent leur dossier sans avocat et arrivent seules à l'audience. Dans la plupart de ces situations, les juges ont tout de même l'impression que les personnes se sont fait assister, sans doute auprès d'associations, ou tout au moins se sont très bien informées sur des sites internet ou des blogs, auprès de personnes expérimentées. Dans une majorité des cas, les dossiers paraissent bien construits et complets. Ils le sont parfois même au-delà de ce que requiert à présent le code civil puisque sont aussi très souvent fournis des justificatifs médicaux ; parfois parce que les requérant·e·s souhaitent s'assurer au maximum d'obtenir une réponse favorable, parfois parce que les avocats eux-mêmes n'ont pas fait évoluer leur pratique.

> Et puis là, depuis quelques temps, déjà ce qui a aussi changé c'est que le ministère d'avocat n'est plus obligatoire aujourd'hui, donc bien sûr vous avez des gens qui continuent de passer par un avocat et donc l'avocat va construire le dossier. D'ailleurs l'avocate qui intervient très souvent dans ces dossiers-là me disait qu'elle commençait à avoir des soucis pour récupérer les certificats médicaux, parce que l'association et les gens disaient : 'Mais attendez, on n'a plus à fournir ça ! C'est plus une exigence légale alors qu'est-ce que vous nous cassez les pieds à nous demander ça ?' Elle avait sa checklist et puis voilà. Donc on a vu des demandes continuer à venir avec un dossier construit de façon assez précise avec ces éléments-là, même si elle a ces difficultés à les obtenir. Et après moi j'ai eu la surprise – mais c'était à la limite assez logique – de recevoir un petit papier, une personne qui vous écrit, elle écrit au procureur en disant 'voilà, je veux changer de sexe' et rien. Rien, il n'y avait rien du tout. C'était écrit sur une feuille à petits carreaux, un papier d'écolier. [*rires*] (Entretien avec une parquetière)

Il arrive donc que les magistrats du parquet aient quelques fois la surprise de voir arriver sur leur bureau un dossier très incomplet. Dans ces situations, le greffe informe la personne de la nécessité, dans son intérêt, de revoir la constitution de leur dossier.

Toutes les magistrates rencontrées ont insisté sur l'importance de l'audience au cours de laquelle la personne qui demande une modification de son acte de naissance se

présente aux juges qui statuent sur sa demande. Les avocats interviewés sont également de cet avis, mais surtout par pragmatisme : expérimentés, ils considèrent que les dossiers qu'ils dressent pour leurs client·e·s doivent suffire mais ils savent aussi que bien souvent, rencontrer les requérant·e·s permet aux juges de prendre, selon leurs propres mots, « la bonne décision ».

> Juge : Ils sont systématiquement convoqués à une audience, chambre du conseil, c'est comme ça qu'on les appelle. Donc ça a lieu en chambre du conseil, c'est-à-dire que ce n'est pas public. Le principe c'est que c'est devant trois magistrats et un membre du parquet ; un autre magistrat, qui est donc parquetier. En fait, ici, en raison de la pénurie des effectifs, on fonctionne à deux ; on est en juges rapporteurs à deux. Et puis il y a toujours un magistrat du parquet et bien évidemment une greffière. (Entretien avec une juge du siège)

> - Juge : Aujourd'hui l'apparence elle est quand même importante. Cette réunion suffisante de faits, on a souvent la photo, on voit la personne à l'audience et en général pour nous ça nous convainc. On dit 'ben oui'. […] On s'est posé la question de savoir si on devait maintenir des audiences dédiées au changement de sexe et si on devait continuer à convoquer les personnes. Et pour l'instant, l'idée est restée que on allait continuer à les convoquer parce que pour nous ça nous permettait d'asseoir encore un peu plus notre opinion sur la question.
>
> - Lorsque quand vous les convoquez, ça veut dire qu'elles sont obligées de se rendre personnellement ou elles peuvent se faire représenter ?
>
> - Juge : Le but c'est… Elles peuvent très bien ne pas venir et se faire représenter par un avocat mais en général elles viennent.
>
> - Mais le but que vous recherchez c'est justement de les rencontrer ?
>
> - Juge : C'est de les voir justement. Il n'y a pas longtemps, à l'audience, après qu'on ait eu cette discussion avec la présidente de savoir ce qu'on allait faire etc., on avait pas vraiment tranché la question. On avait dit 'on va pour l'instant continuer sur le mode antérieur, c'est-à-dire on convoque systématiquement la personne'. Et puis on a eu à l'audience une demande sans avocat et la personne était là, et cette personne nous a expliqué son parcours. C'était mais franchement un moment très fort. Très fort. D'entendre cette personne qui nous expliquait comment alors qu'elle avait… C'était un homme je crois ? Oui, c'était un homme. C'était un homme qui était devenu femme, qui avait donc des enfants, qui était infirmier et qui maintenant était infirmière dans le même établissement hospitalier. Et franchement, c'était un moment je trouvais extrêmement intéressant d'avoir cette personne devant nous qui nous racontait son parcours de vie qui forçait le respect, entre nous. Et je me suis même fait la réflexion que c'était bien plus fort que les deux dossiers précédents où c'était l'avocat qui de façon un peu juridique et un peu… Pas déshumanisée, n'exagérons pas ! Mais qui retraçait le parcours de la personne… Là, franchement, je trouvais que ça apportait beaucoup. (Entretien avec une juge du siège)

Voir les personnes trans' requérantes, les regarder entrer dans la salle d'audience et marcher jusqu'à eux, parler avec elles, leur faire raconter à nouveau leur histoire, entendre leur voix. Voilà ce qui permet aux juges, dans la plupart des dossiers, de confirmer ce qui était déjà lisible dans les dossiers. Des éléments significatifs de la biographie personnelle sont bien sûr racontés pendant l'audience et font l'objet de questions de la part des magistrats. Et c'est autour de ces questions et des réponses qu'elles suscitent que l'audience s'organise. L'histoire de la personne telle qu'elle est recueillie au cours de l'audience informe les juges bien sûr. Mais ce récit que l'on

demande à la personne de relater à nouveau est aussi un prétexte pour investiguer autre chose. Ce que les magistrats essaient en réalité d'évaluer, c'est le degré de féminité ou de masculinité de la personne requérante. La féminité d'une requérante qui souhaite que l'état civil la définisse comme une femme est évaluée selon des critères très stéréotypés. Du point de vue de l'apparence corporelle, c'est le soin apporté à la coiffure et la longueur des cheveux, le port de vêtements identifiés comme féminins, le maquillage. Des critères dont les juges reconnaissent volontiers qu'ils définissent mal les femmes dans la société contemporaine. Une juge reconnaîtra ainsi qu'ils sont difficiles à manipuler, elle-même portant des pantalons, des cheveux cours et utilisant peu de maquillage. Une autre constatera que la féminité, de son point de vue, est parfois *sur-jouée* (au regard de la manière dont elle se considère elle-même), sans que cela ne nuise au pouvoir de conviction de la personne trans' *sur-jouant* la féminité.

> - Juge : De ma petite expérience de ces audiences parce que ça fait trois ans maintenant que je suis sur ces audiences, ce que je constate c'est que les personnes qui sont transgenres dans le sens homme-femme se présentent toujours très féminines, c'est-à-dire qu'elles sont plus maquillées que la moyenne, elles ont des vêtements assez étroits qui mettent en valeur leurs courbes. Vous voyez, une revendication de la féminité qui passe par l'apparence et la présentation qu'elles donnent, bien plus que quelqu'un qui…
>
> - Bien plus que dans le sens inverse ?
>
> - Juge : Oui, voilà. Dans le sens inverse, c'est moins frappant. On a bien sûr des femmes qui sont devenues hommes. Qui ont des traits encore un peu fins mais il n'y a pas de… dans l'habillement… On n'est pas avec le gros dur [*imitant une voix typée masculine :*] qui se présente avec les tatouages, qui a cette posture à parler comme ça. Non. Qui ne sur-joue pas l'homme en fait. Enfin, une certaine vision qu'on peut avoir de la masculinité. (Entretien avec une juge du siège)

A contrario, les juges rencontrées, à l'image de celle-ci, considèrent que les hommes trans' sur-jouent moins la masculinité. À les écouter, alors que les femmes trans' qui se présentent à l'audience paraissent bien souvent des femmes assez extraordinaires dans le sens où elles jouent des codes de l'apparence féminine, les hommes trans', quant à eux, se présentent sous des aspects relativement ordinaires.

> - Les audiences ne sont pas systématiques selon les tribunaux, certains décident de ne pas audiencer ; qu'est-ce qui fait qu'ici on a décidé d'organiser des audiences ? C'est important de rencontrer les personnes ?
>
> - Juge : Oui. Oui. Alors, c'est vrai que dans d'autres domaines, comme par exemple les adoptions simples, on n'audience pas systématiquement. Parce que c'est prévu, on peut rendre la décision 'sans débat' comme le dit le code de procédure civile. C'est-à-dire qu'on se dispense de l'audience. En matière de transsexuels, on audience systématiquement parce qu'on veut voir la personne, sachant qu'on rend la décision en fonction des pièces qui sont produites, des attestations, mais également en fonction de l'effet que nous fait la personne, puisqu'on doit constater – enfin, on l'estime – par nous-mêmes, et d'ailleurs c'est ce que l'on mentionne dans la décision, que la personne a effectivement l'apparence qui la rattache au sexe opposé qu'elle souhaite rejoindre. (Entretien avec une juge du siège)

On peut se demander comment cela se passe lorsque les juges ne sont pas convaincus que la personne convoquée à l'audience se présente bien conformément aux attentes liées au genre dont elle se réclame. En toute franchise, une juge fait part de l'embarras qu'elle a ressentie une fois dans pareille situation :

- Juge : Il y a un dossier qui m'avait profondément posé problème. C'était un homme qui avait une soixantaine d'années, qui avait vécu toute sa vie en homme et à l'âge de la retraire, une fois qu'il n'était plus dans son milieu professionnel, du jour au lendemain il avait décidé de s'habiller en femme et d'engager un processus de conversion sexuelle. Très sincèrement, quand il s'est présenté… Déjà, moi je trouvais que ça faisait… Au regard de la durée de sa vie, j'étais interpelée par la tardiveté de cette revendication. Et en plus de ça c'est quelqu'un qui ne pouvait pas subir d'opération chirurgicale parce qu'il avait des problèmes médicaux qui étaient incompatibles avec des interventions chirurgicales. Et donc il est arrivé à l'audience, j'ai vraiment eu l'impression de voir un travesti, de pas être sur la même dimension que les dossiers habituels de transgenres. Et là j'étais vraiment gênée. D'ailleurs c'est un dossier où je me suis opposée parce que je trouvais – c'était avant la réforme – que on n'avait pas suffisamment d'éléments, que pour moi ce n'était pas suffisamment abouti. Ce n'était pas 'non' mais c'était pas assez abouti. Finalement le tribunal ne m'a pas suivi et a prononcé…

- C'est-à-dire que c'était quelque chose qui intervenait très tard dans sa vie et donc finalement qui s'était manifesté depuis peu mais aussi parce qu'il n'était pas de fait engagé dans un processus médical très avancé ?

- Juge : Voilà. Et puis ouais l'hormonothérapie était récente et puis l'apparence physique était celle d'un homme déguisé en femme. Alors que dans les autres dossiers je n'ai jamais ressenti cela. Jamais dans un seul des dossiers je me suis dit c'est un travelo (entre guillemets). Non ! Je me suis toujours dit : 'Tiens quelle belle femme ! [*rires*] Parce que souvent je trouve que justement comme elles sur-jouent la féminité, on a des gens qui se présentent avec beaucoup de classe, beaucoup de… Et on se dit : 'Wouaw !' [*rires*] (Entretien avec une parquetière)

Là encore, il est difficile pour cette magistrate d'exprimer avec exactitude et précision les différents indicateurs qui lui ont donné l'impression de ne pas avoir face à elle une femme convaincante. Elle insiste sur le caractère incongru de son mode de présentation. La personne qui se présente à l'audience lui paraît grimée en femme. Dans ce dossier, la parquetière s'est opposée à la demande de modification de la mention de sexe mais les juges ne l'ont pas suivie.

Lorsqu'elles sont interrogées sur les indicateurs qui leur permettent d'identifier si elles ont bien face à elles, pendant l'audience, un homme ou une femme, les magistrats sont mal à l'aise. Il y a sans doute plusieurs raisons à cela. Elles ont d'abord conscience que leur évaluation du degré de féminité ou de masculinité d'une personne trans' repose sur des stéréotypes. Elles sont également relativement démunies : comment peut-on déterminer, le temps d'une audience, si on reconnaît la personne comme une femme ou comme un homme, alors même qu'on ne sait pas définir une fois pour toutes ce qu'est être homme ou être femme ? En réalité, ce que montrent ces témoignages, c'est qu'il est vain, bien sûr, d'établir une définition ferme de ce qu'est être un homme ou une femme. La féminité ou la masculinité d'une personne trans' dans le temps de l'audience s'évalue à travers la relation que l'on a avec elle : il ne s'agit pas d'établir si elle est ou non maquillée, si elle porte un pantalon ou une jupe mais de dire si la personne qui agit dans le cadre de l'interlocution que l'on a avec elle, le fait en tant qu'homme ou en tant que femme. S'il est difficile de faire une liste précise des éléments déterminants c'est parce que justement tout compte mais chaque fois à des degrés divers : l'hexis corporel, à savoir à la fois l'apparence physique et l'attitude, la démarche et la posture, la voix, sa tessiture et son ton, le regard.

IX. ÉTAT CIVIL, MÉDECINE ET TRANSIDENTITÉ

Jusqu'à la récente loi de modernisation de la Justice du XXIe siècle[543], l'obtention du changement d'état civil pour les personnes trans'[544] était subordonnée à un certain nombre de conditions médicales. En effet, après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme[545], la Cour de cassation, dans deux arrêts rendus le 11 décembre 1992, a ouvert la possibilité du changement d'état civil, en l'assortissant d'un certain nombre de critères :

> « Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification. »[546]

Avant ces décisions de la Cour de cassation, les médecins procédaient à des interventions chirurgicales et dispensaient des traitements hormonaux. Ces interventions, longtemps réalisées à l'étranger ou dans une certaine clandestinité, étaient parfois aussi effectuées en milieu hospitalier. Pourtant, et malgré la publicisation des pratiques médicales et leur progressive normalisation, la plupart des tribunaux refusaient de prendre en considération les demandes de changement d'état civil des personnes trans'.

Les décisions de la Cour de cassation vinrent reconfigurer cette situation. En ouvrant la possibilité du changement d'état civil mais en subordonnant cette possibilité à la mise en place d'un traitement hormono-chirurgical, elles validaient de fait l'intervention médicale, en même temps qu'elles reconnaissaient la pathologie que cette intervention était censée réparer. Le changement d'état civil des personnes trans' était donc ainsi désormais placé, en partie, sous la juridiction des médecins. Ceux-ci, en tant que praticiens, constataient un syndrome de transsexualisme et contribuaient à modifier les caractères du sexe d'origine des personnes, et, en tant qu'experts, ils attestaient de la réalisation effective de ces modifications. La reconnaissance sociale de la transidentité à partir de sa prise en charge par la médecine l'inscrivait durablement dans la sphère de la pathologie.

---

[543] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

[544] La question du vocabulaire est centrale dans les controverses autour de la question trans. Dans cet article, nous utiliserons les termes ou expressions qui paraissent aujourd'hui les moins controversés : « personnes trans' », « question trans' », « transidentité ».

[545] Cour européenne des droits de l'homme, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n° 13343/87.

[546] Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 décembre 1992.

La récente réforme législative de novembre 2016[547] qui déconnecte le changement d'état civil de l'intervention médicale est l'aboutissement d'une évolution de longue durée. Cette évolution a connu des moments de saillance, notamment au travers de mobilisations associatives ou de déclarations publiques. Elle s'est opérée aussi de manière moins manifeste. En effet, à partir de leurs actions, de leurs discours ou des épreuves qu'ils ont rencontrées, un certain nombre d'acteurs ont contribué à défaire progressivement cette articulation entre médical et judiciaire.

C'est à cette progressive déconnexion et à la manière dont les médecins y ont pris part que ce chapitre est consacré. L'enquête sur laquelle il s'appuie s'est déroulée entre juillet 2016 et juillet 2017, à un moment où les règles qui avaient depuis plus de vingt ans régi la procédure judiciaire étaient profondément bouleversées ou étaient en train de l'être. Mais, les effets de la nouvelle loi étaient encore peu perceptibles pour les médecins, à cette période, et certains, même, n'en étaient pas informés. L'étude présentée ici est donc essentiellement rétrospective. Elle s'intéresse à la manière dont les médecins ont investi la procédure de changement d'état civil à un moment où processus judiciaire et traitement de réassignation étaient encore étroitement associés. En s'attachant à repérer des inflexions de pratiques et de postures, elle propose de montrer comment ils ont pu participer ou, au contraire, freiner le mouvement actuel d'autonomisation de la procédure judiciaire vis à vis du médical.

Qu'a pu représenter pour les médecins ce lien de dépendance entre leurs interventions et le processus judiciaire ? La perspective du changement d'état civil a-t-elle influé leur manière d'envisager la prise en charge médicale ? Quel regard les médecins ont-ils pu avoir sur cette articulation entre médecine et droit ? Quelle part éventuelle ont-ils pris aux évolutions en cours ? Comment envisagent-ils la déconnexion instaurée par la loi de novembre 2016 ? C'est à ces questions que l'enquête s'est attachée à répondre.

---

[547] L'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle modifie le code civil dans les termes suivants :

« II. - Après la section 2 du chapitre II du titre II du livre Ier du même code, est insérée une section 2 bis ainsi rédigée :

Section 2 bis

De la modification de la mention du sexe à l'état civil

Art. 61-5. - 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 ;

Art. 61-6. - La demande est présentée devant le tribunal de grande instance.

Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande.

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.

Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil. […] »

Elle s'est efforcée de ne pas préjuger des positions des différents acteurs et de dépasser les assignations de postures que les enjeux très conflictuels autour de la transidentité ne manquent pas d'induire. Elle a été en particulier très attentive à la variété des opinions et des comportements des médecins, reflet « d'une diversité d'intérêts et de logiques constitutifs de l'activité médicale[548] ». Cette hétérogénéité est particulièrement perceptible vis-à-vis de cette question de la transidentité mais elle ne recoupe pas simplement les oppositions souvent mises en exergue entre équipes hospitalières et médecins hors équipes[549].

En matière de transidentité, les relations entre les médecins et le monde judiciaire sont anciennes, ne serait-ce que parce que les actes de réassignation hormono-chirurgicale ont pendant longtemps été effectués dans le cadre d'un vide juridique, source d'insécurité pour les praticiens. À l'initiative des médecins, soucieux de faire reconnaître leurs pratiques, se sont noués peu à peu des liens professionnels de proximité entre monde judiciaire et monde médical. Ces liens, s'ils ont pu favoriser une plus grande fluidité des parcours trans', ont aussi installé l'évidence d'un processus médico-judiciaire de transition.

La première partie de ce rapport fera état de ces relations initialement bien établies. Elle retracera un épisode particulièrement marquant de l'histoire de ces relations, en revenant sur la période 1998-2004 pendant laquelle, suite à des accords entre les acteurs lyonnais, l'obtention du changement d'état civil précédait les opérations chirurgicales. Dans une seconde partie, il s'agira de décrire comment cette proximité relationnelle s'est accompagnée d'un certain partage des références et des catégories de pensée à tel point que l'on peut parler d'un étayage mutuel entre les catégories de la médecine et du droit. Les notions d'indisponibilité et d'irréversibilité seront tout particulièrement abordées dans cette perspective. Enfin une troisième et dernière partie, portera sur la mise en évidence d'un certain nombre de signes témoignant de la prise de distance, déjà ancienne, de certains médecins vis-à-vis de leur mode d'implication dans la question du changement d'état civil des personnes trans' et d'une certaine déspécification de leur intervention.

DES LIENS FRAGILES AVEC LE MONDE JUDICIAIRE

Dans les années 1970-1980, seul un petit nombre de praticiens relativement isolés pratiquaient la médecine dite de réassignation. En l'absence de textes autorisant ou interdisant les interventions médicales sur les personnes trans', ils prescrivaient des

[548] Alexandre JAUNAIT, « La médecine est-elle toujours morale », *Les Tribunes de la santé*, n° 26, printemps 2010.

[549] La prise en charge médicale des personnes trans' s'est développée au sein d'équipes pluridisciplinaires hospitalières. Ces équipes ont normalisé leurs pratiques en adoptant des protocoles et se sont associées en 2010 au sein de la SOFECT, Société Française d'Études et de prise en Charge du transsexualisme, devenue en novembre 2017 Société Française d'Études et de prise en Charge de la Transidentité. Cette prise en charge hospitalière fait l'objet de vives critiques de la part des associations de personnes trans' au motif qu'elle contribue à pathologiser et à psychiatriser les parcours transidentitaires. Les personnes trans' consultent aussi des médecins libéraux, « hors protocoles », et ont recours à des chirurgiens étrangers, notamment belges ou thaïlandais.

traitements hormonaux ou réalisaient des opérations chirurgicales sans être assurés d'exercer dans la légalité.

1. À L'OMBRE DE L'INSÉCURITE JURIDIQUE

En effet, comme le rappelle un article publié en 1979 par la juriste Dominique Thouvenin[550], les médecins concernés étaient toujours susceptibles de tomber sous le coup des articles 318 (administration de substances dangereuses), 316 (castration) et 309 (coups et blessures volontaires) de l'ancien code pénal[551]. Et même si les tribunaux ne semblent pas avoir eu à se prononcer sur cette question[552], certains d'entre eux, examinant des demandes de changements d'état civil, refusaient de prendre en considération des modifications corporelles obtenues par des procédés pénalement répréhensibles :

> « Il ne saurait être tenu compte de changements apportés artificiellement à la morphologie par l'ingestion de certaines substances, encore moins par une opération comportant des mutilations réprimées par la loi pénale. » [553]

Les interrogations persistèrent bien au-delà de ces premiers temps de la prise en charge médicale. Ainsi en mars 2001, une réunion organisée à la Direction Générale de l'Hospitalisation et de l'Organisation des Soins du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité visant à faire le point sur « la prise en charge des transsexuels », débutait encore par un exposé d'une représentante de la Direction Générale de la Santé sur l'état du droit en la matière. L'intervention mentionnait que l'article 16-3 du code civil introduit par la loi bioéthique de 1994, admet le principe de l'atteinte à l'intégrité du corps humain en cas de nécessité thérapeutique et que la loi CMU de 1999 avait remplacé le terme « nécessité thérapeutique » par celui de « nécessité médicale » pour introduire la question de la prévention. Mais que les interventions sur les personnes trans' pouvaient être considérées comme incluses dans la première formule, et donc relever de la visée thérapeutique, « même si un débat est engagé sur la notion de thérapeutique qui doit plutôt être comme une thérapeutique palliative, en l'absence de thérapeutique curative ». Finalement l'exposé concluait que c'est le « juge civil par le droit administratif qui, en 1992, poussé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, a légitimé le traitement chirurgical » et qu'en conséquence « il est possible de considérer depuis cette date que, si le diagnostic est porté dans les règles de l'art, il n'y a pas d'obstacle juridique à la pratique d'un traitement chirurgical »[554].

Dans ce contexte d'incertitude, sinon d'insécurité juridique, les équipes médicales hospitalières ont eu tendance à nouer des contacts avec le monde judiciaire, soit de

---

[550] Thouvenin Dominique, « Le transsexualisme une question d'état méconnue », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, n° 59, juillet-septembre, 1979.

[551] Ces infractions ont été conservées dans le code pénal actuel à l'exception de celle de castration.

[552] *Cf.* toutefois Cass., crim., 30 mai 1991, n° 90-84.420 pour une action dirigée contre un médecin ayant opéré une personne trans' laquelle avait ultérieurement mis fin à ses jours.

[553] Paris, 14 janvier 1974, cité par Thouvenin (*op. cit.*)

[554] Compte-rendu de la réunion du 2 mars 2001 sur la prise en charge des transsexuels. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité. DGHOS. 22 mars 2001.

manière ponctuelle, soit de manière plus pérenne. À certains moments, favorisées par le maintien prolongé en poste de certains acteurs, les relations parvinrent à se stabiliser autour d'arrangements plus ou moins explicites. À d'autres moments au contraire, un événement de portée locale, comme la mutation d'un magistrat ou la déclaration publique d'un avocat réussit à rompre un équilibre qui semblait pourtant bien établi. Un épisode de l'histoire lyonnaise des relations entre les médecins et les juges témoigne de l'originalité mais aussi de la fragilité des coopérations mises en place.

2. « L'IDYLLE MÉDICO-JUDICAIRE » LYONNAISE

Souvent évoqué, et qualifié par certains des médecins les plus anciennement investis dans l'histoire de la transidentité à Lyon comme un moment « d'idylle médico-judiciaire », cet épisode est néanmoins peu documenté. Nous sommes parvenus à en reconstituer les principales étapes à partir de témoignages et en prenant appui sur diverses archives privées mises à notre disposition.

C'est une menace proférée en public, celle qu'aurait lancée en 1998 Maître Gilbert Collard à l'égard du chirurgien urologue qui pratiquait des opérations de réassignation, qui déclencha l'affaire. L'avocat ayant annoncé à l'occasion d'un colloque de sexologie tenu à Lyon qu'il était en mesure de faire emprisonner le chirurgien et son équipe, la direction des Hospices Civils de Lyon (HCL), imposa à ces derniers de ne plus procéder à des interventions sur des personnes transsexuelles. Le chirurgien, autour duquel commençait à se structurer une petite équipe pluridisciplinaire, décida donc d'opérer les personnes une fois qu'elles auraient obtenu le changement d'état civil. Ainsi l'annonçait-il dans un courrier adressé au Conseil de l'Ordre :

> « Je voulais vous préciser que je n'opère plus aucun transsexuel qui n'a pas obtenu son changement d'identité. Je pratique donc en fait une intervention comme s'il s'agissait d'un inter-sexuel rendant la personne aux normes de sa nouvelle identité. »[555]

Et effectivement le Conseil de l'Ordre[556] approuva son choix en notant :

> « Il est préférable que le chirurgien n'intervienne qu'après qu'une décision du tribunal ait accordé le changement d'état civil du transsexuel. »[557]

Il s'engagea même, plus avant, en présentant l'obtention du changement d'état civil comme l'autorisation de pratiquer l'intervention chirurgicale :

---

[555] Lettre du chirurgien de l'équipe de Lyon au secrétaire général de l'Ordre des médecins (Conseil Départemental du Rhône). Novembre 1998.

[556] Déjà, en 1983, le Conseil de l'Ordre dans ses commentaires de l'article 22 de code de déontologie médicale notait : « En définitive, il convient pour les médecins d'être particulièrement prudents devant des demandes d'hormonothérapie qui engagent l'avenir ; pour les chirurgiens, envisager de procéder aux mutilations demandées ne peut se concevoir qu'après une expertise psychiatrique et endocrinologique très complète et une longue mise en observation. Il semble préférable que le chirurgien pressenti n'intervienne qu'après qu'une décision du tribunal ait accordé le changement d'état civil. » (Souligné par nous.)

[557] Lettre du Secrétaire Général de l'Ordre des médecins (Conseil Départemental du Rhône) au chirurgien. Lyon. Novembre 1998.

> « Dès lors que le processus d'évaluation rappelé dans mon courrier du 6 novembre dernier est respecté et que le changement d'état civil est obtenu, il n'y a plus d'obstacle juridique à l'opération. »

Pendant un temps, les magistrats ne modifièrent pas leurs pratiques et chacune des parties campa sur ses positions. « On avait un peu le serpent qui se mordait la queue ; des chirurgiens qui disaient 'je vous opère dès que vous avez votre nouvel état civil' et des tribunaux qui disaient 'on vous change votre état civil dès que vous êtes opéré'[558]. »

Finalement, après un certain nombre de discussions, un arrangement put être trouvé avec l'accord des magistrats du Tribunal de Grande Instance et du Procureur de la République. Pendant quelques années, les magistrats acceptèrent d'accorder le changement d'état civil au vu d'une opération prévue mais non encore réalisée. Après « une sélection rigoureuse et une évaluation », l'avocate associée à l'équipe présentait au TGI les dossiers pour demande de modification d'identité, après avis d'un expert choisi par le TGI. En cas d'avis favorable, le sujet était opéré pour que « la réassignation chirurgicale suive de très près la notification du changement d'identité juridique[559] ».

Ce *modus vivendi* qui engageait la Direction des Hospices Civils de Lyon, l'équipe pluridisciplinaire et le Tribunal de Grande Instance sembla pendant un temps satisfaire l'ensemble des parties concernées. Il mettait les HCL à l'abri des risques juridiques que les interventions de réassignation auraient pu leur faire encourir. Il permettait au chirurgien de poursuivre son activité. Les juges, quant à eux, se fiaient à la compétence de l'équipe pluridisciplinaire et s'en remettaient à l'avis des experts. Le climat de confiance que certains médecins avaient su construire avec les professionnels du droit, que ce soit au travers d'une activité d'expertise auprès des tribunaux ou d'enseignements à la Faculté[560], était un terreau très favorable au rapprochement des positions.

Une telle entente ne manqua pas d'offusquer certains médecins experts auprès des tribunaux qui ne comprenaient pas le sens de telles pratiques. L'un d'entre eux, fréquemment sollicité sur les questions de transsexualisme, se rappelle qu'il a contacté à ce propos la juge du Tribunal de Grande Instance.

> Je lui ai téléphoné un jour et elle me dit : 'Si un des experts dit qu'il est un transsexuel, cela veut dire qu'il va se faire opérer, qu'il ira jusqu'au bout de sa démarche.' Je lui dis : 'Madame, ce n'est pas aussi simple que cela ! Nous, on dit que c'est un transsexuel, ce n'est pas pour autant que cette personne va aller jusqu'au bout de sa démarche.' Et elle ajoute : 'En plus cela lui donne l'autorisation de pouvoir être opéré.' Je lui dis : 'Écoutez Madame, cela m'étonne un peu car une atteinte au corps humain, ce ne peut être la justice qui la décide, il faut une raison médicale.' Elle était froissée... Cela ne lui a pas plu du tout ce que je lui ai dit. Elle ne m'a plus jamais sollicitée ![561]

Mais de fait, c'est un tel arrangement qui, dans le ressort du Tribunal de Lyon a régi pendant plusieurs années et de manière quasi routinière le parcours médico-judicaire des personnes trans'. Le changement d'état civil ne constituait alors pas l'épilogue de ce parcours. Il en était l'avant-dernière étape, celle qui précédait l'intervention chirurgicale.

---

[558] Psychiatre, équipe de Lyon, entretien 2016.

[559] Lettre du médecin endocrinologue au directeur du service juridique des Hospices Civils de Lyon, septembre 2004.

[560] Le chirurgien de l'équipe donnait ainsi des cours à la Faculté de Droit.

[561] Psychiatre, expert auprès des tribunaux de Lyon, entretien, 2016.

C'est d'ailleurs ce qu'indique l'endocrinologue de l'équipe qui annonce au chirurgien que deux de ses patients ont obtenu un avis favorable de l'expert qui sera probablement entériné par le juge, et qui ajoute : « Ce qui te permettra d'œuvrer comme tu le souhaites, le changement d'identité juridique ayant été obtenu au préalable[562]. »

En 2004, avec l'arrivée de deux nouveaux juges à la première chambre du Tribunal de Grande Instance de Lyon, ce mode de fonctionnement est brutalement bouleversé. Les juges déclarent, en premier lieu, qu'ils ne sont pas compétents pour instruire les dossiers des personnes dont le domicile ou le lieu de naissance ne sont pas situés dans le ressort de compétence territoriale de la juridiction lyonnaise. En effet, les conditions plus avantageuses de l'examen des demandes de changement d'état civil à Lyon avaient provoqué l'afflux d'un certain nombre de dossiers vers ce tribunal. Les juges décident de renvoyer les personnes qui n'auraient pu fournir les attestations de leur lieu de naissance ou de domicile exigées vers le tribunal. Mais surtout, ils dénoncent le compromis médico-judiciaire en place et refusent de statuer sur les dossiers de personnes qui n'auraient pas été préalablement opérées. Ce point suscite des réactions nombreuses parmi les médecins concernés. Le chirurgien annonce qu'il refuse désormais de procéder à toute opération chirurgicale, à moins d'avoir obtenu une autorisation préalable du tribunal. Il formule une demande en ce sens auprès de la vice-présidente de la première chambre du TGI, qui lui répond « qu'aucun texte législatif ou réglementaire n'autorise un magistrat à donner l'ordre à un chirurgien d'opérer un patient ». Un certain nombre de réunions sont programmées au sein des HCL entre médecins et juristes pour sortir de l'impasse.

À l'issue d'une rencontre entre l'avocate associée à l'équipe médicale et les deux juges du TGI en charge de l'état civil, une solution alternative est proposée. L'avocate en rend compte au chirurgien. Cette solution consiste à lancer, dans un premier temps, la procédure de changement d'état civil avant l'opération et d'attendre l'avis de l'expert « sur la réalité ou non du transsexualisme ». Ensuite, dans un deuxième temps, le tribunal pourrait « homologuer le rapport d'expertise, considérer que la personne est bien transsexuelle et surseoir à statuer pour le changement d'état civil dans l'attente de l'intervention chirurgicale ». Et l'avocate de conclure : « Cela vous donnerait la certitude juridique que le ou la patiente à opérer est bien transsexuel. » Elle précise enfin qu'en tant que professeur en médecine, le chirurgien pourrait rentrer en contact avec l'expert judiciaire « afin d'avoir la certitude de l'existence de transsexualisme avant même le dépôt du rapport d'expertise ».

Cet aménagement procédural, qui semble avoir, un moment, recueilli l'intérêt de l'un des deux magistrats, ne manqua pas de soulever de nombreux débats. Il suscita un certain nombre de critiques, énoncées en particulier par l'un des psychiatres de l'équipe médicale. Pour ce médecin, la proposition envisagée permet de toute évidence de garantir au chirurgien une certain sécurité du point de vue juridique, mais l'obligation pour la personne de subir une intervention chirurgicale afin d'obtenir son changement d'état civil « constitue une contrainte discutable au plan éthique comme à celui de son retentissement psychique ». Il relève que, pour un certain nombre de patients, il n'est nullement indispensable de subir une lourde intervention. Le changement d'état civil associé à un traitement hormonal, une castration chirurgicale et une mastectomie leur paraît suffisant pour s'installer dans une nouvelle identité. « La possession d'un néo-vagin

[562] Lettre adressée le 4 février 1998 par l'endocrinologue de l'équipe de Lyon au chirurgien de la même équipe.

ou d'une néo-verge ne peut être considérée comme le critère identitaire sexuel exclusif. » Il ajoute que, « sous une telle contrainte, la validité du consentement du patient à une intervention chirurgicale majeure mérite d'être interrogée ». [563]

L'énonciation de ces critiques met en lumière le fait que, pendant plusieurs années, dans le cadre de l'aménagement à l'œuvre entre médecins et magistrats, les médecins n'envisageaient pas forcément la transition comme résultant « d'un achèvement morphologique ». L'allègement des contraintes juridiques pesant sur le changement d'état civil semblent ainsi avoir été un facteur favorable à l'élargissement des définitions médicales de la transidentité. Mais, par la suite, lorsque les magistrats subordonnèrent de nouveau leurs décisions à l'ultime étape chirurgicale, les qualifications médicales eurent tendance, en se rétrécissant à s'aligner sur ces nouvelles exigences. De manière plus générale, la reconstitution de ce moment lyonnais d'idylle judiciaire montre bien la porosité des représentations entre la sphère juridique et la sphère médicale : c'est ainsi que la décision du tribunal d'accéder au changement d'état civil a pu parfois être perçue, non seulement comme un permis d'opérer, mais aussi comme la garantie que la personne est bien transsexuelle.

Finalement, les magistrats ne transigèrent pas, mettant fin à la dissidence lyonnaise : le changement d'identité civile ne pouvait être envisagé qu'après une réassignation hormono-chirurgicale entendue dans son sens le plus large. Le chirurgien de l'équipe annonça qu'il acceptait finalement de pratiquer des interventions avant le changement d'état civil mais qu'il renonçait en revanche à opérer les personnes MtF dont il disait redouter les poursuites. Il arrêtera son activité la même année. Son successeur n'appliquera pas les mêmes restrictions.

3. DES ACTEURS MULTI-POSITIONNÉS

L'arrangement lyonnais n'aurait pu avoir lieu sans la construction progressive d'une certaine confiance entre médecins et magistrats. Les premiers revendiquant une sélection psychiatrique rigoureuse des patients – on parle alors dans l'équipe de « transsexualisme vrai » – les seconds faisant crédit aux premiers. Les médecins de l'équipe hospitalière et les juges de la première chambre du TGI, en poste pendant plusieurs années, ont eu le temps de se connaître. Deux avocates sont associées à l'équipe médicale et jouent un rôle de médiation entre les deux mondes professionnels. De manière plus générale, les équipes médicales ont des liens de coopération plus ou moins étroits avec le monde judiciaire. Ces relations sont souvent anciennes et elles ont été scellées à un moment où la légalité des interventions médicale ne semblait pas acquise. Ces relations, en général informelles, passent par un ou deux membres de l'équipe qui, dans leur parcours professionnel, ont des liens avec la justice.

Parmi les premiers membres des équipes hospitalières, on retrouve un certain nombre de psychiatres, spécialistes de médecine légale, notamment au sein des deux équipes les plus anciennes Lyon et Marseille. Les principaux intéressés réfèrent, d'ailleurs encore, cette particularité aux risques encourus à l'époque par leurs collègues somaticiens qui pratiquaient chirurgie et traitement hormonal.

[563] Lettre adressée le 28 août 2004 par le psychiatre à l'avocate associée à l'équipe.

> Je suis psychiatre et médecin légiste. À l'époque, on a estimé – comme à Lyon d'ailleurs où il y a encore une école de médecine légale – que quelqu'un qui avait ces deux formations était nécessaire, vu le problème de droit médical que cela posait.[564]

Encore aujourd'hui, certains médecins paraissent continuer à jouer un rôle spécifique vis à vis des autres membres de leur équipe. Il s'agit en particulier de ceux qui sont experts auprès des tribunaux, que ce soit dans le cadre d'affaires civiles (réparation juridique du dommage corporel par exemple) ou de ceux, le plus souvent psychiatres, dans le cadre d'affaires pénales[565]. Certains psychiatres exercent à titre principal dans des institutions médico-judicaires[566], d'autres ont acquis une compétence dans les domaines des maltraitances à enfants, des crimes sexuels ou des actes terroristes. Ils participent à ce titre à divers groupes de travail où se croisent professionnels de la médecine et du droit, tels des commissions d'enquête parlementaires, des conférences de consensus, des groupes interministériels. Acteurs multi-positionnés, leur appartenance simultanée à plusieurs mondes socio-professionnels leur permet de jouer un rôle de mise en relation, sinon de négociation entre le monde de la médecine et le monde judiciaire, notamment, nous le verrons plus loin (1.3), au sujet des dossiers de changement d'état civil.

Par ailleurs, certaines équipes comptent un ou deux avocats parmi leurs membres. Cette présence des avocats est elle aussi souvent liée à l'histoire à chaque fois particulière de la constitution des équipes. Ainsi, à Lyon, la première consultation à destination des personnes trans' a été ouverte au sein de l'École Lyonnaise de Médecine Légale dans les années 1980 à l'initiative de quelques psychiatres. Les psychiatres y proposaient un accompagnement psychothérapeutique et n'envisageaient qu'avec réticence les interventions hormono-chirurgicales. L'équipe pluridisciplinaire actuelle, issue d'une scission avec cette première équipe, était initialement constituée de deux endocrinologues qui prescrivaient déjà des traitements hormonaux, d'un chirurgien et d'un psychiatre. Elle a associé à ses débuts un juriste du Conseil de l'Ordre. Puis deux avocates l'ont rejointe « membres garantes de la rectitude juridique de l'équipe[567] ». L'une d'entre elles a joué un rôle très important au moment de changement de position du TGI vis-à-vis des conditions de changement d'état civil en 2004. Aujourd'hui l'équipe lyonnaise – connue sous le nom de GRETIS – ne compte aucun professionnel du droit parmi ses membres.

À Bordeaux aussi, un avocat fait partie de l'équipe pluridisciplinaire depuis plus de dix ans. Fils de l'un des endocrinologues de l'équipe et spécialiste de droit de la santé, il assiste régulièrement aux réunions de concertation pluridisciplinaire. Il est régulièrement sollicité sur certaines questions juridiques[568] et il est en charge de la défense devant les

---

[564] Psychiatre, équipe de Paris, entretien, 2017.

[565] Il y a quelques années, certains d'entre eux étaient sollicités en tant qu'experts sur les dossiers de changement d'état civil des personnes trans.

[566] Tel psychiatre de l'équipe lyonnaise a été pendant quarante ans médecin des prisons et a été jusqu'à une date récente responsable du pôle de santé mentale des détenus-psychiatrie légale (SMDPL).

[567] Endocrinologue, équipe de Lyon, entretien, 2016.

[568] « Je peux être aussi, en dehors de la RCP, consulté par les membres de la RCP parce que tout d'un coup il y a une urgence. Un exemple récent : un couple de parents d'enfant mineur, le père est détenu, la maman est d'accord pour que l'enfant subisse le traitement mais pas le papa pour des raisons religieuses et autres. Qu'est-ce qu'on fait ? Là c'est un peu la panique. Ne vous inquiétez pas ! On va examiner les cas. S'il y a un

tribunaux de nombreux dossiers de changement d'état civil. Il a joué un rôle important dans les démarches en vue de la structuration de l'équipe en 2007.

> En tant que juriste ayant une certaine expérience du traitement des dossiers, j'ai un peu monté avec eux un dossier de présentation du groupe Transgender[569]. Ce dossier a été un peu la base aussi pour des discussions avec la direction, le directeur général du CHU à l'époque en 2007. Tous les professionnels étaient connus de l'administration hospitalière, ils étaient connus. Cela a permis qu'ils soient reconnus. Ils ont créé la RCP [*réunion de concertation pluridisciplinaire*], ils se sont présentés aussi auprès de l'ARS pour obtenir cette reconnaissance et obtenir des budgets pour avoir des postes dédiés à cette activité : mi-temps de psychologue, de psychiatre. De fil en aiguille, de 2007 à aujourd'hui, avec l'équipe des anciens et l'équipe des jeunes, ils ont un peu mélangé leurs qualités propres et cela leur a permis d'avancer, d'avoir une visibilité au sein de l'institution. J'ai effectivement participé à cela.[570]

L'équipe de Marseille, de son côté, compte, parmi ses membres, une avocate. Celle-ci, fille d'un professeur de médecine légale, s'est engagée en 2002 sur cette question de la transidentité en assurant une permanence juridique en direction des personnes trans' au sein de l'Unité fonctionnelle de sexologie et de dysphorie de genre de l'Hôpital Sainte Marguerite à Marseille. Ayant depuis plaidé un grand nombre de dossiers de changement d'état civil ou de changements de prénoms, elle est référente sur ce thème auprès des médecins de l'équipe mais ne participe pas aux réunions pluridisciplinaires.

4. SUR LE FRONT DE L'ÉTAT CIVIL

Avec la progressive formalisation des équipes pluridisciplinaires, leur reconnaissance par l'administration et la standardisation de leurs pratiques, les risques juridiques ont eu largement tendance à s'éloigner[571]. C'est alors essentiellement la question du changement d'état civil qui mobilise les échanges entre médecins et magistrats.

Le recours à l'expertise a été le premier cheval de bataille des médecins des équipes hospitalières. Avant la circulaire du Ministère de la Justice du 14 mai 2010, qui recommande aux magistrats de « ne solliciter d'expertises que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur » et, dans tous les autres cas, de fonder leurs avis « sur les diverses pièces, notamment, les attestations et comptes rendus médicaux fournis par le demandeur à l'appui de sa requête qui engagent la responsabilité des praticiens qui les ont établis », certains tribunaux

---

désaccord on ne va pas intervenir évidemment. C'est dans ce contexte que je suis amené à répondre à un certain nombre de questions. » Avocat, équipe de Bordeaux, entretien 2016.

[569] À Bordeaux, l'équipe hospitalière a pris le nom d'équipe Transgender.

[570] Avocat, Equipe de Bordeaux, entretien, 2016.

[571] « Bien sûr, actuellement on n'est pas à l'abri, mais la Haute Autorité de Santé ayant reconnu le fait qu'on avait des centres agréés, que le processus RCP était valide, que les caisses nationales d'assurance maladie n'ont plus besoin de l'avis du médecin conseil national et peuvent prononcer la prise en charge à 100 %, il y a tout un ensemble de mesures administratives qui tendent à distinguer l'intervention chirurgicale et surtout celle-là qui est importante dans le parcours, comme n'étant pas une mutilation au sens de l'« arrêt Mercier » mais comme un geste thérapeutique réellement même s'il touche des organes sains parce qu'il s'inscrit dans un tableau qui justifie cette intervention. » Psychiatre, équipe de Lyon, entretien, 2016.

ordonnaient systématiquement la mise en place d'une expertise somatique et psychiatrique alors que d'autres se contentaient des attestations médicales produites.

Cette obligation coûteuse pour le justiciable et perçue comme humiliante et discriminatoire, était considérée par les médecins comme une marque de défiance à leur endroit. Persuadés de détenir une expertise dont peu de spécialistes pouvaient se prévaloir, ils considéraient le passage par l'expertise comme une mesure inappropriée. Certains d'entre eux se sont efforcés de convaincre les magistrats du caractère dérisoire de l'apport de l'expertise, au regard de la rigueur de l'évaluation pratiquée par l'équipe pluridisciplinaire.

> Même du temps où il y avait des expertises, aucun de nos patients n'était expertisé ; ce que nous faisions suffisait. Accessoirement j'étais expert auprès des tribunaux, j'avais dit à des magistrats : 'Vous vous rendez compte, vous avez demandé à ces personnes de payer deux, trois experts qui vont les voir pendant une heure, nous, on les a vus deux, trois ans.' Bref, cela a marché.[572]

Des démarches plus formalisées ont été entreprises à Bordeaux dans la même perspective : en 2009, une réunion d'information initialement dédiée aux médecins libéraux fut élargie aux magistrats, à l'initiative de l'avocat de l'équipe[573]. Il s'agissait d'informer les magistrats des différentes étapes du suivi des personnes trans', de démontrer le sérieux de la prise en charge par l'équipe, et de les persuader de l'inutilité du recours à des avis d'experts qui « n'avaient vu des personnes transsexuelles ou transgenres que dans les livres ». La procureure du parquet civil, a accepté de participer à cette réunion.

> C'était important parce que le parquet civil est amené à donner son avis sur le changement d'état civil. Cela lui a permis de voir qu'il y avait des gens sérieux dans ce domaine. Cela a contribué à une certaine reconnaissance de l'équipe médicale.

Dans ses plaidoiries l'avocat de l'équipe avançait les mêmes arguments.

> Le propos était de dire : 'Nous avons déjà des documents qui sont sérieux, qui sont le fruit d'un travail long et qui a nécessité l'investissement du patient lui-même ; faisons grâce à ce patient de repasser à nouveau devant d'autres spécialistes qui ne sont pas forcément les mieux outillés pour répondre à la mission que vous pourriez confier.'[574]

D'ailleurs, le succès des procédures de changement d'état civil est clairement attribué à la réputation et aux compétences des équipes hospitalières.

> Je n'ai aucun ou aucune de mes patients à qui on a refusé le changement, mais ils sont pourvus d'un dossier bien étayé. Ils sont passés par l'équipe…[575]

---

[572] Psychiatre, équipe de Paris, entretien 2017.

[573] « Comme je m'intéressais à l'aspect juridique, j'ai suggéré : 'Cela serait bien d'inviter nos magistrats. Il faut qu'ils soient au cœur du débat parce qu'après, c'est devant eux que cela se passe.' Cela s'est très bien passé puisqu'on a eu une écoute tout à fait bienveillante du parquet. » Avocat, équipe de Bordeaux, entretien 2016.

[574] Idem.

[575] Psychiatre, équipe de Paris, entretien 2017.

> À l'inverse les dossiers qui ne seraient pas présentés, qui ne résulteraient pas d'un suivi par le groupe Transgender seraient peut-être traités différemment. On peut imaginer que le Tribunal ait une vision un peu plus…[576]

De fait il semble bien que certains tribunaux accueillent de manière différenciée les dossiers des personnes suivis par les équipes hospitalières et ceux, par exemple, des personnes ayant été opérées à l'étranger.

> Il y avait cette discrimination entre les personnes qui venaient de la SOFECT et les personnes opérées ailleurs. […] Typiquement lorsque vous n'étiez pas suivi par une équipe officielle avec le protocole officiel, les certificats que vous pouviez apporter n'étaient pas considérés par le juge. Je le dis aujourd'hui ; je pense que le tribunal était un peu sous l'influence de ces protocoles officiels.[577]

Mais, en l'absence de disposition législative, la position des tribunaux varie au gré des changements de magistrats. À Lyon où, au cours des dernières années, le tribunal s'est montré peu ouvert face aux demandes de changements d'état civil, les difficultés rencontrées par les personnes suivies sont fréquemment évoquées au cours des réunions de concertation pluridisciplinaires. Elles déclenchent de nombreux commentaires et suscitent des initiatives en direction des magistrats.

> Il y a des tribunaux qui résistent, comme Lyon par exemple en ce moment. Lyon n'est pas du tout en pointe. On a un petit espoir que cela change parce que j'ai repris le bâton de pèlerin et j'ai recommencé avec une nouvelle génération de magistrats à présenter les problèmes que cela pose de résister au changement d'état civil. J'ai été par exemple à l'audience de rentrée solennelle de la cour d'appel, j'ai abordé la procureure générale en lui disant que j'allais faire remonter via le parquet civil une demande de prise en compte des difficultés que nous rencontrons. Il faut qu'il y ait une doctrine claire qui soit établie sur le tribunal pour qu'on n'ait pas de positions de frilosité générale du parquet qui refuse de requérir le changement d'état civil.[578]

On perçoit ici l'engagement de certains médecins (ou de certaines équipes ?), qui considèrent que les difficultés rencontrées par leurs patients à propos du changement d'état civil sont « leurs » difficultés et qui saisissent toute opportunité pour infléchir l'attitude des magistrats.

> Lors d'une manifestation sur la sexualité et les infractions à caractère sexuel, on avait sous la main les deux procureurs généraux, Chambéry et Grenoble. On a pu leur dire : 'Essayez quand même de dire à vos parquetiers de ne pas requérir contre le changement d'état civil, quand les changements ont été effectués ; qu'ils tiennent au moins un peu compte…'[579]

---

[576] Avocat, équipe de Bordeaux, entretien 2016.

[577] Avocate, Paris, Entretien 2017.

[578] Psychiatre, équipe de Lyon, entretien 2016.

[579] Idem.

UN ÉTAYAGE RÉCIPROQUE

D'intensité variable selon les lieux et les périodes, une certaine proximité entre les équipes médicales et les tribunaux a pu ainsi se construire, favorisant l'inscription du changement d'état civil dans la continuité des interventions médicales. Là encore, en fonction des configurations locales, de l'histoire des équipes, de leur composition, l'établissement de ces relations a pu prendre appui sur l'activation de rapports professionnels déjà bien établies, sur des effets de réputation, sur la mobilisation de liens personnels ou encore sur des démarches individuelles ou collectives de sensibilisation et d'information. Ces rapprochements sont néanmoins fragiles, ils peuvent être déstabilisés par le remplacement d'un magistrat ou le départ à la retraite d'un médecin par exemple. Les accords qu'ils soutiennent sont donc précaires.

Mais, quand ils s'ancrent dans une manière commune d'envisager la transidentité et sa signification sociale, les liens entre médecins et magistrats autour de la question de l'état civil sont plus durables. Ce partage des cadres d'interprétation n'est néanmoins pas toujours clairement énoncé. Il est souvent de l'ordre de la mise en résonnance, de l'affinité, et il tend, d'ailleurs aujourd'hui, à s'étioler.

1. L'ÉVIDENCE DE LA CONTINUITÉ MÉDICO-JUDICIAIRE

À un premier niveau, c'est sur le mode de l'évidence qu'est affirmée l'articulation indispensable entre thérapeutique médicale et reconnaissance juridique du sexe désiré. Dans cette perspective, le changement d'état civil parachève tout naturellement le processus médical, il en est l'aboutissement et en même temps une forme de reconnaissance. C'est ce qu'exprime très clairement un psychiatre de l'équipe de Paris : « tout ce que nous avons fait n'a pas de sens si l'état civil n'est pas modifié[580] ».

Le changement d'état civil, du point de vue de certains médecins, c'est « la cerise sur le gâteau[581] ». Les médecins ne peuvent pas s'en désintéresser. Ils doivent même anticiper le moment des démarches et conseiller les patients.

> C'est aussi notre objectif de pouvoir permettre aux personnes de pouvoir changer d'état civil. Je suis quelqu'un d'assez organisé dans ma façon de travailler. Sur la question de l'état civil, souvent je m'y prends à l'avance avec eux car c'est quand même un petit peu long de faire le dossier, ils doivent faire des attestations, etc. Quelques mois avant l'opération quand l'opération est planifiée, je leur dis de commencer à aller voir un avocat. Ils préparent leur dossier. On leur fait leur certificat ; ainsi ils n'ont plus qu'à mettre le certificat du chirurgien et cela part.[582]

Pour ces médecins, qui envisagent le changement d'état civil comme le point final de la prise en charge, il est l'ultime étape d'un changement qui ne peut être que total. Ils se réfèrent de manière implicite à une définition historique mais encore très vivace de la transsexualité, où le projet de modification corporelle est le symptôme d'une pathologie ;

[580] Psychiatre, équipe de Paris, entretien 2017.

[581] Endocrinologue, équipe de Lyon, entretien 2016.

[582] Psychiatre, équipe de Bordeaux, entretien 2016.

pathologie[583] qu'ils prennent en charge et qui est validée par le changement d'état civil. Il est en effet courant, dans le milieu médical, d'opposer « la personne transsexuelle » qui souhaite une transformation physique la plus accomplie possible vers l'autre sexe, et « la personne transgenre » qui ne rentre pas dans cette définition. Seule la première relève d'une prise en charge médicale spécialisée. Elle seule, avant la loi de 2016, pouvait prétendre à un changement d'état civil. Les conditions qui encadraient ce changement étaient, en quelque sorte, un garde-fou face à des demandes qui auraient pu se présenter indûment devant les équipes pluridisciplinaires.

> Nous, ici dans l'équipe, on est vraiment dans le cadre d'un parcours hormono-chirurgical avec changement d'état civil au bout. Donc, là où on peut avoir des difficultés, c'est effectivement avec des personnes qui vont avoir des demandes partielles. C'est pourquoi, je leur parle de cela au départ, quand je leur présente le parcours.[584]

Dans certaines versions des protocoles de prise en charge, ou dans des notices d'information destinées aux patients[585], le changement d'état civil est décrit comme la dernière phase du protocole médical après la phase de diagnostic, l'hormonothérapie, la mastectomie ou plastie mammaire, la castration (ablation des testicules ou des ovaires, des trompes et de l'utérus) et la plastie génitale. Cette position est reprise par le Conseil national de l'Ordre des médecins. Ce dernier, dans les commentaires de l'article 41 – Mutilation – du code de déontologie médicale note à quelles conditions peuvent être réalisées des interventions mutilantes et il précise, dans le cas du « transsexualisme » :

> Le médecin et le chirurgien interviennent généralement dans un contexte de reconnaissance sociale demandée par ces personnes, qui souhaitent que soit indiqué, sur leur état civil, le sexe dont elles ont l'apparence.

2. L'ÉTAT CIVIL, VALIDATION DE L'INTERVENTION MÉDICALE

Mais le changement d'état civil n'est pas seulement l'épilogue de la prise en charge, il est aussi ce par quoi celle-ci est validée. Le passage par le tribunal valide rétrospectivement l'intervention médicale. De ce point de vue, les dispositions de la récente loi qui déstabilise l'enchaînement des différentes étapes du parcours trans' désarçonnent certains praticiens.

> Si nous nous retrouvons avec des gens qui ont eu le changement d'état civil et qui viennent demander la correction d'une anomalie, qu'est-ce qu'on fait ?[586]

---

[583] Les termes ou expressions employés par les équipes médicales sont en constante évolution. Aujourd'hui les termes « transsexualité » ou « transsexualisme » sont moins utilisés dans le langage oral (mais encore très présents dans le texte des certificats officiels à destination du tribunal) au profit de l'expression « dysphorie de genre » retenue dans le DSM-V. En revanche, l'opposition « transsexuel/transgenre » est une opposition encore très opératoire pour désigner les personnes qui relèvent de la prise en charge des équipes hospitalières et exclure les autres.

[584] Psychiatre, équipe de Bordeaux, entretien 2016.

[585] Par exemple la notice d'information destinée aux patients, équipe de Lyon, 2006.

[586] Psychiatre, équipe de Paris, entretien 2017.

Et ces médecins qui redoutent que les changements législatifs n'affectent leurs pratiques et qui craignent en particulier de perdre une part de leur autonomie, s'appuient sur ce qu'ils perçoivent comme une réticence de leurs patients.

> Tout ce qui va détricoter l'état civil les gêne. Un peu comme si le combat qu'ils mènent est annulé par les nouvelles conditions requises qui ne sont pas celles d'avant.[587]

Les nouvelles dispositions semblent battre en brèche l'évidence du parcours de réassignation. Comme si, la démédicalisation du changement d'état civil entamait le bien-fondé des interventions médicales, en en supprimant la nécessité.

> J'ai du mal à considérer qu'on puisse organiser les choses différemment, au niveau de l'état civil. Cela pourrait rompre le caractère unique du patient Transgender. J'aurais peur que cela rende le cadre un peu plus flou et qu'on arrive facilement à des débordements.[588]

Il est intéressant de voir que dans la bouche de ce médecin qui évoque les dispositions de la loi dont il vient de prendre connaissance, ce sont les conditions auxquelles est soumis le changement d'état civil qui protègent en quelque sorte le caractère unique du « patient Transgender », et qui donc conforte l'entité clinique auquel il est associé. Une entité clinique qui correspond à un type de prise en charge globale qui inclut l'état civil. Inversement la suppression de l'ultime étape juridique de la conversion sexuelle paraît fragiliser la pertinence des étapes antérieures.

C'est d'ailleurs cet étayage mutuel qu'ont mis en évidence Corinne Fortier et Laurence Brunet, évoquant les décisions de la Cour de Cassation du 11 décembre 1992. Elles montrent qu'en subordonnant le changement d'état civil à des traitements hormonaux et chirurgicaux, ces décisions procèdent à une double opération. Elles adossent le droit de l'état civil à la caution médicale assurée par l'hormonothérapie et la chirurgie sexuelle, et en même temps en affirmant « une soumission du droit à la science et aux techniques médicales pour décider du sexe des personnes transsexuelles », elles confirment « la licéité des actes médicaux réalisés » [589].

Mais c'est aussi justement cette validation réciproque entre le droit et la médecine qu'avait perçue (et refusée) un psychiatre de Lyon qui renonça à rejoindre l'équipe pluridisciplinaire au moment où elle se constituait. Ce psychiatre, expert auprès des tribunaux et professeur de médecine légale, avait tenu pendant une dizaine d'années une consultation psychiatrique avec d'autres praticiens à destination des personnes souffrant de problèmes d'identité sexuelle. Anticipant l'institutionnalisation de la « réassignation » médicale et sa légitimation par le droit, il s'inquiétait de la considération accordée à l'entité nosographique du transsexualisme qui selon lui n'était qu'un « objet médical fabriqué ».

> Et aussi ce qui nous paraissait gênant, c'est la collusion médecine et droit où nous pensions repérer – en termes foucaldiens à l'époque – l'alliance objective entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir médical, chacun s'arrangeant pour amener à l'autre les éléments qui lui

---

[587] Idem

[588] L'expression « patient Transgender » renvoie dans les termes de notre interlocuteur au patient qui serait accompagné dans sa transition par l'équipe hospitalière dite « Équipe Transgender ». Chirurgien, équipe de Bordeaux, entretien 2016.

[589] C. FORTIER ET L. BRUNET, « Changement d'état civil des personnes trans' en France : du transsexualisme à la transidentité », *in* N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Anthemis, 2012, pp. 63-113.

permettaient de fonctionner. Le médecin fournissant un objet médicalement acceptable, scientifiquement présentable que le juriste pouvait prendre à son compte pour pouvoir prendre des décisions qui étaient les mêmes à savoir d'un changement de sexe.[590]

3. DES RÉFÉRENCES PARTAGÉES

A. L'indisponibilité au centre

Mais, au-delà de cette évidence d'une articulation naturelle ou à l'inverse d'une collusion entre médecine et droit, c'est surtout au travers du partage d'un certain nombre de notions comme celle d'indisponibilité de l'état de la personne que s'est opéré et s'opère certainement encore l'étayage réciproque du travail médical et du travail judiciaire. La notion d'indisponibilité a pu fonctionner comme un « objet-frontière[591] », support de significations partagées permettant l'échange entre monde judiciaire et monde médical.

Concernant la médecine, c'est bien évidemment surtout du côté des psychiatres que l'on retrouve principalement cette référence. Le sexe est de l'ordre de l'indisponible, telle est la position historique d'un certain nombre d'entre eux, et en particulier de ceux inspirés par l'approche psychanalytique, ainsi résumée par un psychiatre qui s'en est largement distancié.

> Selon cette approche psychanalytique, on doit accepter de renoncer au sexe qu'on n'a pas. Le trans' est celui qui s'inscrit dans un fantasme de toute-puissance, auquel répond la toute-puissance médicale qui va valider ou invalider cette revendication, avec la même forfanterie.[592]

Et cette approche est clairement mise en lien avec la référence au principe de l'indisponibilité juridique, présenté comme le garant de l'identité des personnes.

> Ce qui nous chagrinait, et moi qui me chagrine encore, c'est que notre droit, droit issu du droit romain[593] qui repose sur un grand principe juridique d'indisponibilité de l'état des personnes et que là on avait une entorse, une exception extraordinaire puisque l'identité

---

[590] Entretien psychiatre, Lyon, entretien 2012.

[591] La notion d'objet-frontière a été utilisée par Suzan L. Star et James R. Griesemer dans le cadre d'une étude sur la coopération dans le travail scientifique. S. L. STAR, J. GRIESEMER, « Institutionnal ecology, 'translations', and boundary objects : amateurs and professionals on Berkeley's museum of vertrebate zoologie », Social Studies of Science, 19(3), pp. 387-420. Depuis cette notion a essaimé dans de nombreux champs. Lire à ce propos : P. TROMPETTE et D. VINCK, « Retour sur la notion d'objet-frontière », *Revue d'anthropologie des connaissances*, 2009/1, Vol. 3, n° 1, p. 5-27.

[592] Psychiatre, Paris, entretien 2017.

[593] La continuité entre le droit romain et le droit positif français à propos de l'indisponibilité de l'état des personnes affirmé par notre interlocuteur ne semble pas mis en évidence par les historiens du droit (A. LEFEBVRE-TEILLARD, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, PUF, 1996). Le terme semble être apparu au XXe siècle à propos du contentieux relatif à la GPA et aux personnes trans' (M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, RTD civ., 1992, p. 489-528, spé. n° 31).

masculine ou féminine est un élément constitutif majeur de l'identité des personnes et que là on avait cette possibilité, cette brèche de passer de l'un à l'autre.[594]

Cette position, qui reste néanmoins une position historique, se retrouve sur un mode plus dilué dans certaines postures médicales et juridiques actuelles. L'indisponibilité n'est alors, dans ce cas, plus envisagée de manière tout à fait absolue. Il est possible de l'enfreindre mais seulement parce qu'une erreur a été dûment constatée et qu'elle doit être réparée. Cette réparation passe par l'intervention médico-chirurgicale de réassignation sexuelle et le changement de l'état civil qui sont appréhendés tous deux comme des opérations de rectification.

Dans cette perspective, l'indisponibilité n'est pas totalement mise de côté, elle est simplement contournée pour tenir compte d'une erreur qui s'impose à l'individu demandeur. En effet, comme le soulignent Corinne Fortier et Laurence Brunet, les expressions utilisées par les médecins, telles que « *réassignation sexuelle*, parfois même, bien que plus rarement, celle de *réattribution sexuelle* ou encore celle de *reconstruction chirurgicale* […] soulignent que l'on *reconstruit*, *ré-attribue* ou *ré-assigne* à la personne trans' le corps sexué dans lequel elle aurait dû naître, selon une vieille théorie partagée par les médecins comme par les personnes concernées. » De manière symétrique, les juges en rectifiant l'état civil viennent « corriger *une erreur de la nature* », celle non plus d'être née dans le mauvais corps sexué, mais celle d'être née dans la mauvaise catégorie juridique de sexe ».[595] Une erreur qui a pendant longtemps pu être identifiée en termes de pathologie psychiatrique sous le terme de transsexualisme « vrai » ou transsexualisme « primaire ».

Aujourd'hui les médecins des équipes hospitalières sont plus ambigus vis-à-vis de cette question. Certains affirment même ne plus être en mesure de définir l'identité sexuelle : « Nous n'avons aujourd'hui aucun critère déterminant, définitif, pour dire l'identité sexuelle de quelqu'un », avoue un psychiatre de l'équipe lyonnaise. Ce faisant, ils reconnaissent n'être plus tout à fait certains de savoir caractériser « l'erreur » dont la présence les autorise à agir. Pourtant si la nature de l'erreur n'est plus aujourd'hui identifiée avec certitude, elle est toujours présente, en arrière-plan. Les discussions entre membres de la SOFECT, lors du dernier Congrès à Lyon en octobre 2017, témoignent encore de débats assez vifs entre les médecins à ce sujet (*cf.* annexe III). L'évaluation qu'ils effectuent avant la mise en place des traitements hormonaux et chirurgicaux est-elle de l'ordre de l'indication ou de la non contre-indication ? Si d'année en année, la deuxième posture gagne du terrain parmi les médecins des équipes pluridisciplinaires, nombreux sont ceux qui mettent en jeu leur identité de médecins et revendiquent de n'intervenir que pour réparer une souffrance. En effet, si erreur il y a, c'est qu'elle s'impose à la personne et ne peut que la faire souffrir. La souffrance est ce par quoi l'erreur se manifeste. Pour nombre de médecins des équipes hospitalières, la souffrance de la personne a constitué et constitue encore la preuve de l'existence de ce « malgré soi » qui est la raison de leur intervention. C'est une évolution similaire qui aurait marqué la position des juges.

Les juges demandaient d'abord aux experts : 'On s'en fout où est l'erreur mais dites-nous qu'il y a erreur'. Puis, peu à peu, il y a eu une évolution progressive de la reconnaissance

[594] Psychiatre, Lyon, entretien 2012.

[595] C. Fortier et L. Brunet, 2012, *op. cit*.

de l'erreur vers une étape qui était 'il faut nous dire, Monsieur l'expert, que cette personne n'y peut rien, que ça s'impose à elle.' Et puis après le gradient s'est peu à peu déplacé ; on rentre maintenant dans un système où on entérine de plus en plus le désir de la personne.[596]

Autant dire que, transposée à leur domaine, cette dernière évolution n'est pas souhaitée par un grand nombre de médecins des équipes hospitalières qui ne souhaitent pas devenir les agents d'exécution des désirs du patient. Nombre de médecins accordent une grande importance à la dimension curative de la médecine. Pour ceux-ci, les actes médicaux sont des actes de réparation, qui même s'ils doivent être accomplis avec le consentement du patient, sont requis pour rétablir un état de santé. D'où l'expression d'une certaine réticence vis-à-vis de patients se présentant comme titulaires d'un droit ou abordant leur parcours avec une démarche militante.

Celui qui commence par se faire gonfler les seins par Julio, se faire changer les pommettes par Fabien, il a un joli petit visage, il prend un peu d'hormones, etc. Et là-dessus il prend peur et il vient dire : 'Je suis désolé mais je quitte le protocole pour quelques années parce que vraiment je ne suis pas sûr de moi.' On va le bénir. Pourquoi ? Parce qu'il dit : 'Je ne suis pas sûr de moi, je change d'avis.' Si cette personne était venue nous trouver dès le début en nous disant : 'Je vous préviens je ne veux que des seins et un joli visage, fichez-moi la paix, pour le reste je m'en accommode.' On aurait dit : 'Non, allez vous payer un chirurgien esthétique en ville mais ne venez pas en RCP.' Nous ne couvrons pas le fait que le trans' dit 'j'ai le droit de choisir'. C'est cela le problème.[597]

Cet attachement à l'indisponibilité rentre en résonnance avec les exigences des tribunaux qui, eux aussi, ont longtemps considéré pouvoir, en matière d'état civil, réparer des erreurs mais non valider les demandes identitaires des personnes.

Chaque fois qu'un trans' leur dit 'je choisis' et non pas 'il faut enregistrer l'erreur de ma naissance', il fournit les arguments qui permettent au juge de lui dire 'non'. Car l'argument ne va pas être 'vous êtes garçon ou fille' mais 'vous n'avez pas à choisir'.[598]

B. L'irréversibilité en question

La notion d'irréversibilité n'a pas tout à fait la même place d'« objet frontière » dans les relations entre les médecins et les magistrats. Apparue récemment dans le droit du changement d'état civil, l'irréversibilité est une notion directement importée de la médecine. Mais, paradoxalement, cette notion n'est pas au centre de la prise en charge médicale des personnes trans'. Cependant l'injonction à l'irréversibilité n'est pas incompatible et rentre même en affinité avec la conception médicale et dualiste du parcours de transition selon laquelle on abandonne le genre de naissance pour adopter le genre désiré[599].

En disposant que les magistrats « pourront donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil, dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une

[596] Psychiatre, Lyon, entretien 2016.

[597] *Idem*.

[598] Idem.

[599] « Nous, on fait de la chirurgie anatomique. On essaie vraiment de faire le maximum pour les faire passer de l'autre côté ». Chirurgien, équipe de Bordeaux, entretien 2016.

transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique […] ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux [600] », la circulaire du 14 mai 2010 a mis en exergue la question de l'irréversibilité. Auparavant, la preuve de l'irréversibilité était en effet associée à la réalisation des opérations génitales et n'était pas requise en tant que telle par les magistrats. En revanche, l'expertise était courante et elle comportait souvent un examen anatomique.

> Moi, à un moment quand je faisais une expertise je demandais toujours un avis physique, je le disais aux gens : 'Vous allez aller voir un collègue à moi qui est médecin légiste, cela va prendre cinq minutes, mais au moins c'est clair et net.' Le gars, il l'examinait de façon très rapide en disant : 'Il y a une poitrine, un sexe de femme, voilà, l'apparence y est, très bien.' On avait les certificats de l'opération, la certitude médico-légale que le sexe a bien été quand même changé et puis l'aspect physique. Tout ça faisait un tout qui était plutôt rassurant.[601]

Il semble que l'examen ait parfois été très intrusif comme en témoigne une avocate :

> J'ai des clientes qui m'en ont parlé. En gros, on mesurait la profondeur du vagin pour savoir si c'était un vagin normé.[602]

Avec la circulaire de 2010, mettant en avant l'irréversibilité du processus du changement de sexe tout en précisant que les opérations génitales n'étaient pas exigées, la question de l'irréversibilité semble avoir fait saillance. Elle a, en même temps, donné lieu à de larges différences d'interprétations entre les tribunaux. Si certains tribunaux ont accordé le changement d'état civil en prenant en considération le seul traitement hormonal, d'autres apprécient l'irréversibilité des changements à partir de l'impossibilité de procréer. Ainsi, par exemple, le jugement du tribunal de Montpellier refuse en 2016 de procéder au changement d'état civil d'une personne trans', faute de justifier une « impossibilité définitive de procréer dans son sexe d'origine », seule à même « d'entraîner le caractère irréversible de la transformation exigé par la jurisprudence ». Le tribunal de Créteil accorde en 2015 le changement d'état civil à une personne née sous une identité masculine, au motif qu'il est devenu « une femme ménopausée ». Ainsi que le commente une avocate :

> [Les] jugements ne mentionnent pas 'stérilisation', mais, 'impossibilité de procréer', 'impossibilité de gestation', 'femme ménopausée'. On tourne quand même autour du pot.[603]

Cette exigence traduit le fait que les tribunaux accordent moins d'importance à l'acquisition des caractères du sexe désiré qu'à l'abandon des attributs du sexe initial[604]. Comme l'écrit Laurence Hérault, l'émergence de l'irréversibilité « suggère que la transition n'est pas comprise comme une manière de constituer son genre via des

---

[600] Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.

[601] Psychiatre, expert auprès des tribunaux, entretien 2016.

[602] Avocate, Paris, entretien 2017.

[603] Avocate, Paris, entretien 2017.

[604] En effet, concernant les demandes d'état civil des personnes FtM, la phalloplastie n'est pas exigée, mais en revanche l'hystérectomie et l'ovariectomie sont en général requises.

transformations corporelles mais plutôt comme un processus pré-contraint de disqualification accréditation des personnes[605] ».

L'évolution de la jurisprudence n'a pas, semble-t-il, directement affecté les pratiques médicales. Les équipes hospitalières s'inscrivent toujours dans la perspective d'une réassignation hormono-chirurgicale aboutie et n'envisagent pas de prendre en charge des personnes qui s'adresseraient à elles en présentant des « demandes partielles ».

> La réassignation pour nous, c'est psychiatrie, endocrinologie et chirurgie. Cela veut dire que pour des gens qui voudraient avoir des hormones et qui diraient 'je veux des hormones mais je ne veux pas me faire opérer', on les respecte dans le sens où on ne met pas des couteaux sous la gorge pour opérer des gens. Mais du coup dans le spectre trans', ils ne sont pas tout à fait dans le secteur transsexuel ; ils sont plutôt dans le secteur transgenre hormoné, comme un ersatz de transsexualisme.[606]

De ce point de vue, la question se pose moins en termes de réversibilité que d'accomplissement d'un changement le plus accompli possible. Même si elle n'est pas explicitement mobilisée, c'est ici la représentation d'une entité clinique classique qui est ici à l'œuvre, celle du transsexualisme, défini comme la discordance entre sexe psychique et sexe physique associée à une souffrance. Les demandes partielles ne sont pas du ressort des médecins spécialisés puisqu'elles ne relèvent pas de la souffrance mais de l'accomplissement d'un désir.

> Les limites sont aussi éthiques par rapport à certaines choses. Les demandes partielles… Très clairement, on a, au départ, des personnes qui sont des hommes qui vont juste venir me demander des implants mammaires. On va leur dire 'non' parce que souvent cela correspond à des fantasmes, des choses de cet ordre-là. Les personnes ne sont pas véritablement des personnes en souffrance. Mon but c'est de soulager la souffrance des gens.[607]

Pourtant, dans la pratique quotidienne de certaines équipes[608], les positions ne sont pas aussi tranchées. Désormais, les médecins sont assez souvent confrontés avec des personnes dont les parcours de réassignation ne sont pas linéaires et qui, pour certaines, semblent hésiter à franchir l'étape chirurgicale. Et, s'ils ne considèrent pas ces demandes comme l'une des formes d'expression trans', ils adoptent souvent à leur égard plutôt une attitude prudente et pragmatique. [609]

Pourtant cette ouverture vis-à-vis des personnes trans' dont les trajectoires s'écartent quelque peu du protocole, ne se traduit aucunement par le souci de faire valoir ces trajectoires auprès des tribunaux. La plupart des médecins des équipes hospitalières fournissent des attestations pour les tribunaux, une fois les interventions chirurgicales accomplies. Ils ont tendance à anticiper les attentes des tribunaux et ils s'inscrivent dans

---

[605] L. HERAULT, *Pourquoi et comment donner des droits civils aux personnes trans' ?* Actes de la Table Ronde organisée par l'interLGBT, Paris, 7 juin 2013.

[606] Chirurgien, équipe Bordeaux, entretien 2016.

[607] Psychiatre, équipe Bordeaux, entretien 2016.

[608] Au cours de cette enquête, nous n'avons pas observé les pratiques médicales. Nous nous appuyons ici sur les observations, effectuées au cours d'une précédente enquête, des réunions d'une commission pluridisciplinaire pendant quatre ans (2011-2015). Mais les pratiques sont néanmoins différentes selon les équipes.

[609] Voir, à ce propos, T. Bujon et C. Dourlens, 2016, *op. cit*.

la procédure de changement d'état civil, sans chercher à en faire évoluer les règles. La loyauté vis-à-vis d'un schéma médico-judiciaire très structurant semble ici déterminante et cela même si l'exigence des tribunaux leur semble contrevenir à l'intérêt de leur patient.

> En 2015, j'ai défendu le dossier d'une personne, mariée en tant qu'homme d'origine et qui vivait avec sa femme depuis quinze ans. Elle ne voulait pas se faire opérer mais souhaitait demander son changement d'état civil. Le docteur X qui la suivait à l'hôpital Y en tant que psychiatre lui aurait dit : 'Je ne préconise pas l'opération. Cela va déstabiliser votre couple.' J'ai demandé à ma patiente que son médecin explique par écrit pourquoi il ne préconisait pas l'opération. Mais je n'ai jamais eu l'attestation. Le docteur X aurait dit à ma cliente qu'il avait son avis en tant que psychiatre mais qu'il ne pouvait pas enfreindre les règles de l'équipe pluridisciplinaire.

Avant le vote de la loi de 2016, ce sont donc essentiellement des médecins n'appartenant pas aux équipes hospitalières qui ont été sollicités par des personnes requérant un changement d'état civil sans avoir subi d'opération génitale. Et principalement, les endocrinologues qui se sont retrouvés en première ligne et devaient attester du caractère irréversible des modifications entrainées par le traitement hormonal.

PRISES DE DISTANCE

Pendant plus d'une vingtaine d'années, l'articulation entre l'intervention médicale et le changement d'état civil a ainsi contribué à construire l'évidence d'un certain type de réponse à la question transidentitaire, et ce malgré les mobilisations des associations de personnes concernées et les critiques émises par un certain nombre de médecins.

1. ROMPRE AVEC UN « ARCHAÏSME »

Parmi ces derniers, quelques-uns que nous avons interrogés ont manifesté, avant le vote de la loi de 2016, le souhait de ne plus avoir à participer au processus judiciaire, considérant leur participation comme un « archaïsme ». Ces critiques émanent bien évidemment principalement des médecins hors parcours hospitalier mais elles concernent aussi quelques médecins des équipes hospitalières.

Certes, l'attachement à la continuité entre processus médical et procédure judiciaire est effectivement plutôt le fait des praticiens dont l'activité s'est construite parallèlement aux évolutions de la jurisprudence en matière d'état civil et qui participent aux équipes pluridisciplinaires. Cependant un certain nombre d'entre eux considèrent désormais que la médicalisation de l'état civil est une entrave à l'exercice de leur mission, une source d'embarras et qui n'a plus lieu d'être. Bien plus, ils considèrent que c'est une tâche qui ne leur revient pas et qui a comme conséquence de transférer sur eux une responsabilité qui ne leur incombe pas.

> Sur l'état civil c'est simple, je ne vais pas vous faire perdre trop votre temps : je pense que les médecins là-dessus n'ont pas leur avis à donner. Cela concerne la société et donc cela concerne la politique. C'est tout.[610]

> C'est cela le problème : dans notre société française, à un moment les gens n'ont pas tellement de repères, ils sont tellement dans le chaos qu'ils se disent 'on va demander aux médecins ce qu'ils en pensent'.[611]

Ces médecins qui disent défendre ici une conception qui leur est tout à fait personnelle et souhaiter ne pas engager, par cette position, le reste de leur équipe s'inscrivent dans une conception libérale et contractuelle de la médecine. Ils ne se reconnaissent pas dans un rôle imposé d'« entrepreneur de morale » et souhaitent se dessaisir de l'autorité sociale qu'on leur attribue. De plus, ils ne se sentent ni habilités, ni compétents pour définir l'identité civile des personnes.

> Je ne vois pas en quoi je serais plus légitime pour définir ce qu'est un homme ou une femme. Sur le plan biologique on peut le définir mais, socialement, ce qu'est un homme ou une femme, ce n'est pas à moi de le déterminer.[612]

Au-delà de la charge que peut ainsi faire peser pour certains d'entre eux la nécessité d'attester des interventions et des traitements pratiqués, d'autres médecins, et en particulier certains endocrinologues se disent piégés par les catégories juridiques et notamment celle d'irréversibilité. C'est à ces médecins, qui sont désormais les « personnages pivots du changement d'état civil », qu'il a été demandé, jusqu'à la récente loi, d'attester l'irréversibilité des traitements prescrits alors que cette irréversibilité leur semble tout à fait incertaine.

> Je me souviens d'une réunion où un endocrinologue s'était levé et avait dit : 'C'est notre responsabilité qu'ils cherchent et je ne veux pas me soumettre à ça.' Il avait raison sur le fond. La justice se dédouanait sur les médecins en disant : 'Dites-moi que c'est irréversible et je donne le changement d'état civil.' Il disait : 'On n'a pas à se soumettre à ça.' Alors, je lui ai répondu : 'Oui, c'est vrai, vous avez raison, mais c'est comme ça que ça marche.' Et puis, qu'est-ce qu'on fait, parce qu'au milieu, il y a quand même les gens qui attendent.[613]

C'est donc bien une vraie dissociation entre actes médicaux et procédure juridique que certains médecins appellent de leurs vœux. Et cela d'autant plus qu'ils ont pris leurs distances, ou parfois n'ont jamais endossé, une conception pathologique de la transidentité. Tel est le cas d'un psychiatre qui témoigne du fait que la transidentité a induit une transformation radicale de sa clinique et qui pourtant accepte de certifier un diagnostic dont il récuse par ailleurs la pertinence.

> J'ai déjà pu écrire que la transidentité était, quand même, au XXIe le signe d'une psychiatrisation des personnes humaines et surtout des différences entre humains. Cette question des différences est importante. Je considère qu'obliger les personnes à voir un

[610] Chirurgien équipe de Bordeaux, entretien 2016.

[611] Idem.

[612] Idem.

[613] Avocate, Paris, entretien 2017.

psychiatre pour un changement d'état civil dans ces conditions me paraît tout à fait illégitime.[614]

2. JOUER SUR LES MOTS

Mais effectivement, pour ces psychiatres, la tension est vive entre deux enjeux contradictoires. Le premier consistant à faciliter l'accès des personnes au changement d'état civil et à répondre pour ce faire aux exigences de l'argumentation juridique. Le second visant à éviter de conforter une approche pathologisante et stigmatisante. Les mots utilisés dans les certificats sont donc choisis avec une extrême attention.

> Il y a aussi la façon de rédiger le certificat. Une fois, j'ai dû marquer 'processus d'autodétermination', je n'ai pas mis autre chose et cela est passé. Mais c'est une histoire de prudence. Actuellement c'est encore un peu flou côté législatif et cela marche beaucoup par jurisprudence, et du coup aussi par un certain arbitraire. Cela dépend aussi des territoires. Il m'arrive alors de mettre un mot qui ne correspond pas forcément à ma pensée mais qui dans le contexte est dans l'intérêt de la personne. La plupart du temps je mets quand même 'syndrome identitaire', c'est-à-dire qu'à la fois, il y a 'syndrome' – c'est bien médical – mais il y a aussi 'identitaire'…[615]

Le psychiatre qui s'exprime ici tente de rendre compte le plus précisément possible de sa relation avec la personne, sans lui nuire. Ses prises de risques lexicales sont rares et le plus souvent il ruse en jouant sur les mots.

Les avocats ne sont pas absents de cette négociation des termes. Pour ceux qui contestent l'emprise médicale sur le changement d'état civil, il s'agit d'obtenir les certificats susceptibles de convaincre les juges, mais de faire évoluer leurs manières de penser et de juger l'expérience des personnes.

> Je n'aimais pas trop le terme transidentité… Le but est de faire rentrer dans la tête des juges certains mots comme détermination.[616]

Cette exigence implique éventuellement de négocier avec les médecins par l'intermédiaire de la personne concernée ou même quelquefois directement.

> Ainsi, Docteur X, un psychiatre à qui j'ai envoyé pas mal de clients, écrivait souvent 'la personne ne présente pas de pathologies surajoutées'. Je lui ai dit : 'On ne peut pas enlever le terme 'surajoutée' ou le dire un peu différemment ?' Je ne voulais pas non plus que l'on dise 'cette personne est saine d'esprit' car cela aurait pu nuire à d'autres personnes trans' qui étaient dépressives.[617]

---

[614] Psychiatre, Paris, entretien 2017. Ce psychiatre travaille en dehors de l'équipe hospitalière et reçoit dans sa consultation un grand nombre de personnes trans.

[615] Psychiatre, Paris, entretien 2017.

[616] Avocate, Paris, entretien 2017.

[617] Idem.

3. TÉMOIGNAGES EN CHAÎNE

Lorsqu'elles se veulent ainsi apurées du regard objectivant de l'expert, ces certifications de psychiatres se présentent donc plutôt comme des témoignages.

> Je vais parler de son trajet par rapport à l'identité sociale, de son histoire, de toutes les étapes par lesquelles il est passé pour en être là aujourd'hui, afin qu'au bout du compte, cela paraisse évident de mettre en adéquation identité sociale et identité civile. Je témoigne de cela.[618]

La rédaction de certificats à l'appui des dossiers d'état civil s'inscrit dans une activité de certification qui peut occuper une part importante du travail de certains médecins. Ainsi, la patientèle d'un médecin psychiatre rencontré à Paris est constituée pour un quart de personnes trans' qui consultent ponctuellement dans la perspective d'obtenir une attestation. Plus couramment, les médecins repérés dans les milieux trans' et dont les noms figurent sur certaines listes *transfriendly,* sont sollicités, en première intention, par les personnes trans' pour obtenir une attestation destinée à d'autres médecins et leur permettant d'accéder aux phases ultérieures de leurs parcours. Ces certificats sont adressés aux endocrinologues principalement, mais aussi parfois aux chirurgiens.

> Oui, j'en fais essentiellement pour des endocrinologues mais il m'arrive d'en faire pour des chirurgiens aussi. J'ai eu une période où j'en ai fait un certain nombre pour des personnes qui allaient à Bangkok. Le ou les chirurgiens thaïlandais exigeaient un certificat d'un psychiatre qui était traduit en anglais si cela était possible. Je dois même avoir ces certificats sur mon ordi, un modèle de lettre en anglais que j'avais élaboré et après il n'y avait plus qu'à changer le nom, l'âge, quelques petits trucs.[619]

Parfois cette demande initiale se transforme en demande de suivi.

> On discute ensemble, ces personnes me disent que cela les gêne de venir chercher un ticket chez moi. Je leur dis : 'Je dois quand même prendre un peu de temps pour mieux vous connaître.' Au bout d'un moment, quelquefois, elles me disent : 'Est-ce que vous pouvez me suivre pendant ma transformation afin que je puisse m'appuyer sur vous ?' Là, je me dis que j'ai fait une bonne accroche.[620]

Lorsque les destinataires des certificats sont les médecins des équipes hospitalières, il s'agit de court-circuiter ou au moins de raccourcir la période d'évaluation psychiatrique pratiquée par les équipes, avec la complicité de certains de leurs membres. Dans l'équipe lyonnaise, depuis quelques années, les patients peuvent accéder directement à l'hormonothérapie en présentant un certificat établi par quelques psychiatres exerçant en libéral avec qui l'équipe a l'habitude de travailler. Mais la plupart des certificats s'adressent à des médecins endocrinologues libéraux qui souhaitent la caution d'un psychiatre pour engager le traitement.

> Oui, la plupart des gens qui viennent me voir en général… De toute façon, pratiquement tous sont au courant. Ils connaissent d'autres trans' dans le cadre d'associations, d'internet, etc. Donc ils connaissent le parcours, comment cela se passe ; dans la plupart des cas ils viennent déjà avec des idées bien arrêtées : 'Je voudrais un traitement hormonal

---

[618] Psychiatre, Paris, entretien 2017.

[619] Idem.

[620] Psychiatre, Grenoble, entretien 2016.

et ensuite chirurgie, etc. Donc je viens vous voir parce que je sais que… Parce que j'ai vu un endocrino qui est d'accord pour le traitement mais qui aimerait quand même bien avoir une attestation.'[621]

L'ensemble de ces documents, dont ceux destinés au dossier d'état civil, participent ce faisant à une grande entreprise de certification en chaîne. Les certificats valent essentiellement par leur mise en série. On est ici dans une configuration où une série de professionnels s'assurent mutuellement. Le psychiatre assure l'endocrinologue, qui assure le chirurgien et ensemble, parfois associés au phoniatre, ils témoignent devant le juge qu'ils assurent à leur tour. En retour, ce dernier cautionne l'action des différents maillons de la chaîne ainsi constituée. Les associations participent parfois de cette chaîne. Elles adressent les personnes à des praticiens en qui elles ont confiance. En retour, elles cautionnent la demande de certificat.

Un bon nombre viennent me voir par le biais d'associations. Il y a en a une, en particulier, qui fait une permanence au Centre LGBT, pas loin d'ici. Ce sont des bénévoles, des 'trans' aboutis' si je peux dire ! Ils reçoivent des gens pour leur donner des infos, ils dégrossissent un peu. J'ai discuté un peu avec eux. Quand ils disent aux gens d'aller me voir, c'est que, pour eux, il n'y a pas de problème. Et s'ils voient qu'il y a un doute, ils disent aux personnes d'attendre, de réfléchir un peu, ils vont organiser des soirées, faire en sorte d'en discuter. Ceux qui viennent me voir sont passés par là, donc ils sont décidés, il n'y a pas de problèmes.[622]

*

* *

Ainsi, si la performativité des certificats continue à dépendre de leurs contenus ou de l'autorité sociale de leurs auteurs, elle tient désormais aussi en grande partie à leur mise en série et à la visibilité que celle-ci confère à un réseau de professionnels solidairement garants de la demande.

Cette évolution est pourtant encore largement incertaine. La loi du 18 novembre 2016 dispense de l'obligation de fournir des attestations médicales à l'appui des demandes de changement d'état civil, mais elle n'interdit pas la prise en compte de telles attestations par les instances judiciaires. Autrement dit, si la nouvelle procédure de changement d'état civil est démédicalisée au sens où elle n'impose plus de conditions médicales, elle n'exclut nullement l'expression médicale. L'autorité des médecins peut donc encore largement peser dans la décision judiciaire. En ce sens, pourrait être maintenue une certaine hiérarchie des preuves faisant la part belle aux voix autorisées et en premier lieu à celles des médecins. C'est ce que craignent certaines associations de personnes trans' qui considèrent que la démédicalisation de l'état civil est un leurre :

Quant à la démédicalisation de la procédure, elle est loin d'être acquise. Le décret d'application, comme la loi, n'interdit aucunement la fourniture d'éléments médicaux au juge. Ainsi, les attestations des médecins (psychiatres, chirurgiens, etc.) seront à n'en point douter reçues avec bienveillance par les magistrats, et pèseront de tout leur poids dans la

[621] Psychiatre, Paris, entretien 2017.

[622] Idem.

> balance ! Pour avoir l'assurance d'obtenir leur changement d'état civil le plus rapidement possible, les personnes transgenres seront évidemment tentées de 'médicaliser' elles-mêmes leur dossier pour mettre toutes les chances de leur côté ![623]

Néanmoins, dans la mesure où l'attestation médicale est inscrite dans une chaîne d'attestations diverses, elle peut aussi connaître une certaine banalisation. Dans ce cas, la parole médicale relevant moins du régime de l'expertise que témoignant de l'expérience de la relation, pourrait s'agréger aux autres pour attester d'une identité sociale et plaider en faveur d'une identité juridique désirée. En faisant de la reconnaissance sociale de la personne la seule condition du changement d'état civil, la loi du 18 novembre 2016 ouvre la possibilité à une telle dé-spécification de l'argument médical. Reste à analyser comment les pratiques médicales et judiciaires se saisiront de cette opportunité ou, au contraire, par quels moyens elles s'efforceront d'y résister.

[623] Association Nationale Transgenre, communiqué de presse du 31 mars 2017.

X. LES PRATIQUES DE DÉCLARATION ET DE CHANGEMENT DU SEXE

LES PRATIQUES DE DÉCLARATION ET CHANGEMENT DU SEXE DES PERSONNES INTERSEXUÉES AUTOUR DE LEUR NAISSANCE

Pour tenter de comprendre les pratiques de la déclaration du sexe des personnes intersexuées à la naissance, nous avons utilisé deux instruments. Nous avons d'abord procédé à une enquête de terrain auprès de professionnels intervenant au moment de la déclaration du sexe de l'enfant à la naissance : officier d'état civil, médecin du centre de référence des « anomalies du développement génital » et membres du parquet civil. Nous avons ensuite recueilli des données auprès de l'INSEE.

1. COMPTE-RENDU DES ENTRETIENS AVEC DES PROFESSIONNELS DE L'ÉTAT CIVIL

Pour réaliser cette étude nous avons pris attache avec différents professionnels de santé interagissant avec l'état civil. Compte tenu du faible nombre de personnes intersexuées dans la population nous avons ciblé des villes de taille moyenne (plus de 100 000 habitants) et de grande taille (plus du million). La prise de contact initiale a eu lieu par courriel et, selon les interlocuteurs, les échanges se sont ensuite poursuivis par voie électronique ou téléphonique. Les entretiens téléphoniques n'ayant pas été enregistrés mais seulement pris en note, nous avons reconstitué *a posteriori* les propos de nos interlocuteurs. Afin de limiter les risques d'erreur, chaque compte-rendu a ensuite été envoyé à notre interlocuteur pour validation. Sur les cinq villes contactées, nous avons eu un taux de réponse favorable pour trois d'entre elles. Cela a conduit à la réalisation d'entretiens avec trois officiers d'état civil, un représentant du parquet civil et un médecin travaillant dans un des centres de référence prenant en charge les enfants intersexués.

Les différents échanges que nous avons eus avec des personnes ayant été confrontées à l'hypothèse d'un sexe indéterminé à la naissance sont riches d'enseignements. D'abord, elles permettent d'avoir une idée approximative du nombre de cas de personnes dont les services de l'État peinent à identifier le sexe à la naissance. Ensuite, elles permettent de saisir les procédures qui sont mises en place sur le terrain en présence d'une telle situation. Enfin, elles nous renseignent sur la perception que nos interlocuteurs se font de la notion de « sexe indéterminé ».

A. Un aperçu sur le nombre de cas d'indétermination du sexe à la naissance

Déterminer le nombre de cas dans lesquels surviennent des difficultés de détermination du sexe n'est guère évident si l'on recherche le nombre de personnes concernées dans le logiciel utilisé par les services de l'état civil. Ceci tient à plusieurs raisons. D'abord, cela semble s'expliquer par le fait que dans nombre des cas où les médecins ont un doute sur le sexe de l'enfant, ceux-ci parviennent dans les trois jours, à la suite d'examens médicaux réalisés, à donner aux parents un sexe de l'enfant. De sorte que lorsque les parents vont voir l'officier d'état civil pour déclarer leur enfant, l'état d'indétermination initiale du sexe a disparu. Ensuite, même dans les cas où l'option sexe indéterminé serait retenue à la naissance et ensuite rectifiée, elle ne peut guère être localisée dans le logiciel. En effet — du moins est-ce le cas à P. — le logiciel n'est guère conçu pour que soient réalisées de manière simple des recherches en son sein, surtout lorsque celles-ci portent sur des entrées non structurées, comme c'est le cas pour les rectifications d'état civil. Dès lors, le seul moyen d'obtenir des chiffres est d'interroger directement les officiers d'état civil en faisant appel à leur mémoire.

Deux enquêtes, menées dans les villes de R. et P., suggèrent que le nombre de cas d'indétermination du sexe à la naissance est d'environ 0,03 %. Ainsi, un officier d'état civil d'une ville où étaient enregistrés quelques dizaines de milliers d'enfants nous indiquait avoir rencontré trois cas en 2015, soit environ 0,03 % des naissances. Précisons tout de même qu'aux yeux de notre interlocutrice, cette situation était exceptionnelle puisque dans les vingt-six années précédentes elle n'avait rencontré qu'une fois cette situation. De même, dans une autre municipalité où il y avait quelques 7 000 naissances par an, l'officier d'état civil nous a indiqué que deux cas s'étaient présentés en 2015 et un en 2016 (l'année n'étant alors pas encore écoulée). Pour 2015, cela représentait donc à nouveau un chiffre de 0,03 % de naissances pour lesquelles la détermination du sexe pose problème aux praticiens.

Ce chiffre de 0,03 % paraît cohérent au regard des estimations médicales de l'intersexuation — lesquelles oscillent selon les auteurs entre 0,01 % et 2 %. Ce chiffre de 0,03 % est également cohérent avec le nombre de cas d'indétermination reconnu par le ministère de la santé en France. Ainsi, dans le cadre d'une réponse ministérielle[624], Laurence Rossignol, la secrétaire d'État à l'enfance auprès de la Ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, Marisol Touraine, indiquait que le nombre d'enfants intersexués était d'environ 160 naissances par an. Or, si l'on rapporte ce chiffre aux quelques 820 000 naissances annuelles en France, on obtient le chiffre de 0,02 %.

La procédure suivie en cas d'indétermination du sexe

La procédure classique

Les différents entretiens réalisés révèlent que la procédure classiquement suivie en cas d'indétermination du sexe à la naissance est la suivante :

[624] Question orale n° 1276S de Maryvonne Blondin (JO Sénat, 8 oct. 2015, p. 2345) et réponse de Laurence Rossignol (JO Sénat, 10 févr. 2016, p. 2485) :
https://www.senat.fr/questions/base/2015/qSEQ15101276S.html.

- Les parents transmettent à l'officier d'état civil un certificat d'accouchement attestant de l'indétermination du sexe de l'enfant.
- L'officier d'état civil transmet alors ce document au procureur en lui demandant l'autorisation d'établir un acte de naissance sans la mention du sexe.
- Une fois l'autorisation obtenue, l'officier d'état civil établit l'acte de naissance sans cette mention.
- Ultérieurement, lorsque les médecins ont déterminé le sexe de l'enfant, les parents remettent à l'officier d'état civil un document médical attestant de ce sexe et l'officier d'état civil adresse alors au parquet une demande en rectification.
- Le parquet ordonne qu'il soit procédé à cette rectification et transmet l'information à l'officier d'état civil.
- L'officier d'état civil procède à la rectification.

Les variations de procédure rencontrées

Cette procédure classique peut connaître toutefois deux variations. D'abord, il peut arriver — et c'est le cas pour la ville comprenant quelques centaines de milliers d'habitants — que l'officier d'état civil soit informé de l'état d'indétermination sans qu'il ne demande pour autant à ce stade l'autorisation au procureur de la République de dresser un acte d'état civil sans mention du sexe. Ainsi, dans cette ville, dès que les médecins sont confrontés à une difficulté de détermination du sexe, l'officier d'état civil en est informé — et cela alors même que le délai de trois jours est loin d'être expiré. L'officier d'état civil va à son tour en informer préventivement le procureur. Ceci permet ensuite aux différents services d'être en état d'alerte, de manière à ce que si la décision était prise par les médecins de dépasser le délai de trois jours pour déterminer le sexe, l'autorisation de cette procédure dérogatoire puisse être donnée dans de très brefs délais par le procureur.

Cette procédure, qui n'existe pas dans l'une des villes de plusieurs millions d'habitants où nous avons également réalisé l'étude, paraît s'expliquer par la taille relativement modeste des services judiciaires et d'état civil présents dans cette première. Contrairement à la seconde ville, où existent un parquet civil comprenant plusieurs personnes, il n'y a sans doute dans cette ville moyenne qu'une seule personne s'occupant du parquet civil. D'où la nécessité, pour s'assurer de la disponibilité de cette personne, de la prévenir en amont de ce qu'une demande à traiter en urgence pourrait lui être adressée.

Existe également une seconde variante qui s'éloigne assez largement de la procédure précédemment décrite, puisque cette fois la naissance n'est purement et simplement pas déclarée. Cette procédure, qui n'est pas évoquée dans la circulaire du 28 octobre 2011 précitée, nous a été indiquée par un responsable du parquet civil d'une grande ville et nous avons trouvé un témoignage de parents rapportant une expérience similaire dans une autre ville[625]. L'intérêt de cette procédure se manifeste lorsque les médecins ne parviennent pas à trouver le sexe de l'enfant dans les trois jours et qu'en outre les parents ne veulent pas avoir à donner à leur enfant un prénom neutre, mais préfère connaître le sexe de leur enfant avant de choisir le prénom.

[625] https://www.facebook.com/langlais66/, message du 29 sept. 2017.

La procédure à suivre est alors la suivante :

- Les parents ne vont pas voir l'officier d'état civil qui ne doit pas être informé de la situation car, s'il l'était, il est légalement obligé de déclarer la naissance de l'enfant.
- Lorsque les médecins déterminent le sexe, les parents saisissent le parquet civil et lui demandent de saisir en urgence le tribunal de grande instance afin que soit dressé un jugement déclaratif d'état civil.
- Les parents communiquent alors les documents médicaux et les prénoms choisis et sur la base de ceux-ci le juge déclare l'état civil de l'enfant et ordonne alors la transcription de ce jugement sur les registres d'état civil.

Si la procédure peut surprendre et être perçue comme une violation de l'article 57 du code civil, elle nous semble néanmoins pouvoir être fondée juridiquement sur la force majeure, laquelle met en échec les règles de droit. Or, en l'espèce, les conditions habituelles de la force majeure paraissent bien réunies.

Ajoutons ici que cette pratique paraît toutefois entraîner d'importants inconvénients pratiques. Le Défenseur des droits s'est en effet fait l'écho l'an dernier des importantes difficultés auxquelles étaient confrontés les parents ayant tardé à déclarer le sexe de leur enfant[626]. Cela avait alors amené cette autorité à préconiser au législateur de modifier de trois à cinq jours le délai de déclaration de naissance prévu par l'article 57 du code civil, ce qui a été fait, d'une manière générale[627], par le projet de loi de modernisation de la justice au XXIe siècle (article adopté en dernière lecture).

La perception de la situation d'indétermination du sexe par les personnes interrogées

L'étude des discours de nos interlocuteurs révèle quatre éléments intéressants quant à leur perception de l'indétermination du sexe à la naissance.

En premier lieu, ceux-ci adhèrent très largement à l'idée que le sexe déclaré à la naissance serait une donnée biologique qu'il reviendrait aux seuls médecins de déterminer. Nos interlocuteurs n'ont guère émis de doute quant à la possibilité pour la médecine de déterminer le sexe de l'enfant et encore moins quant à la pertinence de confier aux médecins une telle tâche. Les médecins sont *de facto* omniprésents dans leurs discours car il est presque toujours indiqué que l'officier d'état civil suit les indications médicales. Seul le membre du parquet civil interrogé, après toutefois avoir à plusieurs reprises implicitement fait dépendre le sexe d'une décision médicale, indique à la fin de son intervention le rôle des parents, en suggérant néanmoins que ceux-ci sont tenus par la décision médicale : « Nous, au niveau juridique, on s'en tient à ce que disent les parents sur la base de ce qui est indiqué par les médecins ». Relevons également cette phrase de cette même personne où celle-ci semble prendre du recul par rapport à l'emprise de la médecine : « Pour les médecins, il n'y a que deux catégories, mais peut-être que leur

[626] Décision n° PR/MDE/16-01 portant recommandation de réforme, http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/decision_reforme_de_larticle_55_code_civil_16-01_dossier_daroueche_12-8725.pdf.

[627] L'avis du défenseur des droits ne traite nullement de la question de l'intersexuation et se contente d'émettre une vocation générale, valable pour tous les enfants

raisonnement est induit par le fait qu'il n'y a que deux catégories en droit. » Quoi qu'il en soit de ces nuances, il est indéniable que pour nos interlocuteurs le sexe indiqué sur l'acte d'état civil a une dimension avant tout biologique, puisqu'il dépend en grande partie des médecins. L'on relèvera qu'une telle conception du sexe contraste avec l'acception ayant cours actuellement en droit positif où l'aspect psychologique du sexe tend à primer sur l'aspect biologique. Ce contraste s'explique toutefois fort bien par le fait qu'au jour de la déclaration du sexe de l'enfant à la naissance, son sexe psycho-social est totalement inconnu.

En deuxième lieu, on constate dans ces discours une tendance à vouloir cacher cet état d'indétermination du sexe de l'enfant. Ainsi, un officier d'état civil d'une grande ville nous indique que la procédure suivie permet d'« éviter que l'enfant et l'administration ne se posent des questions qu'ils n'ont pas besoin de se poser ». Il rajoute également qu'« il vaut mieux une omission du sexe sur l'acte de naissance ». De même, un autre officier d'état civil d'une grande ville indique qu'avant rectification l'acte d'état civil ne comprend aucune mention du sexe « comme s'il y avait eu un oubli ». Puis, évoquant le sort de l'acte en cas de rectification, elle insiste sur le fait que les tiers ne pourront pas, si l'officier d'état civil fait bien son travail, savoir que l'enfant avait un sexe indéterminé à la naissance. De même encore, la représentante du parquet civil nous suggère que la procédure de jugement déclaratif est encore meilleure à cet égard que la procédure passant par la rectification car l'indétermination initiale y est « quasi-invisible ».

Cette manière d'approcher l'indétermination du sexe doit être mise en lien avec le paradigme du secret qui a longtemps habité la communauté médicale. Rappelons en effet que jusqu'au milieu des années 2000, l'intersexuation d'un enfant était dissimulée à l'enfant voir à ses parents, les médecins estimant qu'il était préférable pour la santé de l'enfant que l'information ne soit pas communiquée. Compte tenu de la prégnance de l'analyse médicale sur le droit, il n'est pas impossible que cette approche médicale ait influencé l'approche juridique, d'où peut-être la tendance de nos interlocuteurs à rechercher une solution masquant l'indétermination du sexe.

En troisième lieu, ces entretiens révèlent que pour les officiers d'état civil et les magistrats interrogés l'indétermination du sexe constitue une « urgence ». L'urgence existe d'abord au moment de la naissance compte tenu du délai de trois jours que le code civil impose pour déclarer le sexe à la naissance. Elle est perceptible notamment au travers de la procédure mise en œuvre à R. pour permettre aux différents intervenants de prendre rapidement des décisions. L'urgence existe également au-delà de ce délai de trois jours, ce qui est *a priori* plus surprenant. On en trouve une trace très nette dans les propos d'un représentant du parquet civil, lorsque celui-ci indique que les rectifications d'état civil sont faites en urgence et qu'il pourrait en aller de même en cas de jugement déclaratif de naissance. Pourquoi une telle urgence ? Il semble cette fois qu'elle s'explique par l'urgence qu'il y aurait à inscrire l'enfant dans le schéma de la binarité des sexes. L'indétermination apparaît comme une exception dont il faudrait sortir en urgence. On aperçoit alors le caractère provisoire de l'indétermination, dernier élément qu'il convient de souligner.

En quatrième et dernier lieu, ces entretiens révèlent que si l'indétermination du sexe est bien admise par tous nos interlocuteurs celle-ci n'est dans leurs yeux qu'une situation provisoire. Ceci ressort nettement des propos d'un officier d'état civil d'une grande ville indiquant que l'absence de mention n'a « pas vocation à durer ». Un autre officier d'état

civil d'une grande ville déclare également qu'à l'époque où il avait été confronté à des situations d'indétermination, il avait lui-même relancé des parents afin de savoir où en étaient les médecins quant à l'identification du sexe de l'enfant. De même, lorsque cette personne nous indiquait avoir été confrontée au décès d'un enfant dont le sexe n'avait pas été déterminé, elle suggérait qu'elle aurait dû en principe faire des démarches pour que le sexe de l'enfant soit rectifié, de manière à ce que cette indétermination du sexe ne perdure pas également sur l'acte de décès ; si cependant elle n'en avait rien fait en l'espèce, c'était cependant pour ne pas aggraver les souffrances de la famille.

On le voit, donc, les personnes interrogées s'inscrivent pleinement dans la logique de la circulaire précitée de 2011 qui indique que l'absence de la mention du sexe ne peut perdurer que pendant un ou deux ans. On relèvera au passage que ce délai d'un ou deux ans semble en pratique indicatif. Ainsi, pour l'un des officiers d'état civil interrogé, c'est surtout au moment de l'entrée à l'école qu'il faut que le sexe soit déterminé ; avant, cela n'est guère gênant à ses yeux. L'indétermination du sexe est donc aujourd'hui une situation provisoire, mais qui peut toutefois durer plusieurs années.

B. Analyse des données de l'INSEE

Présentation des données

L'objectif de cette étude était de mieux comprendre, au niveau national cette fois, la pratique des officiers d'état civil lorsque les parents, sur l'avis des médecins, ne savent pas si l'enfant peut être assigné dans un sexe masculin ou féminin. En particulier, il s'agissait de savoir dans quelle mesure les officiers d'état civil suivent l'article 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 qui leur permet, à certaines conditions de ne pas inscrire un sexe sur l'état civil de l'enfant ou à la rigueur d'inscrire seulement la mention d'un sexe indéterminé. Si l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) a été contacté, c'est parce que cet organisme national reçoit chaque mois les bulletins de naissance que lui adressent les communes. L'INSEE centralise alors ces données dans le Répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP). Lorsque le sexe de l'enfant n'est pas identifié, la pratique a été prise de rentrer la case « i » pour la mention du sexe[628]. Les données présentées ci-après procèdent d'une extraction réalisée à partir du RNIPP.

Il ressort de cette étude qu'au 27 février 2017, vingt-huit personnes nées entre le 1er janvier 2013 et le 27 février 2017 étaient encore répertoriées à cette date avec la mention « i » et, que, sur cette même période, vingt-cinq personnes avaient été répertoriées après la naissance avec une telle mention bien qu'elles en aient changé depuis. Au total donc, entre 2013 et 2017, cinquante-trois personnes ont été enregistrées à l'état civil avec une mention (ou une absence de mention) autre que le masculin ou le féminin et répertoriées au Répertoire national d'identification des personnes physique comme ayant un sexe « i ».

[628] Il est intéressant de relever que si l'INSEE code bien le sexe indéterminé, les règles adoptées par cet institut le conduisent en revanche à refuser d'attribuer aux personnes concernées un numéro d'identification au répertoire (NIR) comprenant un sexe autre que le masculin et le féminin. En effet, les seuls sexes codés pour le NIR, qui sert ensuite également pour le numéro de sécurité sociale, sont le masculin et le féminin (codés le plus souvent par les chiffres 1 et 2).

Analyse des données

L'analyse de ces données appelle quatre observations.

Premièrement, ces chiffres n'impliquent nullement qu'il n'y aurait que cinquante-quatre personnes nées intersexuées en France entre 2013 et 2017. En effet, ces chiffres ne concernent que l'intersexuation identifiée à la naissance et qui aurait donné lieu à l'absence de mention ou à l'inscription d'une mention indéterminée ou tout autre mention équivalente. Or, dans nombre de situations d'intersexuation — c'est ce qui ressort des entretiens réalisés plus haut avec les professionnels de l'état civil — les professionnels de santé parviennent à indiquer aux parents un sexe dans lequel déclarer l'enfant dans le délai de déclaration de la naissance, de sorte que les enfants n'entrent jamais dans le répertoire avec la mention « i ». Ainsi, le chiffre obtenu signifie seulement qu'au jour où le fichier a été interrogé vingt-huit personnes étaient identifiées comme étant intersexuées mais, potentiellement, il est possible qu'il y ait beaucoup d'enfants qui soient inscrits à la naissance comme étant de « sexe indéterminé ».

Deuxièmement, on constate une assez forte augmentation du nombre de personnes identifiées comme « i » à partir de 2015, puisqu'au lieu de huit ou six naissances constatées les années précédentes on passe à quinze en 2015, dix-neuf naissances en 2016 et, sur à peine deux mois en 2017, cinq naissances ce qui laisse augurer d'une fin d'année à plus de vingt naissances. Comment comprendre cette augmentation ? Cela pourrait être l'une des conséquences de la médiatisation de l'affaire du « sexe neutre » dans les médias français. En effet, la première décision, rendue par le tribunal de grande instance de Tours, a été très largement médiatisée à l'automne 2015. Cette médiatisation aurait peut-être atténué la crainte de stigmatisation attachée à l'inscription provisoire de la mention d'un sexe indéterminé ; d'où son utilisation plus fréquente. Le témoignage de parents d'un enfant intersexué mis en ligne sur un réseau social semble aller en ce sens[629]. Cette interprétation paraît confirmée par le fait que sur les quelques mois analysés de l'année 2017, cette augmentation se poursuit alors pourtant que le délai de déclaration de la mention du sexe à la naissance s'est allongé, passant comme nous l'avons dit plus haut de trois jours à cinq jours[630], ce qui aurait dû avoir pour effet mécanique, en l'absence d'autres perturbations, une réduction du nombre d'enfants intersexués. En effet, nous avons rappelé plus haut qu'une partie des inscriptions d'un sexe indéterminé était lié au fait du court délai. Si l'allongement du délai ne réduit pas le nombre de déclaration, c'est peut-être qu'on se situe en présence de parents (et d'équipes médicales) pour qui la présence (temporaire ?) d'un sexe indéterminé n'est plus un problème.

Troisièmement, ces chiffres confirment que tous les enfants intersexués sont à terme rattachés aux sexes masculin et féminin, puisqu'on ne trouve aucune personne dans le fichier née avant 2013. En outre, pour les personnes les plus âgées identifiées (celles nées en 2013), il est très probable, comme nous l'indiquait une personne de l'INSEE en charge de ces données, que leur état civil ait déjà été rectifié mais que ces personnes figurent encore dans la base de données en raison de l'oubli des communes compétentes de transmettre à l'INSEE les modifications intervenues. Quoi qu'il en soit, l'article 55 de la

[629] https://www.facebook.com/langlais66/, message du 29 sept. 2017.

[630] Comp. avec le droit belge où le délai est de trois mois : art. 57 c. civ. belge.

circulaire du 28 octobre 2011 est à cet égard bien respecté : l'absence de mention ou la mention sexe indéterminé sont des mentions provisoires. Il est cependant possible à l'avenir, compte tenu de la sensibilisation croissante de la population à la problématique intersexe, que certains parents décident de maintenir leur enfant dans cette catégorie non binaire.

Quatrièmement, bien que l'échantillon ne soit pas très représentatif, il semble que les enfants intersexués soient davantage rattachés à un sexe masculin, ce qui pourrait s'expliquer par une tendance des parents à préférer le statut d'homme à celui de femme dans une société encore très inégalitaire ou encore, comme le suggère notre interlocuteur de l'INSEE, par le fait qu' « il y a plus de garçons qui naissent que de filles ».

Nombre de personnes nées de sexe indéterminé et n'ayant pas changé ou rectifié leur sexe						
Département de naissance	**Année de naissance**					**Total des personnes nées de sexe indéterminé par département depuis 2013**
	2013	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	
13				1	1	2
16		1				1
21				1		1
27					1	1
28			1			1
33				1		1
50				1		1
51				1		1
57			1			1
62				1	1	2
68			1			1
75				1		1
78				1		1
79				1		1
971			1			1
972				1		1
973		1				1
974			1		1	2
976	5			1	1	7
Total des personnes nées de sexe indéterminé par année depuis 2013	5	2	5	11	5	28

Source. INSEE, RNIPP, 27 février 2017.

Nombre de personnes nées de sexe indéterminé ayant changé de sexe par département et année de naissance									
Département	**2013**		**2014**		**2015**		**2016**		**Total**
	Féminin	Masculin	Féminin	Masculin	Féminin	Masculin	Féminin	Masculin	
06						1			1
21					1				1
26						1			1
33				1		1			2
38					1				1
42								1	1
44			1						1
51								1	1
56								1	1
59		1			1	1			3
62								1	1
67				1					1
75					1		1		2
76							1		1
77	1								1
93				1			1		2
95					1				1
971		1						1	2
972						1			1
Total	**1**	**2**	**1**	**3**	**5**	**5**	**3**	**5**	**25**

Source. INSEE, RNIPP, 27 février 2017.

Nombre de personnes nées de sexe indéterminé entre janvier 2013 et février 2017										
	2013		**2014**		**2015**		**2016**		**Février 2017**	
	Encore inscrit comme « i »	Autrefois inscrit comme « i »	Encore inscrit comme « i »	Autrefois inscrit comme « i »	Encore inscrit comme « i »	Autrefois inscrit comme « i »	Encore inscrit comme « i »	Autrefois inscrit comme « i »	Encore inscrit comme « i »	Autrefois inscrit comme « i »
	5	3	2	4	5	10	11	8	5	0
Total	8		6		15		19		5	
Total	53									

Source. INSEE, RNIPP, 27 février 2017.

C. Synthèse sur la déclaration des personnes intersexuées à la naissance

Les différents entretiens réalisés avec les professionnels de l'état civil (officier d'état civil, parquet civil et médecin travaillant dans un des centres des maladies rares où sont accueillis les enfants intersexués) ainsi que les données relatives aux déclarations de sexe

à la naissance recueillies auprès de l'INSEE, permettent de confirmer que les professionnels de l'état civil sont bien confrontés à des enfants dont ils peinent à déterminer le sexe à la naissance au regard du modèle binaire qui est le leur. Ces situations apparaissent marquées, encore aujourd'hui, par l'emprise du discours médical, du secret et de l'urgence, même si la prégnance de ces éléments est moins forte qu'autrefois.

Ces différentes données ont permis également de mieux connaître les procédures — plus ou moins en adéquation avec les textes existant — mises en œuvre par les acteurs du droit en présence de ce qui constitue à leurs yeux une « indétermination » du sexe à la naissance.

En outre, les données recueillies font apparaître que chaque année quelques nouveau-nés — dont le nombre de l'ordre d'une à quelques dizaines a augmenté depuis 2015 — sont inscrits à l'état civil sans mention du sexe ou avec une mention autre que le masculin et le féminin. Tous les nouveau-nés intersexués ne sont cependant pas identifiés comme tels à l'état civil et, dans la majorité des cas, les parents inscrivent l'un des sexes que leur ont conseillé les professionnels de l'état civil. Dans les cas où l'état civil demeure « indéterminé » quant au sexe de l'enfant, ces situations sont seulement provisoires et les enfants sont à terme rattachés à l'un des deux sexes admis ; avec une légère prévalence, semble-t-il, pour le rattachement au sexe masculin.

LES PRATIQUES DE CHANGEMENT DU SEXE APRÈS LA NAISSANCE

1. PRÉSENTATION DES DONNÉES EXPLOITÉES

Les données du changement de sexe après la naissance couvrent la période allant de 2013 à 2017 (décembre). Ces données ne correspondent pas au nombre de demandes de changement de sexe, mais au nombre de demandes de changement de sexe et de prénom. Ce choix se fonde sur les conseils avisés des services de l'INSEE en raison du nombre important de « faux changements de sexe » qui seraient sinon apparus et qui auraient correspondu non pas à une réelle demande de changement de la mention du sexe, mais à la correction d'erreurs purement matérielles (hypothèse d'une personne de sexe masculin et qui, à la suite d'une erreur, se serait vue assignée un sexe féminin)[631].

Pour autant, il ne semble pas que cela conduise à fausser de manière significative les données obtenues. En effet, *a priori*, l'un des rares cas où une personne trans' pourrait garder son prénom se rencontrerait en présence d'un prénom mixte, prénom dont la prévalence est estimée à 2 %[632]. Or, même dans ce cas, il est probable que, quand bien

[631] Sur ce problème des erreurs purement matérielles de mention du sexe à l'état civil, *cf.* M. BANENS et E. LE PENVEN, « Les erreurs de sexe dans le recensement et leurs effets sur l'estimation des couples de même sexe », *Population*, 2016, n° 1.

[632] Baptiste Coulmont, que nous remercions ici pour son apport, a montré que le nombre de prénoms portés par au moins 20 % des personnes de l'autre sexe (ce qu'il considère correspondre au prénom mixte) est de l'ordre de 2 % : *Sociologie des prénoms*, La Découverte, 2014, p. 63.

même elles auraient un prénom mixte, nombre de personnes trans' préfèrent modifier également leur prénom pour marquer leur transition, compte tenu à la fois de la facilité d'une telle modification (accessoire à la demande de changement de sexe) et aussi de ce que le maintien d'un prénom mixte pourrait leur faire craindre que le juge ne rejette leur demande, motif pris que le maintien du prénom mixte ne correspondrait pas aux stéréotypes du genre revendiqué.

Ci-après quelques chiffres extraits de la base de données INSEE :

Année	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Nombre de demandes	157	190	167	189	218	**921**
Évolution du nombre	N/A	+ 21,0 %	- 12,1 %	+ 13,2 %	+ 15,3 %	
Âge moyen	36,2	35,3	32,8	32,9	33,9	

2. ANALYSE DES DONNÉES

Compte tenu des données recueillies, le nombre de changement de la mention du sexe à l'état civil peut être analysé à travers trois prismes : l'évolution du nombre de demandes, le lieu où ces demandes aboutissent et l'âge des requérants. Du point de vue du nombre des demandes, et en ayant une approche statique, le changement de sexe accompagné d'un changement de prénom est en moyenne de 180 changements par an, pour un total de 898 sur la période de cinq années, courant de janvier 2013 à décembre 2017[633]. Ce nombre est relativement en accord avec le nombre de personnes trans' estimées (de l'ordre de la quinzaine de milliers selon les estimations de l'association Objectif Respect Trans)[634].

Du point de vue dynamique, l'on constate que, mise à part la parenthèse de 2015, ce nombre est en augmentation presque constante, augmentant de 21 % entre 2013 et 2014, 13 % entre 2015 et 2016 et 15 % entre 2016 et 2017. Si une baisse peut être observée pour l'année 2015 (- 12 %), elle pourrait s'expliquer par le fait que les personnes trans' s'attendaient à l'époque à une réforme de la procédure de changement de sexe censée assouplir le droit existant. Dès lors, nombre de personnes auraient pu préférer reporter temporairement leur demande de changement de sexe.

[633] Ce chiffre, initialement de 921, a été retraité pour en enlever les 23 cas de changement de sexe réalisés sur des enfants en très bas âge (moins de 3 ans) et qui témoignent très probablement d'action en rectification pour des enfants intersexués.

[634] En effet, si l'on multiplie le nombre de 180 par celui de l'espérance de vie en France (82,67 ans en 2015), on obtient le chiffre de 14 880 personnes trans'. Tous ces calculs sont évidemment approximatifs et seulement destinés à identifier d'éventuels biais manifestes d'analyse.

Toujours du point de vue dynamique il est frappant de constater que la loi du 18 novembre 2016 n'a pas eu d'impact significatif sur cette évolution, du moins sur la période observée, contrairement par exemple à d'autres réformes intervenues à l'étranger qui ont fait le choix de la déjudiciarisation[635]. En effet, l'accroissement n'a été que de 15 % entre 2016 et 2017, ce qui est moins important que l'accroissement observé entre 2013 et 2014. Cela pourrait, à titre d'hypothèses, être renvoyé à trois raisons. La première serait que les décrets et circulaires n'ayant pas tous été publiés immédiatement après la publication de la loi, celle-ci n'a peut-être pas pu déployer tous ses effets en 2017 et qu'il faudrait attendre 2018 pour en mesurer pleinement les conséquences, d'autant que la procédure étant judiciaire, il faut tenir compte du délai de jugement. Cela pourrait aussi tenir au maintien de la judiciarisation, laquelle peut constituer un frein important aux demandes. Enfin, une troisième explication, pourrait être que l'état du droit antérieur, compte tenu de la jurisprudence accueillante de certains tribunaux, permettait d'ores et déjà à nombre de personnes trans' d'obtenir leur changement de la mention du sexe, de sorte que le principal effet de la loi nouvelle n'a pas tant été de permettre à un plus grand nombre de personnes trans' d'accéder aux tribunaux, que de faciliter leur accès à ces tribunaux.

Pour ce qui concerne la répartition territoriale, on observe une inégalité assez importante entre les départements : les départements fortement urbanisés (Paris, par exemple) étant, sans surprise, généralement ceux où les demandes de changement de sexe sont les plus nombreuses, par rapport aux départements ruraux (Creuse, Lozère, Alpes de Haute Provence, par exemple). La réforme pourrait avoir aplani quelque peu ces disparités. En effet, le nombre de demandes a légèrement chuté dans les départements où il était relativement important (à Paris et en Moselle, par exemple), et semble avoir tendance à augmenter dans les départements où ces demandes étaient moins fréquentes. Mais les chiffres étant peu importants, il est difficile d'en tirer des conclusions définitives.

Quant à l'âge de la demande, on ne constate que quelques rares changements réalisés antérieurement à la réforme concernent des personnes mineures de moins de seize ans. On remarque que ces changements ont eu lieu alors que les enfants étaient très jeunes si bien qu'il est difficile de se prononcer sur ce qu'ils représentent. Ce point est cependant intéressant au regard de l'incertitude du nouveau droit quant à la possibilité pour les personnes mineures de moins de seize ans de modifier la mention de leur sexe à l'état civil.

En outre, l'exploitation des âges de naissance permet de constater que sur la période observée l'âge moyen de la demande du changement de sexe passe de 35 à 32 ans. L'âge est légèrement remonté en 2017, ce qui pourrait renvoyer, à titre d'hypothèse, au fait

[635] En Belgique par exemple, les chiffres des demandes de changement de sexe dans quelques grandes villes révèlent une augmentation de plusieurs centaine de pour cents (P. CANNOOT, « Introduction to the 2017 Belgian Gender Recognition Act », *in Trans expert seminar*, Université de Gand, 6 février 2018). Ainsi, pour la ville d'Antwerp, le nombre de demande est passé de 9 en janvier 2017 à 28 en janvier 2018 et, sur la même période, de 5 à 11 à Gand ou de 1 à 7 à Louvain. Aux Pays-Bas, le nombre de demande a été pratiquement multiplié par 10 avant et après l'adoption de la loi de 2014 ayant déjudiciarisé le changement de la mention du sexe. *Cf.* M. VAN DEN BRINK, *Recht doen aan genderidentiteit evaluatie drie jaar transgenderwet in Nederland 2014 – 2017*, https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2897-evaluatie-transgenderwet.aspx.

que des personnes trans' qui hésitaient jusque-là à s'engager dans la procédure, compte tenu de la médicalisation persistante, ont fini par franchir le cap.

CONCLUSION : PISTES DE RÉFLEXION ET PROPOSITIONS

L'analyse juridique et l'enquête socio-anthropologique permettent de formuler d'une part quelques propositions permettant de clarifier des problèmes de pure technique juridique apparus à la suite de la loi sur le changement d'état civil, et d'autre part de suggérer des pistes de réflexion pour une éventuelle évolution législative.

Tout en ouvrant plus facilement aux personnes la porte de l'affirmation de leur genre, la loi a laissé dans l'ombre certaines questions qui mériteraient d'être clarifiées. Les principaux problèmes sont les suivants :

- Pour les mineures de moins de 16 ans, il conviendrait de préciser si la procédure leur est fermée d'une manière générale ou s'ils peuvent en bénéficier en étant représentés par les titulaires de l'autorité parentale.
- Pour les personnes dont l'état civil est établi à l'étranger, la loi nouvelle ne contient aucune disposition, alors même que le droit comparé révèle la possibilité de telles dispositions ; la situation de ces personnes est donc incertaine et gagnerait à être clarifiée.
- Concernant les personnes intersexuées, la nouvelle loi n'a rien prévu, qu'il s'agisse des mentions susceptibles d'être inscrites — alors même que la question était à l'époque de la loi débattue devant les juridictions — ou encore des actions en justice disponibles (l'action en rectification leur est-elle encore ouverte ?).
- Lorsque le changement de prénom est réalisé sans changement de sexe, tous les actes d'état civil de la personne et des tiers doivent être rectifiés en conséquence ; en revanche, lorsque le changement est réalisé consécutivement à un changement de sexe, il faut l'accord de ces personnes. Cette distinction paraît difficilement justifiable et un alignement des régimes mériterait d'être envisagé en prenant en considération le dilemme auquel se confrontent les personnes trans' qui souhaitent faire valoir les liens établis sous leur nouvelle identité tout en préservant leurs proches et notamment leurs enfants d'éventuelles discriminations. Il semble que gagneraient à être repensées dans leur ensemble les règles encadrant les corrections des actes d'état civil autre que l'acte de naissance : tantôt le consentement des tiers est oublié (comme c'est le cas pour le PACS en cas de changement de prénom), tantôt le législateur n'en dit rien et les textes d'application demeurent peu clairs (comme c'est le cas pour l'indication du changement de sexe sur d'autres actes, ne serait-ce que les changements grammaticaux impliqués par le changement de sexe).
- Contrairement à d'autres législations étrangères, en particulier à Malte, la loi française n'a pas réglé la question de la rectification des documents individuels autres que l'état civil, en particulier les diplômes et les certificats de travail établis antérieurement à la modification de la mention du sexe à l'état civil et dont la personne pourrait néanmoins avoir besoin, après son changement, afin de pouvoir exercer ses droits ; ce point mériterait d'être clarifié.

Sous l'influence des droits fondamentaux et en particulier du droit au respect de la vie privée, les systèmes d'assignation du sexe à la naissance en vigueur ainsi que les conséquences qui sont tirées de cette assignation, connaissent actuellement de profondes évolutions. Si ces évolutions ne sont pas achevées, il est néanmoins possible

de discerner la direction qu'elles prennent. D'un système bureaucratique d'assignation du sexe à la naissance, à partir d'un simple examen anatomique, beaucoup de pays s'orientent vers un système plus libéral d'affirmation du genre, indépendamment de toute assise biologique. L'idée majeure présidant à ces changements — idée ramassée dans le principe d'auto-détermination — est que les caractéristiques sexuées et le genre relèvent de la vie privée et n'ont pas à être assignés par des tiers. Ce basculement d'un système à un autre ne paraissant pas réversible — sauf pour la France à cesser de respecter la Convention de sauvegarde des droits humains et des libertés fondamentales —, il semble que les réformes à venir devraient conduire à tirer toutes les conséquences de ce basculement. Les conséquences à envisager ne concernent pas seulement les règles de l'état civil, qui ont directement pour effet de placer les individus dans des catégories sexuées ou genrées, elles concernent aussi les règles dépendant du sexe ou du genre pour leur application.

Le basculement d'un système d'assignation du sexe à un système d'affirmation du genre, manifesté notamment par le principe d'auto-détermination invite ainsi à repenser la nécessité de l'inscription d'un sexe à la naissance. Pourquoi inscrire un sexe dès la naissance, à un âge où l'individu n'a pas encore manifesté son identité de genre, si ce qui importe c'est le genre de l'individu et non son sexe biologique ? Par ailleurs, il convient de se demander si les arrêts de la Cour européenne des droits humains ayant interdit la mention de la religion sur les actes de l'état civil n'interdiraient pas également l'inscription obligatoire d'un sexe, motif pris que le sexe comme la religion relèvent de la vie privée et que l'État n'a pas à les connaître sans but légitime.

À défaut d'une réflexion sur l'idée même d'une assignation du sexe à la naissance, le principe d'auto-détermination implique à tout le moins de discuter la fonction cardinale de cette inscription. En effet, cette dernière, réalisée à un instant donné de la vie de l'individu, à partir de critères purement biologiques et le plus souvent seulement anatomiques commande, en effet, le genre dans lequel sera ensuite administrativement assigné l'individu tout au long de sa vie. Le droit comparé, en particulier le système des États fédéraux (Australie, Canada, Inde), nous montre que ce système cardinal n'est nullement une nécessité et qu'il est possible de dissocier le sexe inscrit à l'acte de naissance du genre inscrit sur les autres documents. Cette inscription du sexe à la naissance pouvant en effet n'être qu'un simple fait historique, dont ne serait plus tirée par la suite aucune conséquence. L'avantage d'un tel système est qu'il permet aux individus, selon les situations (comme c'est le cas en Australie), de ne pas être inscrits dans les mêmes catégories sexuées ou genrées.

Si de telles pistes de réforme n'étaient pas envisagées ou retenues, il serait possible de considérer certaines adaptations. On pourrait ainsi réfléchir au maintien de la procédure judiciaire qui, comme l'a montré notre enquête, reste une difficulté pour nombre de personne trans'. En outre, en se fondant sur une évaluation de la « réalité » de l'inscription dans le genre revendiqué voire même sur la « tenue » ou la félicité de l'identité revendiquée, cette procédure a tendance à renforcer les stéréotypes de genre avec lesquels les différents acteurs, tant requérants que magistrats, se débattent maladroitement. On pourrait également s'interroger sur la conformité avec le principe d'autodétermination, des règles imposant le consentement des proches pour tenir compte, sur les actes d'état civil de ces derniers, d'un changement de sexe associé à un changement de prénom.

L’examen des travaux préparatoires de la loi et les discussions avec les parlementaires ont révélé, par ailleurs, que le législateur, pour ne pas compromettre les chances de réussite d’adoption d’un texte jugé nécessaire, a préféré ne pas trop entrer dans les détails des conséquences du changement de la mention du sexe inscrite sur l’acte de naissance. Ce faisant, il a laissé les tribunaux quelque peu désemparés face aux difficultés d’application induites par le changement de la mention du sexe à l’état civil. C’est le cas notamment pour ce qui concerne la filiation des personnes après changement d’état civil. Une réflexion doit être menée en la matière comme l’a fait récemment la Belgique.

Enfin, l’ensemble des règles sexuées ou genrées méritent d’être reconsidérées à l’aune de l’apparition d’une troisième catégorie. Actuellement, les règles fonctionnant sur un modèle non binaire demeurent exceptionnelles (c’est le cas pour les règles gouvernant le Répertoire national d’identification des personnes physiques ou encore celles qui, au niveau européen et international, régissent l’inscription de la mention du « sexe » sur les passeports). Il convient cependant de s’interroger de nos jours sur l’application de ces règles à des personnes ayant un genre ou un sexe non binaires.

BIBLIOGRAPHIE

AGUIRRE-SÁNCHEZ-BEATO S., « Explaining Discrimination Against Trans People. A conceptual journey », accepté pour publication in *Psychology and Sexuality.*

ANCEL B. ET LEQUETTE Y., *Grands arrêts du droit international privé*, Dalloz, 2006, n° 4.

AUDIT B. ET D'AVOUT L., *Droit international privé*, Economica, 2013, 7e éd., n° 367.

BERENI L. ET AL., *Introduction aux études sur le genre*, De Boeck Supérieur, 2012, 2ème éd., p. 111.

BILLINGS D. ET URBAN T., 1982, The socio-medical construction of transsexualism: an interpretation and critique, *Social Problems* 29, 266-282.

BOLIN A., *In search of Eve. Transsexual rites of passage*, Wesport, London, Bergin & Garvey, 1988.

BON I, *Le transsexualisme,* Thèse de droit, Université de Lyon, 1990.

BONIERBALE M, GORIN-LAZARD A., LANÇON C., MAGAUD-VOULAND N., MICHEL A., MORANGE I., PERCHENET A.-S., *Trouble de l'identité de genre : quel est le rôle du psychiatre ?*, Sexologies, volume 17, Octobre-Décembre, 2008.

BRANLARD J-P., *Le sexe et l'état des personnes : aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1998.

BRETON J., FROHWIRTH C., POTTIEZ S. ET KINDINYS S., *Le transsexualisme : étude nosographique et médico-légale*, Paris, Masson, 1985.

BRIBOSIA E. ET I. RORIVE, « Human Rights Integration in Practice: Making equality law work for trans people in Belgium », in E. BREMS (ed.), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, Edward Elgar Publishers, 2018 (sous presse).

BRIBOSIA E. ET I. RORIVE, « L'Equality Law Clinic aux prises avec les droits bafoués des personnes trans' en Belgique », *revue Sextant*, 2017 (sous presse).

BRUNET L. ET FORTIER C., Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité, in GALLUS N. (dir.), Droit des familles, genre et sexualité, LGDJ/Anthémis, 2012, p. 63-113.

BUJON T. ET DOURLENS C., « Les médecins aux bords de leurs savoirs, les concertations pluridisciplinaires », Revue d'Anthropologie des connaissances, 2016/1, volume 10, n°1, p 95-120.

BUJON T. ET DOURLENS C., 2012, « Entre médicalisation et dépathologisation : la trajectoire incertaine de la question trans », *Sciences sociales et santé*, vol. 30, n° 3, p. 33-57.

BUREAU M-F ET SAUVE J-S, « Changement de sexe et état civil au Québec : Critique d'une approche législative archaïque », 41 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1, 2011, p.1-50.

BUTLER J., *Défaire le genre,* éd. Amsterdam, Nouvelle Édition, 2016 (postface « Le transgenre et 'les attitudes de révolte' », pp. 347-370).

CADOU E., *Transsexualisme et droit de la filiation*, Recueil Dalloz n°23, 2003.

CASTEL P.-H., *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, Paris, Gallimard, 2003.

CATTO M-X., « La mention du sexe à l'état civil », *in* HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD MARC ET ROMAN DIANE, *La loi et le genre. Etudes critiques du droit français*, Paris, CNRS, 2014, p. 29-47.

CHAKRAVORTY A. et TANDON T., « Coutnry report for India », *in M/V en verder*, M. VAN DEN BRINK ET J. TIGCHELAAR (dir.), UCERF, 2014, p. 149. https://www.wodc.nl/binaries/2393-volledige-tekst_tcm28-73312.pdf

Chaumet P.-P., *Le transgenre : une histoire de tous les temps*, LEH, 2015.

CHAVENT-LECLERE A-S, *Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme,* Paris, Le Dalloz n° 30, 2003.

CHILAND C., *Changer de sexe*, Paris, Odile Jacob, 1997.

COHEN-JONATHAN G. ET JEAN-FRANÇOIS FLAUSS J.-F., « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *AFDI*, vol. 55, 2009, p. 766, http://www.persee.fr/docAsPDF/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4095.pdf.

CONSEIL DE L'EUROPE, 1995, *Transsexualisme, médecine et droit.* In XXIIIème colloque de droit européen. Université Libre Amsterdam. 14-16 avril 1993. Éditions du Conseil de l'Europe. Strasbourg.

CONSEIL DE L'EUROPE, 2000, *Le transsexualisme en Europe, Commission internationale de l'état civil (CIEC).* Éditions du Conseil de l'Europe. Strasbourg.

COURDURIES J., « Re-naître à l'autre sexe. Changement de prénom et de sexe à l'état civil » *in* FINE A. (dir.), *États civils en questions. Nom, papiers et sentiment de soi*, Paris, Éditions du CTHS, 2008, pp.225-242.

CZERMAK M. ET H. FRIGNET (dir.) *Sur l'identité sexuelle : à propos du transsexualisme*, Paris, Éditions de l'Association freudienne internationale, 1996.

DEBONO N. S., « Malta's Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act – A Shift from A Binary Gender to A Whole New Spectrum? », *ELSA Malta Law Review*, Edition V, 2015, p. 5. http://www.elsa.org.mt/wp-content/uploads/2016/04/Art-5-Gender-Identity-.pdf

DELEURY E. ET GOUBAU D., *Le droit des personnes physique*, 5e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014.

DIAMANT-BERGER O. (dir.), *Le transsexualisme. Droit et éthique médicale*, Paris, Masson, 1984.

DROZ G. A. L., « Transsexualisme, état civil et droit international privé », *OP Recht,* W.EJ. Tjeenk Willink, 1996, pp. 43-50.

EKINS R., *Male femaling. A grounded theory approach to cross-dressing and sex-changing*, New York, Routledge, 1997.

ESPINEIRA K., *La transidentité, de l'espace médiatique à l'espace public*, Paris, L'Harmattan, 2008.

FINE A. (dir.), *États civil en questions. Papiers, identités, sentiment de soi*, Éditions du Cths, 2008.

FRIGNET H., *Le Transsexualisme.* Paris, Desclée de Brouwer, 2000.

FOERSTER M., *Histoire des transsexuels en France,* Essai H&O, 2006.

GALLMEISTER I., « Transsexualisme : condition de rectification du sexe à l'état civil », *Dalloz*, février 2013.

GALLUS N. (dir), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthémis2012.

GALLUS N. (dir), *Bioéthique et droit*, Limal, Anthémis, 2013.

GANNAGE L., « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *in Archives de philosophie du droit*, Tome 57, pp. 229-247.

GIAMI A., 2014, « Procréation et parentalité dans la population trans. Genre, parcours biographique, parcours de transition », *in* L. HERAULT (dir.), *La parenté transgenre*, Presses Universitaires de Provence, Aix-en-Provence, p. 93-105.

GOBERT M., « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, RTD civ., 1992, p. 489-528.

GÖSSL S. L., « From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or… ? », *Journal of Private International Law*, Vol. 12, n° 2, 2016, p. 276-280.

GÖSSL S. L., « Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht », *StAZ*, 2013, pp. n° 3, 301-305.

GUILLOT J., *Entrer dans la maison des hommes. De la clandestinité à la visibilité : trajectoires de garçons trans'/ftm.* Mémoire de master 2 recherche, en sociologie, mention « genre, politiques et sexualités », sous la direction de R-M Lagrave, 2008, EHESS.

HAFTEL B. « Identité sexuelle et droit international privé », *in* S. BOLLEE ET É. PATAUT, *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS éditions, 2016, n° 9.

HAUSMAN B., *Changing sex. Transsexualism, Technology, and the idea of gender*, Durham & London, Duke University Press, 1995.

HAMMARBERG T., *Droits de l'homme et identité de genre*, Document thématique, Commissaire européen des Droits de l'Homme, 2009.

HAUTE AUTORITE DE LA SANTE, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme,* Service évaluation des actes professionnels, 2010.

HENNETTE-VAUCHEZ S., PICHARD M. et ROMAN D., *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, Paris, CNRS, 2014.

HENNETTE-VAUCHEZ S. ET ROMAN B. (dir) *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013.

HERAULT L., « Usages de la sexualité dans la clinique du transsexualisme », *L'Autre, Cliniques, Cultures et Sociétés,* Vol 11, n°3, 2010, pp. 278-291.

HERAULT L., « Les personnes transsexuelles et leurs proches ou comment constituer un nouveau genre avec d'autres », in D. DUSSY ET F. FOURMAUX (dir.), *Aux limites de soi les autres*, Paris, Persée, 2011, p. 25-43.

HERAULT L., « L'anthropologue, les médecins et l'expérience transgenre : questions posées à L. Hérault », *Clio, Femmes, genre, Histoire*, n° 37, 2013, pp. 163-176.

HERAULT L. (dir.), *La parenté transgenre*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires de Provence, 2014a.

HERAULT L., La chirurgie de transsexuation : une médecine entre réparation et amélioration *in* BUJON T., DOURLENS C. ET LE NAOUR G. (dir.), *Aux frontières de la médecine,* Paris, Éditions des archives contemporaines, 2014b.

HERAULT L., « Procréer à la manière des femmes, engendrer en tant qu'homme » *in* HERAULT L. (dir.) *La parenté transgenre*, Aix-en-Provence, PUP, 2014c.

HERAULT L., *Pourquoi et comment donner des droits civils aux personnes trans' ?* Actes de la Table Ronde organisée par l'interLGBT*,* Paris, 7 juin 2013.

HILT P., *Le transsexualisme : état des lieux*, Strasbourg, Institut d'études judiciaires de Strasbourg, 2005.

HOUBRE G., « Un 'sexe indéterminé' ? L'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXe siècle », *Revue d'histoire du XIXe siècle*, p. 75.

JAUNAIT A., « La médecine est-elle toujours morale », *Les Tribunes de la santé*, n° 26, printemps 2010.

JONES S., « Towards a universal construction of transgender rights: harmonizing doctrinal and dialogic strategies in indian jurisprudence », *The Indonesian journal of international & comparative law*.

KING D. 1993. *The transvestite and the transsexual: Public categories and private identities*, Aldershot, Avebury.

KOHLER C., « La reconnaissance des situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », *in* LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, pp. 67-79.

LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone, 2013.

LAAZOUZI M., « L'identité en droit international privé », *in* MALLET-BRICOUT B. ET FAVARIO T. (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, pp. 185-197.

LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996.

LENAERTS K., « La Cour de justice de l'Union européenne et la méthode comparative », *in* FAUVARQUE-COSSON B. (dir.), *Le droit comparé au XXIe s,* 2016, p. 43-45.

LEPRINCE L. ET TAURISSON N., *Rapport de la commission sur la transparentalité,* HES, socialistes LGBT, 2008.

MACE E., « Ce que les normes de genre font aux corps / Ce que les corps trans font aux normes de genre », *Sociologie* [Online], n° 4, vol. 1., 2010. http://sociologie.revues.org/773.

MAK G., *Doubting sex*, Manchester University Press, 2012, p. 20-21.

MARIENBURG-WACHSMANN A., WACHSMANN P., *La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme,* RDTH, n° 56, 2003.

MEHFOOZ H., « The Status of Third Gender in Progressive India », *International Journal of Institutional & Industrial Research*, vol. 1, Issue 2, mai-août 2016, p. 56-62.

MEMMI D., *Faire vivre et laisser mourir. Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*, Paris, La Découverte, 2003.

MEYEROWITZ J., *How sex changed. A history of transsexuality in the United States*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002.

MICHELS D., « Les procédures de changement de sexe à l'état civil », in Agnès Fine (dir.), *États civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi*, Paris, Éditions du CTHS, coll. Le regard de l'ethnologue, 2008, pp. 93-109.

MILLOT C., *Horsexe. Essai sur le transsexualisme*, Paris, Point Hors Ligne, 1983.

MORON-PUECH B., « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 1404-1408.

MORON-PUECH B., « Création d'un sexe « non spécifique » par la Haute Cour d'Australie », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 10 avril 2014, URL : http://revdh.revues.org/641

MORON-PUECH B., « Le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c. Turquie sur les conditions du changement de sexe à l'état civil », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 23 mars 2015. URL : http://revdh.revues.org/1076.

MORON-PUECH B., *Les intersexuels et le droit*, mémoire de Master II sous la dir. de D. Fenouillet, université Panthéon-Assas, 2010, https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/10dd4242-a25c-462b-8283-cb99a843f1d2.

MOTMANS J., DE BIOLLEY I. et DEBUNNE S., Être transgenre en Belgique. *Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres,* Bruxelles, Institut pour l'égalité des hommes et des femmes, 2009.

MURAT L., *La loi du genre. Une histoire culturelle du "troisième sexe"*, Paris, Fayard, 2006.

MURAT P., *Quel lien entre le transsexuel et l'enfant de sa concubine né par P.M.A. ? Dr. fam.*, n°9, 2003.

NORMAND S., « État civil et identité élective » *In* LANDHEER-CIESLAK C. et LANGEVIN L. (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville, Yvon Blais, 2015, p. 491.

PAMBOUKIS C., « Les actes publics étrangers et la méthode de reconnaissance », *in* P. LAGARDE (dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013, p. 133.

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

RADAL B., *Hommes et femmes transsexuel(le)s en France. Entre normalisation et subversion.* Mémoire de maitrise d'ethnologie, sous la direction de L. Hérault, Université de Provence, Aix-Marseille 1, UFR Civilisation et Humanités, Département d'ethnologie, 2002.

RECHER A., « Les droits de personnes tran' », pp. 101-217 *in* ZIEGLER A. R., MONTINI M., COPUR E. A. (dir.), *Droit LGBT*, Helbing Lichtennhahn, 2e éd., 2015.

REIGNE P., « Trouble dans la jurisprudence. L'état civil face au transgendérisme », *Semaine juridique*, édition G, note 1205, 2010.

REIGNE P. « Sexe, genre et état des personnes », *Semaine juridique*, édition G, étude 1140, 2011a.

REIGNE P., L »e changement d'état civil du chef du sexe et le maintien du mariage antérieur », *Droit de la famille* mars, comm. 33, 2011b.

REIGNE P., « Le changement de sexe devant la Cour de cassation ». Le juge, l'expert et l'irréversibilité, *Semaine juridique*, édition G, libres propos 753, 2012a.

REIGNE P., « Modification de l'état civil d'une personne transidentitaire en raison de l'irréversibilité des effets de son traitement hormonal », *Semaine juridique*, édition G, 2012, actualités 124 ; Droit de la famille, commentaire 38, 2012b.

REIGNE P., « La CNCDH et la situation des personnes transidentitaires », *Semaine juridique*, édition G, libres propos 861, 2013a.

REIGNE P. « Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'équilibrisme de la Cour de cassation », *Droit de la famille*, comm. 48, 2013b.

REIGNE P., « Changement d'état civil : l'immobilisme des juges du fond », *Droit de la famille*, comm. 82, 2013c

REUCHER T., « Quand les trans deviennent experts. Le devenir trans de l'expertise », Expertise, Mineures, *Multitudes* 20, 2005.

RICOUX ET AUBRY, « Un prétendu androgyne dans un service de femmes, *Le progrès médical*, tome X, 1999, p. 183-184.

ROGER P., « L'expertise judiciaire n'est pas un préalable obligatoire au changement de sexe à l'état civil pour les personnes transsexuelles », *Médecine et droit*, nov.-déc., 2012, p. 176-178.

SALAS D., *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, 1994.

SAUVE J.-M., « 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).

SENGENES S., *D'un genre à l'autre. Identité refusée, identité abandonnée, Terrain* n° 42, 2004.

SIMON C., « Au-delà du binaire : penser le genre, la loi et le droit des personnes transgenres en Belgique », *Canadian Journal of Women and le the Law – Revue Femmes et Droit*, 2016, 28(3), pp. 521-547.

SIRCAR O., « New queer politics in the new India: notes on failure and stuckness in a negative moment », *Unbound: Harvard Journal of the legal left,* vol. 11, p. 4, 2017, pp. 18 et 26.

SIRONI F., *Psychologie(s) des Transsexuels et des Transgenres,* Paris, Odile Jacob, 2011.

SWERTVAEGHER J-L., *Que sont devenues les personnes réassignées. Approche ethnopsychiatrique de la « transsexualité »*, Mémoire de DEA de psychologie clinique et pathologique, sous la direction de Tobie NATHAN, Université-Paris VIII, 1999.

VALENTINE D., *Imagining Transgender. An ethnography of a category*, Durham & London, Duke University Press, 2007.

VIALLA F. (dir.), *De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil*. *Étude de l'opportunité d'une réforme*, rapport remis à la Mission de recherche droit et justice, 2017, http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/11/15-23-Rapport-final.pdf, p. 70.

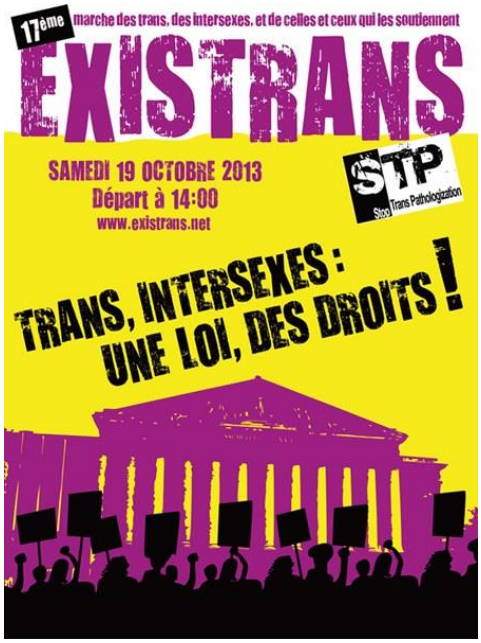
WALLBANK R., « The legal status of people who experience difference in sexual formation and gender expression in Australia », *in* J. M. SCHERPE (dir.), *The Legal status of transsexual and transgender persons*, *Intersentia*, 2015, p. 520.

WORLD PROFESSIONAL ASSOCIATION FOR TRANSGENDER HEALTH*, 2001, Standards Of Care For Gender Identity Disorders.* 6th ed.

« À qui appartiennent nos corps », *Nouvelles Questions Féministes*, 2008/1 (vol. 27).

ANNEXES

AFFICHES « EXISTRANS »



BP 43670 • 54097 Nancy cedex

Courriel : secretariat.national@ant-france.eu – site internet : www.ant-france.eu

Membre de la Fédération LGBT – Membre du RAVAD

Communiqué de presse du 31 mars 2017

À l'image du gouvernement, un décret sans courage ni ambition : la transphobie d'État est toujours à l'œuvre !

Adopté définitivement le 18 novembre 2016, un article de la loi « Justice du 21ème siècle » instaure une nouvelle procédure de changement de sexe à l'état civil. Censée s'appuyer sur les nouveaux standards concernant les droits humains des personnes transgenres promus depuis 2015 par le Conseil de l'Europe avec la Résolution 2048, elle n'atteint pas malheureusement cet objectif.

Procédure judiciaire et non déclarative, via un Tribunal de Grande Instance, jugeant sur l'apport de "preuves" sans limites clairement fixées, la loi n'offre à l'évidence aucune sécurité juridique : on est donc très loin d'une avancée courageuse et volontariste de la part du gouvernement. Le décret d'application dévoilé ce vendredi 31 mars, journée internationale de la visibilité des personnes transgenres, grave désormais dans le Code civil la sous-citoyenneté des personnes transgenres. Certes, l'abominable exigence de stérilisation imposée jusqu'ici par les tribunaux n'est plus d'actualité, mais la contre-partie est faramineuse !

La judiciarisation est évidente, avec une délibération en Chambre des Conseils après avis du ministère public pour déterminer si la personne est "éligible", ou pas, au changement de la mention de sexe à l'état civil. Et si l'aide d'un avocat est donnée comme non obligatoire, il semble pour le moins évident que son aide serait bien utile au vu du flou des prérequis exigés par la loi.

Quand à la démédicalisation de la procédure, elle est loin d'être acquise. Le décret d'application, comme la loi, n'interdit aucunement la fourniture d'éléments médicaux au juge. Ainsi, les attestations des médecins (psychiatres, chirurgiens, etc.) seront à n'en point douter reçues avec bienveillance par les magistrats, et pèseront de tout leur poids dans la balance ! Pour avoir l'assurance d'obtenir leur changement d'état civil le plus rapidement possible, les personnes transgenres seront évidemment tentées de « médicaliser » elles même leur dossier pour mettre toutes les chances de leur côté ! Lorsqu'il faut trouver du travail, continuer les études, améliorer sa sécurité, toute attestation est la bienvenue... La démédicalisation tant vantée par le gouvernement, et les députés PS Erwan Binet et Michèle Crozon, n'est qu'un leurre de communication bien cynique.

Le décret d'application nouvellement publié ne change donc rien aux failles de la nouvelle loi. L'arbitraire à l'encontre des personnes transgenres restera la règle au sein des TGI et des Cours d'appel de la République : médicalisation rampante, inégalités de traitement en fonction des tribunaux, stéréotypes de genre, etc. Pourtant Malte, le Danemark, l'Irlande, la Norvège, pour ne parler que des pays européens, ont montré l'exemple en prônant l'auto-détermination, et en mettant en place des procédures déjudiciarisées et totalement démédicalisées… Le gouvernement français a fait un autre choix, malgré les avertissements des associations transgenres et LGBT, parmi lesquelles l'Association Nationale Transgenre.

Pour ne pas "humilier" la minorité virulente, homophobe, transphobe et sexiste de la « Manif pour tous », et son excroissance réactionnaire « Sens Commun », le gouvernement et ses parlementaires les plus zélés

Changement d'état civil : Un grand pas pour les transidentités

Communiqué de presse du 14 octobre 2016

Mercredi 12 octobre 2016, l'Assemblée Nationale a adopté en dernière lecture le projet de loi de modernisation de la justice du XXIème siècle. Son article 18 quater II est consacré au changement d'état civil (CEC) des personnes trans.

Cette procédure est désormais démédicalisée pour les personnes majeures et mineures émancipées. La demande doit être présentée devant le tribunal de grande instance du lieu de résidence ou du lieu de naissance. La présence d'un-e avocat-e ne devrait pas être obligatoire, ce qui rendrait la procédure gratuite, et il est précisé 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* ». En clair, les personnes trans qui feront une demande de CEC devront prouver qu' « *elle[s] se présente[nt] et […] [sont] connue[s]* » dans le sexe revendiqué par l'intermédiaire d'attestations d'ami-e-s, de proches, de toutes personnes qui pourra attester de cette réalité. Un certificat de psychiatre ne peut plus être exigé.

Cette loi vient briser un tabou en France, celui de la collusion du pouvoir judiciaire avec le pouvoir médical qui depuis plus de 45 ans travaillent de concert afin de pathologiser et de maltraiter les personnes trans. C'est la raison pour laquelle la France est attaquée auprès de la Cour Européenne des Droits de L'homme dans un des trois dossiers de CEC.

Nous ne voyons pas par quel moyen raisonnable un juge ou un procureur pourra, désormais, ordonner une triple expertise médicale puisque cela ne peut plus motiver le refus de faire droit à la demande. Nous resterons, bien évidemment, extrêmement viligant-e-s sur ce genre d'abus.

Nous regrettons que toutes nos revendications n'aient pas été entendues, en particulier la déjudiciarisation de la procédure ou l'impossibilité pour les mineur-e-s non émancipé-e-s d'accéder au CEC alors que plusieurs amendements allaient dans ce sens aussi bien à l'Assemblée Nationale qu'au Sénat.

Nous nous réjouissons de cette grande victoire programmée depuis le 12 juillet dernier, mais actée seulement ce 12 octobre. Nous demanderons à être associé-e-s à l'élaboration du décret et des circulaires d'applications et nous attendons la promulgation de la loi. Nous remercions l'ensemble du tissu associatif ainsi que les parlementaires qui ont permis une telle avancée.

Il reste cependant beaucoup à faire pour lutter contre les discriminations que vivent les personnes trans, qu'il s'agisse, entre autres, de l'accès aux soins, de la formation des personnels soignants, de la sensibilisation à la transphobie dans l'éducation secondaire et l'enseignement supérieur, de la lutte contre les violences et le harcèlement au quotidien, de l'accès à l'emploi ou de la situation des personnes trans en prison.

C'est pourquoi nous appelons à participer à la Marche Existrans de ce samedi 15 octobre pour montrer à la fois notre joie suite à cette avancée mais aussi que nous restons mobilisé-e-s pour que tous les droits fondamentaux des personnes trans soient enfin respectés.

Signataires :
Acthe, Trans 3.0, Prendre Corps, Jardin des T, Inter-LGBT, Centr'égaux

Contact presse :
Acthe : Sun Hee Yoon – 06 64 81 17 06 – sunhee.yoon@acthe.fr

Créée en juillet 2010, la SoFECT est une association scientifique qui a pour objet de réunir les professionnels de la prise en charge en France des problèmes relatifs à l'identité de genre, dans un but de recherche, d'enseignement, de formation, d'information, d'organisation, de coordination, d'évaluation et d'amélioration de cette prise en charge, dans le respect du code de déontologie.

La SoFECT organise son 8ième congrès annuel à Lyon les vendredi 6 et samedi 7 octobre 2017.

Bureau de la SoFECT :

Président : Dr B. CORDIER
Vice-Présidents :
Dr J. CHAMBRY - Pr V. CASOLI
Secrétaire Général : Pr M. REVOL
Secrétaires Adjointes :
Dr C. BREMONT-WEILL -
Dr F. ALBAREL-LOY
Trésorier : Dr R. WEIGERT
Trésorières adjoints : Dr S. BOULON -
Dr F. DEBEAULIEU
Membres d'honneur :
Pr C. CHILAND† - Pr B.J. PANIEL

Comité local d'organisation :
Dr F. BOUCHER - Dr F. DEBEAULIEU - Dr P. LAMOTHE - Pr H. LEJEUNE - Mme C. LERICHE - Dr B. MAZENOD - Dr N. MOREL-JOURNEL - Dr S. MOUCHET-MAGES - Dr F. ROBERT - Dr P. SCHOENDORFF - Dr J.E. TERRIER

Lieu

Université Lyon III Jean MOULIN
Amphithéâtre de la Maison Internationale des Langues et des Cultures
35, rue Raulin
69007 LYON

Accès
T1 Quai Claude Bernard/ Rue de l'Université
T2 Centre Berthelot
Métro B/D Jean Macé

Inscription/Contact
fabien.boucher@chu-lyon.fr
floriane.debeaulieu@ch-le-vinatier.fr

VIIIème Congrès de la Société Française d'Étude et de prise en Charge du Transsexualisme

6 et 7 octobre 2017
LYON

Aux frontières de nos pratiques

Déclaration d'activité N° 11754736775
N° SIRET 53230119900016

Programme

Vendredi 14 octobre 2016

8h30 : Ouverture des inscriptions, accueil des participants

9h00 : Ouverture du congrès
Dr M. Bonierbale, Présidente SoFECT ;
Pr V. Casoli, Responsable Programme Transgender, CHU de Bordeaux ;
S. Deblois, Directrice Adjointe, CH Charles Perrens ;
Dr B. Elleboode, Conseiller médical du Directeur Général, ARS ;
Dr J-P. Ferrière, Président de la CME, CH Charles Perrens.

9h15 – 10h00 : Droit
Modérateur : Me P. Roger, Avocat
« Le consentement aux soins du patient mineur dans le cas de la dysphorie de genre »
« La modification de la mention du sexe à l'état civil issue du projet de réforme judicaire (la justice du 21e siècle) »
Intervenants : Pr. A. Gouttenoire, Directrice de l'Institut des mineurs et Madame Dominique Receveur, Magistrat, Présidente du pôle Famille au Tribunal de Grande Instance de Bordeaux.

10h00 – 10h20 : Pause

10h20 – 11h00 : Réseau Ville-Hôpital
Modérateurs : Dr S. Afflelou et Dr J. More
« Collaboration du médecin libéral avec l'équipe hospitalière référente ».

11h00 – 11h50 : Enfants et adolescents
Modérateur : Dr V. Adrian
« Spécificité développementale de la dysphorie de genre chez l'enfant et l'adolescent : comorbidités et approches thérapeutiques en fonction de l'âge »
Intervenants : Dr Le Heuzey, Dr A. Condat, Dr J. Chambry.

11h50 – 12h30 : Soins Infirmiers
Modérateur : Pr M. Revol
« Place de l'IDE dans le parcours du patient »
Intervenants : L. Guenaicheau (IDE Bordeaux), N. Derafa et A. Seghir (IDE Lyon).

12h30 – 13h30 : Déjeuner

13h30 – 14h30 : Endocrinologie
Modérateur : Dr C. Brémont-Weill
« L'hormonothérapie en pratique, proposition d'un consensus »
Intervenants : Collège des endocrinologues de la SoFECT.

14h30 – 15h30 : Psychiatrie / Psychologie
Modérateurs : S. Birsan, Dr B. Cordier
« Évaluation de l'image du corps »
Intervenants : A. Maquigneau, C. Leriche.

« Les patients perdus de vue avant réassignation »
Intervenants : S Cattoir, L. Karpel, Dr B. Cordier.

15h30 – 15h45 : Pause

15h45 – 17h15 : Sexologie
Modérateur : Dr P. Martin-Vauzour
« Place et importance du bilan fonctionnel sexuel dans la prise en charge du Transsexualisme»
Intervenants : Dr M. Bonierbale, J. Huet et A. Maquigneau, Dr R. Weigert.

17h15 – 17h45 : Communications libres
Modérateur : Dr R. Weigert

« Place du chirurgien maxillo-facial dans le parcours du patient »
Intervenants : Dr M. Bondaz et Dr F. Boucher.

20h30 : Dîner de Gala au Café du Port
http://www.lecafeduport.com

Samedi 15 octobre 2016

9h00-10h00 : Chirurgie
Modérateurs : Pr V. Casoli et Pr M. Revol
« Complémentarités ville-hôpital dans le suivi post-opératoire des patients ? Médecin traitant, Gynécologue, Urologue ... »
Intervenants : Collège des chirurgiens de la SoFECT.

10h00 – 10h15 : Pause

10h15 – 11h25 : Workshop multidisciplinaire
Cas difficiles discutés en RCP.
Prise en charge CNAM et certificats, communication inter-équipes ....

11h25 – 11h30 : Clôture du Congrès
Dr M. Bonierbale, Dr C. Bergey, Pr V. Casoli.

11h30 – 13h30 : Assemblée Générale de la SoFECT (réservée aux membres à jour de cotisation)

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE 7
Remerciements 9
INTRODUCTION 11
La loi de modernisation de la justice du XXIe siècle 13
Équipe de recherche 15
Méthodologie 16
1. L'enquête auprès des associations trans' 17
2. L'enquête auprès des personnes trans' 17
3. L'enquête auprès des magistrats et des avocats 19
4. L'enquête auprès des médecins 20
Note sur le vocabulaire utilisé 21

PREMIÈRE PARTIE. DE L'ASSIGNATION DU SEXE À L'AFFIRMATION DU GENRE EN DROIT 23
I. DROIT FRANÇAIS 27
Les mentions de sexe disponibles 27
1. Les textes 27
2. La jurisprudence 28
A. Le jugement du tribunal de grande instance de Tours du 20 août 2015 28
B. L'arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 22 mars 2016 29
C. L'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017 30
Le changement de sexe 31
1. La jurisprudence antérieure à la loi du 18 novembre 2016 31
A. L'interdiction initiale de changer de catégorie de sexe 31
B. Le changement de catégorie dans la pathologie 32
2. La loi du 18 novembre 2016 34
A. L'article 56 de la loi du 18 novembre 2016 34
B. Les initiatives administratives et parlementaires 35
Les initiatives administratives 35
Les initiatives parlementaires 35
C. Les conditions de la modification de la mention du sexe 36
La démédicalisation du changement d'état civil 36
La « réunion suffisante de faits » 37
D. La procédure 39
Le maintien du caractère judiciaire du changement d'état civil 39
La situation des personnes mineures 39
E. La publicité et ses effets 40
La publicité du changement des prénoms 40
La publicité de la modification de la mention du sexe 41
3. Les premières décisions 42
A. Les décisions analysées 42
B. La nature des demandes 43
C. Les circonstances retenues 43
Les attestations et certificats médicaux 43
Le fait de se présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué 43
Le fait d'être connu sous le sexe revendiqué par son entourage 44
La possession d'état 44
L'apparence physique 44
Les mesures ordonnées 45
Synthèse 46

II. DROIT COMPARÉ 47
Droit néerlandais 48
1. Les mentions de sexe disponibles 48
2. Le changement de sexe 50
A. Le changement de sexe avant la loi du 18 décembre 2013 50
B. Le changement de sexe depuis la loi du 18 décembre 2013 50
Les conditions du changement de sexe 50
Les effets du changement de sexe 51
3. Synthèse 52
Droit allemand 52
1. Les mentions du sexe disponibles 52
A. En droit positif 53
B. En droit prospectif 55
2. Le changement de sexe 56
A. Le changement de sexe pour les personnes trans' 57
Le droit positif 57
Les conditions du changement d'identité sexuée 57
Les effets du changement d'identité sexuée 59
Le droit prospectif 60
B. Le changement de sexe pour les personnes intersexuées 60
3. Synthèse 61
Droit maltais 61
1. Les mentions de genre disponibles 62
A. La possibilité théorique d'une sortie de la binarité du genre 62
La possibilité théorique d'une absence de mention du sexe/genre 62
La possibilité théorique d'un troisième genre 63
B. Les difficultés pratiques de cette reconnaissance 65
2. La modification du sexe/genre 66
A. La modification du sexe 66
B. La modification du genre 67
Les conditions de la modification du genre 67
Les effets de la modification du genre 68
3. Synthèse 68
Droit belge 69
1. Genèse de la réforme 69
2. La nouvelle procédure et ses limites 73
A. La procédure de modification du sexe enregistré applicable aux personnes majeures et aux mineurs émancipés 73
Une première déclaration devant l'officier d'état civil 73
La mission d'information de l'officier d'état civil 74
Le rôle limité du ministère public 75
Une seconde déclaration devant l'officier de l'état civil 76
Modification des autres actes d'état civil et confidentialité de la procédure 77
B. La procédure de modification du genre enregistré applicable aux personnes mineures 77
C. La procédure de modification du prénom applicable aux personnes majeures et mineures 79
3. Le régime de filiation 80
Droit canadien (Québec) 83
1. Les mentions disponibles 85
2. Les procédures de changement 86
A. Les conditions du changement 87
B. Les effets du changement de la mention du sexe à l'état civil 89
3. Synthèse et analyse critique 91
Droit australien 92
1. Les mentions du sexe disponibles 92
A. Les mentions du sexe offertes sur les documents d'identité fédéraux 92

B. Les mentions du sexe disponible sur les actes de naissances 94
Les droits écrits et pratiques administratives 94
L'arrêt NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie et sa portée 96
2. Le changement de la mention du sexe/genre 99
A. Au niveau fédéral 99
B. Au niveau étatique et territorial 100
Les conditions du changement 100
Les effets du changement 102
3. Synthèse 102
Droit indien 103
1. Introduction 103
A. Le système juridique indien 103
B. Le système d'état civil indien 104
C. Éléments de contexte sur les personnes trans' et intersexes en Inde 106
Terminologie 106
La situation sociale des personnes trans' et intersexes 107
L'affaire NALSA 108
Présentation de l'affaire NALSA 108
Les suites de l'affaire NALSA 111
2. Les mentions de sexe et de genre disponibles 112
3. Le changement de sexe 114
A. Les lignes directrices dégagées dans l'affaire *NALSA* 114
B. Les règles retenues par les autorités émettant des titres d'identité 115
4. Synthèse 116
III. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 119
Les mentions de sexe disponibles 120
1. L'établissement en France de l'état civil d'un étranger 121
2. L'efficacité en France d'un état civil établi à l'étranger 122
A. Une efficacité admise selon des méthodes différentes 123
L'efficacité des jugements étrangers portant sur l'état civil 123
L'efficacité des actes d'état civil établis à l'étranger 124
B. L'influence des droits européens sur l'efficacité en France des états civils établis à l'étranger 125
Le changement de la mention du sexe 129
1. Le changement en France de la mention du sexe d'un étranger 129
A. La question du pouvoir des autorités 130
B. Les questions de compétence des autorités et de loi applicable. 131
2. L'efficacité en France des changements de sexe effectués à l'étranger 132
Synthèse 133
IV. DROIT EUROPÉEN 134
Les mentions de sexe disponibles 134
1. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 134
2. La Cour européenne des droits de l'homme 135
A. L'ingérence de l'État français 136
B. La base légale 136
C. Le but légitime 137
D. Le caractère nécessaire dans une société démocratique 137
Le changement de sexe 138
1. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 138
A. La recommandation de l'Assemblée parlementaire 1117 (1989) 138
B. La résolution de l'Assemblée parlementaire 1728 (2010) 139
C. La recommandation du Comité des ministres CM/Rec(2010)5 139
D. La résolution de l'Assemblée parlementaire 2048 (2015) 139
2. La Cour européenne des droits de l'homme 140
A. La décision du 25 mars 1992 140

B. Les décisions du 11 juillet 2002 141
C. La décision du 12 juin 2003 141
D. La décision du 10 mars 2015 141
E. La décision du 6 avril 2017 142
L'irréversibilité de la transformation de l'apparence 142
La réalité du syndrome transsexuel 143
Synthèse 144

DEUXIÈME PARTIE. L'ÉTAT CIVIL ET SES ACTEURS 149

V. CHANGER DE SEXE À L'ÉTAT CIVIL : LE TRAVAIL PARLEMENTAIRE CONTEMPORAIN 153
L'éclairage des travaux passés 153
1. Éclairage sur les travaux préparatoires à la loi J21 153
A. Les raisons d'une discussion peu prolixe 154
B. Éclairage de dispositions obscures 154
Éclairage sur le rapport du Sénat concernant les personnes intersexuées 155
L'anticipation des travaux de demain 157
Synthèse 158

VI. TRAVAIL LÉGISLATIF ET ACTION MILITANTE 161
Le changement d'état civil au cœur de l'action et des revendications des associations trans' 161
Les associations trans' face aux législations sur le changement d'état civil 164
La difficulté des associations à faire entendre une parole militante trans' 167

VII. MODIFICATION DE L'ÉTAT CIVIL ET EXPÉRIENCE DES PERSONNES TRANS' 171
Les recours à la Cour européenne des droits humains 171
1. Naissance des recours 172
2. Vivre avec les appels et le recours à la CEDH 174
3. Gagner ou perdre : quand la décision importe moins que ses effets 176
L'expérience du changement d'état civil dans le cadre de la loi J21 177
1. La loi J21 : de l'espoir à l'impatience 177
2. Changement d'état civil et transition : une nouvelle temporalité 178
3. Changer de prénom en mairie ou changer tout au tribunal ? 181
4. La demande en mairie entre inégalité de traitement et apprentissage partagé 183
5. La procédure judiciaire : expérimenter les nouvelles dispositions et démédicaliser la requête 185
6. L'audience et son vécu : le jeu relationnel du genre 190
7. Du jugement aux nouveaux papiers 192
8. La modification de l'état civil des proches : une question épineuse 193
9. Comment faire évoluer la procédure : déjudiciariser ou cesser d'évaluer les personnes ? 196

VIII. L'ÉTAT CIVIL CONFRONTÉ À L'EXPÉRIENCE TRANS'. 201

LE POINT DE VUE DES PROFESSIONNELS DE LA JUSTICE 201
À propos du rôle indentificatoire de l'état civil 201
1. Identifier les personnes exige que leur état civil varie peu 202
2. L'immutabilité de l'état civil : un principe mais des variations 202
Les changements induits par la circulaire du 10 mai 2017 sur le changement de sexe et de prénom à l'état civil : le point de vue des magistrats 205
1. Déjudiciarisation du changement de prénom 205
2. Se présenter et être connu comme un homme ou comme une femme : à propos de la pertinence de la possession d'état en matière de changement de sexe 209
A. Le périmètre du changement de sexe 210
B. La stabilité du sentiment d'être de l'autre sexe 210
C. L'hexis des personnes trans' au cœur de l'audience 213

IX. ÉTAT CIVIL, MÉDECINE ET TRANSIDENTITÉ 217
Des liens fragiles avec le monde judiciaire 219

1. À l'ombre de l'insécurité juridique 220
2. « L'idylle médico-judicaire » lyonnaise 221
3. Des acteurs multi-positionnés 224
4. Sur le front de l'état civil 226

Un étayage réciproque 229
1. L'évidence de la continuité médico-judiciaire 229
2. L'état civil, validation de l'intervention médicale 230
3. Des références partagées 232
A. L'indisponibilité au centre 232
B. L'irréversibilité en question 234

Prises de distance 237
1. Rompre avec un « archaïsme » 237
2. Jouer sur les mots 239
3. Témoignages en chaîne 240

X. LES PRATIQUES DE DÉCLARATION ET DE CHANGEMENT DU SEXE 243

Les pratiques de déclaration et changement du sexe des personnes intersexuées autour de leur naissance 243
1. Compte-rendu des entretiens avec des professionnels de l'état civil 243
A. Un aperçu sur le nombre de cas d'indétermination du sexe à la naissance 244
La procédure suivie en cas d'indétermination du sexe 244
La procédure classique 244
Les variations de procédure rencontrées 245
La perception de la situation d'indétermination du sexe par les personnes interrogées 246
B. Analyse des données de l'INSEE 248
Présentation des données 248
Analyse des données 249
C. Synthèse sur la déclaration des personnes intersexuées à la naissance 251

Les pratiques de changement du sexe après la naissance 252
1. Présentation des données exploitées 252
2. Analyse des données 253

BIBLIOGRAPHIE 259

ANNEXES 267

Affiches « Existrans » 268

Communiqués de presse d'associations trans' 269

À propos des débats entre membres de la Sofect 271

Table des matières 272

Liste des sigles et abréviations 277

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Act. : Actualités
Aff. : Affaire
al. : Alinéa
A.N. Rép. Min. : Assemblée Nationale, Réponse ministérielle
Ass. Plén. : Assemblée plénière
BDMR Act : Birth, Deaths and Marriages Registration Act (Australie)
BDMR Regulation : Births, Deaths and Marriages Registration Regulation (Australie)
B.O. : Bulletin Officiel
Bull. : Bulletin
Bull. Civ. : Bulletin civil
C.A. : Cour d'appel
C.c.Q : Code civil du Québec
CE : Conseil d'État
CE Ass. : Conseil d'État, arrêt d'assemblée
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.J.C.E. : Cour de Justice des communautés européennes
C.J.U.E. : Cour de Justice de l'Union Européenne
C.N.C.D.H. : Commission nationale consultative des droits de l'Homme
C.N.I. : Carte nationale d'identité
Coll. : Collection
Comm. : Commentaire
CommDH : Commissaire aux droits de l'homme
Comp. : Comparer
Concl. : Conclusions
Cons. Const. : Conseil constitutionnel
C. const. : Cour constitutionnelle
Cour eur. D.H : Cour européenne des droits de l'homme
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)/Directrice(s)
Dr. Fam. : Revue de droit de la famille
D.S.M. : Manuel diagnostic et statistique des troubles mentaux
D.U.D.H. : Déclaration universelle des droits de l'Homme
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
GIGESC Act : Gender identity, gender recognition and sex characteristics Act
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.G.B.T. : Lesbienne, Gay, Bisexuel, Transsexuel
L.G.B.T.I. : Lesbienne, Gay, Bisexuel, Transsexuel et Intersexe
L.G.B.T.I.Q. : Lesbienne, Gay, Bisexuel, Transsexuel et Intersexe ou queer
L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A. : Les petites affiches
MtF : Transition Male to Female
NIR : Numéro d'identification au répertoire
NSO : Service national de la statistique (Malte)
Obs. : Observations
O.M.S. : Organisation Mondiale de la Santé
O.N.G. : Organisation non gouvernementale
Op. cit. : Opus citatum
Ord. : Ordonnance
P.M.A. : Procréation médicalement assistée
Rappr. : Rapprocher
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
R.I.D.C. : Revue internationale de droit comparé
R.J.P.F. : Revue juridique Personnes et Famille
RNIPP : Répertoire national d'identification des personnes physiques
R.T.D. Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
T.G.I. : Tribunal de grande instance
TGEU : Transgender Europe
Trib. civ. : Tribunal civil
U.E. : Union européenne
v. : Voir
Vol. : Volume

RÉSUMÉ

L'objectif de notre recherche était de proposer une approche comparée et pluridisciplinaire (droit, sociologie, anthropologie) de la procédure de changement de sexe à l'état civil. Il s'agissait à la fois de réaliser une analyse du droit français depuis 1992, de mener une recherche de droit comparé (Allemagne, Australie, Belgique, Inde, Malte, Pays-Bas et Québec), et de documenter, à partir d'une enquête qualitative, les expériences des différents acteurs : personnes trans' ayant eu recours à la procédure de changement d'état civil (CEC), associations trans', magistrats, avocats, parlementaires ayant participé à la rédaction de la loi J21 et médecins, hospitaliers et non hospitaliers, recevant des personnes en transition.

Dans les droits étudiés, les évolutions observées conduisent à une éclipse de la notion de sexe à l'état civil au profit de la notion de genre. Cette évolution se manifeste par la disparition progressive des conditions liées au corps qui sont progressivement remplacées par des critères ayant trait au ressenti de l'individu et à son inscription sociale. Malgré ce développement, aucune des législations étudiées n'est encore allée au bout de cette évolution en séparant totalement les notions de genre et de sexe. Certains pays étudiés pourraient toutefois s'orienter à l'avenir vers une dissociation plus aboutie du fait de la suppression envisagée de la mention du sexe à l'état civil (Allemagne ou Québec). Avec la loi J21, la France a également commencé à dissocier sexe et genre mais le droit français n'est pas encore entré dans un système d'état civil reposant sur le genre et non sur le sexe. Ce basculement pourrait être imposé au droit français par le droit européen ou résulter d'une nouvelle initiative du législateur.

L'enquête qualitative a permis d'apporter un éclairage sur la nouvelle procédure. En premier lieu, il en ressort que le texte de loi ne répond pas totalement à l'attente consensuelle des associations, d'une procédure de CEC déjudiciarisée et démédicalisée. Les magistrats se montrent, quant à eux, favorables à la déjudiciarisation du changement de prénom mais restent attachés à la procédure judiciaire pour le changement de sexe. La démédicalisation de la procédure actuelle est appréciée par les personnes trans' mais déroute les magistrats qui continuent de voir dans les pièces médicales une « garantie » pour leur décision. Cette démédicalisation est, par ailleurs, en train de modifier l'inscription du CEC dans la transition. Le CEC intervient désormais plus tôt sans être pour autant plus « fragile » : sa demande signe au contraire le sérieux de la démarche et permet en retour une inscription sociale plus stable et solide. Il semble, cependant, que la « preuve par le corps » reste fondamentale qu'elle soit médicalement garantie (par des attestations) ou perceptiblement certifiée à l'audience (par la présentation de la personne). Par ailleurs, un certain nombre de médecins, parfois membres des équipes hospitalières, considèrent désormais que la médicalisation de l'état civil est une entrave à l'exercice de leur mission et a pour conséquence de transférer sur eux une responsabilité qui ne leur incombe pas. D'autres sont néanmoins soucieux de faciliter l'accès des personnes au changement d'état civil et acceptent de rédiger des certificats qui ne confortent pas une approche pathologisante et stigmatisante de la transidentité. Enfin, l'analyse juridique et l'enquête socio-anthropologique ont permis de formuler quelques propositions permettant de clarifier des problèmes de pure technique juridique apparus à la suite de la loi sur le CEC et de suggérer des pistes de réflexion pour une éventuelle évolution législative.