



HAL
open science

La démedicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre

Anne Debet, Marie Mesnil, Anne Laude, Olivier Saumon

► **To cite this version:**

Anne Debet, Marie Mesnil, Anne Laude, Olivier Saumon. La démedicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre. *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2017, 16, pp.62-69. <hal-04044332>

HAL Id: hal-04044332

<https://hal.science/hal-04044332v1>

Submitted on 28 Mar 2023

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.



HAL Authorization

Anne Debet

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Anne Laude

Professeur à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, codirecteur de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Marie Mesnil

Docteure en droit privé, enseignante contractuelle à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

Olivier Saumon

Avocat à la Cour, Vatieur et Associés

La démedicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre

Deux lois récemment adoptées permettent une meilleure reconnaissance et une meilleure protection juridique des personnes trans¹ : d'un côté, la [loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) modifie la procédure visant à obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil tandis que de l'autre, la [loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#) consacre la notion d'identité de genre. Aussi ces deux textes font évoluer la conception que le droit français a du sexe en permettant de changer celui-ci sur la base de critères sociaux, reconnaissant de la sorte -encore timidement- la notion de genre.

Contrairement au genre, le sexe est une notion familière du droit français. Il s'agit en effet d'un élément de l'état civil depuis la loi du 20 septembre 1792¹. Actuellement, l'acte de naissance de l'enfant doit mentionner son sexe² et la déclaration de naissance doit intervenir dans les cinq jours suivants l'accouchement³. La dualité des sexes -masculin ou

féminin- n'est pas explicitée dans ces dispositions tellement elle semble relever de l'évidence. Les situations où « le sexe d'un nouveau-né est incertain »⁴ ne sont pas pour autant entièrement ignorées, une circulaire invite ainsi les officiers d'état civil à « éviter l'indication de sexe indéterminé » pour ces cas et à « conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical »⁵. Une rectification judiciaire pourra par la suite intervenir en cas d'erreur ; le choix d'un prénom « pouvant être porté par une fille ou par un garçon »⁶ est également à privilégier par les parents. Exceptionnellement, lorsque « le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance »⁷. La binarité des sexes ne permet pas de reconnaître l'existence de ces personnes intersexes.

Aussi, l'une d'entre elle a demandé à ce que soit substituée dans son acte de naissance la mention « sexe neutre » à la mention « sexe masculin ». Alors qu'il avait été fait droit à sa demande en première instance, la Cour d'appel d'Orléans infirme le jugement au regard de l'apparence physique masculine de la personne et de son comportement social, notamment en tant que mari et père. Les enjeux de la requête en rectification de l'état civil de la personne sont ensuite mis en exergue : « sous couvert d'une simple rectification d'état civil, [cela reviendrait à reconnaître] l'existence d'une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la création relève de la seule appréciation du législateur »⁸. En effet, « cette reconnaissance pose (...) une question de société qui soulève des questions biologiques, morales ou éthiques délicates alors que les personnes présentant une variation du développement sexuel doivent être protégées pendant leur minorité de stigmatisations, y compris de celles que pourraient susciter leur assignation dans une nouvelle catégorie »⁹. Si la dualité des sexes demeure, ce contentieux met en lumière l'existence des personnes intersexes et au-delà que le sexe est une notion juridique dont la définition repose sur des éléments médicaux et sociaux.

1 - Voir sur le sujet not. Marie-Xavière Catto, « La mention du sexe à l'état civil », pp. 29-47 in Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard et Diane Roman, *La Loi et le Genre. Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014.

2 - [Article 57 du Code civil](#).

3 - [Article 55 du Code civil](#) ; le délai était, avant l'adoption de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, de trois jours, voir not sur le sujet, François Viney, « Les dispositions relatives à l'état civil dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *AJ Famille*, 2016, p. 577.

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

5 - *Ibidem*.

6 - *Ibid.*

7 - *Ibid.*

8 - Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281.

9 - *Ibidem*.

Les personnes trans' interrogent elles aussi la notion de sexe, en ce qu'elles ne se retrouvent pas dans la catégorie de sexe à laquelle elles ont été assignées à la naissance. Les récentes évolutions législatives qui sont intervenues en matière de changement de sexe font évoluer les critères sur lesquels les juges doivent se fonder pour apprécier la pertinence de la demande. La démedicalisation de la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil opérée par la [loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) substitue ainsi des critères sociaux aux éléments médicaux. La notion d'identité de genre est par ailleurs explicitement consacrée par la [loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#) afin de mieux protéger les personnes trans'. On peut toutefois se demander si la reconnaissance du sexe comme élément de l'identité de genre remet en cause la binarité des sexes. Il semblerait en effet que la reconnaissance du caractère construit de la notion de sexe **(I)** et de l'existence de la notion de genre, à travers notamment l'identité de genre **(II)**, ne remette pas en cause la division de l'humanité en deux catégories.

I. La reconnaissance du caractère construit du sexe

La possibilité reconnue aux personnes trans' de changer la mention de leur sexe à l'état civil est relativement récente et montre que la notion de sexe est une construction juridique. Avant que le législateur n'intervienne pour définir que l'apparence et les comportements sociaux sont déterminants pour obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil **(B)**, la jurisprudence a longtemps fait du traitement médico-chirurgical -et en particulier de l'opération de réassignation sexuelle- un des éléments indispensables à toute demande de changement de sexe **(A)**.

A. La construction médicale du sexe

Dans un premier temps, la question portait sur la possibilité même d'obtenir un changement de la mention de son sexe à l'état civil. En effet, jusqu'au début des années 1990, la Cour de cassation refusait aux personnes, qui étaient pourtant reconnues médicalement comme « transsexuelles », de modifier la mention de leur sexe à l'état civil car « le transsexualisme (...) ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe »¹⁰. La Haute juridiction approuve ainsi la solution de la Cour d'appel pour qui « le sexe est un élément objectivement déterminé et intangible dont le meilleur critère est celui tiré de la formule chromosomique »¹¹. Elle répond également au moyen du demandeur au pourvoi qui invoque une violation de l'article 8 alinéa 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; selon elle,

ces dispositions « n'impose[nt] pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien »¹². Cette interprétation juridique est contredite par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 1992¹³.

Dans une affaire similaire, la Cour de cassation avait approuvé le refus des juridictions du fond de modifier la mention du sexe et les prénoms sur l'acte de naissance d'une personne transsexuelle¹⁴. Cette dernière avait alors saisi la CEDH en faisant valoir une violation des dispositions de l'article 8 de la Convention. Les juges de Strasbourg soulignent d'abord l'évolution des mentalités et les progrès de la science avant d'examiner, dans une perspective comparatiste franco-britannique, les possibilités de modification de l'état civil qui existent en France. En effet, dans les arrêts précédemment rendus sur le sujet par la CEDH, il n'avait pas été conclu à la violation de l'article 8 de la Convention car le changement de la mention du sexe demandé aurait entraîné des modifications profondes dans le système d'état civil britannique¹⁵. Au contraire, en France, des mentions sont régulièrement portées en marge de l'acte de naissance et des procédures de modification des prénoms et de rectification de l'acte de naissance sont prévues. En outre, les « documents officiels indiquant le sexe se multiplient »¹⁶ et obligent les personnes transsexuelles à révéler à des tiers la discordance entre leur sexe légal et leur sexe apparent au quotidien, y compris auprès d'employeurs potentiels. Au regard de ces éléments, la CEDH estime que les atteintes au droit au respect de la vie privée de la requérante sont graves et que, « même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu »¹⁷.

À la suite de cette condamnation, la Cour de cassation a dû admettre que le sexe n'est ni une donnée biologique immuable ni un élément indisponible de l'état civil et définir les critères à partir desquels il est juridiquement possible de changer de sexe. Ainsi, en 1992, pour obtenir le changement de la mention de son sexe à l'état civil, il faut qu'« 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 [ait] pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social »¹⁸. Les juges du fond apprécient alors souverainement, à partir d'éléments de preuves libres, l'existence cumulative de ces quatre éléments : syndrome transsexuel, suivi d'un traitement médico-chirurgical,

10 - Civ. 2^{ème}, 21 mai 1990, n°88-12.829.
11 - *Ibidem*.

12 - *Ibid*.
13 - CEDH, 25 mars 1992, B. c. France, Requête n°13343/87.
14 - Civ. 2^{ème}, 31 mars 1987, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (Bull. civ.) I, 1987, no 116, p. 87.
15 - CEDH, 17 octobre 1986, Rees. c. Royaume-Uni, Requête n°9532/81 ; 27 septembre 1990, Cossey c. Royaume-Uni, Requête n°10843/84.
16 - CEDH, 25 mars 1992, B. c. France, Requête n°13343/87, §59.
17 - CEDH, 25 mars 1992, B. c. France, Requête n°13343/87, §63.
18 - Assemblée plénière, 11 décembre 1992, n°91-11.900.

changement d'apparence physique et comportement social en adéquation. Seules les deux conditions médicales subsistent dans les prises de positions de la Cour de cassation les plus récentes¹⁹ et plus que la réalité du « syndrome transsexuel », c'est véritablement le caractère irréversible de la transformation physique de l'apparence physique qui est central. Par caractère irréversible de la transformation physique, il faut comprendre qu'il s'agit du « traitement médico-chirurgical (...) entendu comme exigeant l'ablation des organes génitaux d'origine et leur remplacement par des organes génitaux artificiels du sexe revendiqué (opération de réassignation sexuelle) »²⁰. Dans une circulaire, le recours systématique à des mesures d'expertise ainsi que la nécessité de l'opération de réassignation sexuelle sont jugés inutiles « dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux »²¹. Le critère d'irréversibilité reste toutefois apprécié de manière très différente selon les juridictions du fond saisies : certains tribunaux estiment que les traitements hormonaux sont suffisants tandis que d'autres exigent l'ablation des organes génitaux. Bien que remise en cause, la seconde interprétation du critère d'irréversibilité perdure alors qu'elle semble peu compatible avec les droits fondamentaux des personnes trans'.

L'exigence de stérilisation des personnes trans' a d'ailleurs fait l'objet d'une condamnation de la part de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire qui concerne la Turquie, les juges strasbourgeois estiment que le refus opposé, pendant plusieurs années, à une personne de recourir à une opération de changement de sexe aux motifs qu'elle n'était pas dans l'incapacité définitive de procréer méconnaît le droit au respect de la vie privée. Outre l'impossibilité d'accéder aux traitements médicaux de changement de sexe, l'exigence de stérilisation préalable est condamnée par la Cour, qui « considère 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 »²². Dans l'étude de droit comparé présentée dans cet arrêt de chambre, il est également mis en exergue le fait que la condition de stérilisation n'est pas toujours aussi explicite qu'en droit turc et peut, comme en droit français,

être la conséquence des traitements médicaux²³. Aussi, derrière la question de l'incapacité définitive de procréer, condition préalable à une opération de changement de sexe se profile celle de l'incapacité définitive de procréer, comme condition préalable au changement de la mention du sexe à l'état civil²⁴. Sur cette dernière question, trois requêtes concernant la France sont d'ailleurs actuellement pendantes devant la CEDH²⁵. Elles ont été communiquées au gouvernement français le 18 mars 2015 sous l'angle de l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale et pour l'une d'entre elles, sous l'angle de l'article 3 interdisant les traitements inhumains ou dégradants.

Dans un contexte de remise en cause des conditions médicales posées par la jurisprudence -et en particulier de la condition tenant à la stérilisation- et afin d'éviter une potentielle condamnation de la CEDH, le législateur est intervenu avec la [loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) en démedicalisant la procédure de changement de sexe.

B. La construction sociale du sexe

L'article 56 II de la [loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle](#) définit les critères sur lesquels les juges doivent désormais se fonder pour permettre la modification de la mention du sexe à l'état civil. Pour la première fois, une section consacrée à « la modification de la mention du sexe à l'état civil » fait son entrée dans le Code civil²⁶. En plus de consacrer l'évolution jurisprudentielle intervenue en 1992 et qui avait implicitement admis que le sexe n'est pas une donnée immuable, il s'agit d'un changement important de paradigme dans la mesure où pour obtenir la modification de la mention du sexe, ce dernier est désormais apprécié à partir de critères uniquement sociaux.

D'abord, le nouvel [article 61-6 alinéa 3 du Code civil](#) met explicitement fin à l'exigence de se soumettre à des traitements médicaux en disposant que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » de modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil. Ensuite, les critères permettant d'obtenir le changement de sexe sont définis : pour cela, il faut que la personne -majeure ou

23 - CEDH, 10 mars 2015, Y. Y. c. Turquie, requête n°14793/08, §43 : « si la plupart de ces États se bornent à exiger une chirurgie de conversion sexuelle sans faire référence à la stérilisation, celle-ci est très souvent une condition de fait puisque les interventions chirurgicales les plus intrusives aboutissent nécessairement à la stérilité de la personne ».

24 - Voir en ce sens Jean-Pierre Marguénaud, « Stérilisation et transsexualisme », *RTD Civ.*, 2015, p. 331 comp. Jean Hauser, « Des conditions du changement de sexe à l'état civil », *RTD Civ.*, 2015, p. 349 : « Il faut donc extrapoler si l'on veut y voir l'annonce d'une future condamnation de l'exigence d'un changement physique effectif pour autoriser le changement à l'état civil ».

25 - A.P. c. France, n° 79885/12, Garçon c. France, n° 52471/13 et Nicot c. France, n° 52596/13.

26 - Voir les Art. 61-5 à 61-8 du Code civil.

19 - Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n° 11-14.515 et 12-11.949.

20 - [Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil](#) ; voir en ce sens not., Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n°11-22490.

21 - [Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil](#).

22 - CEDH, 10 mars 2015, Y. Y. c. Turquie, requête n°14793/08, §119.

mineure émancipée- « 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 »²⁷. La preuve de la présentation et d'une notoriété sous l'autre sexe peut être rapportée par tous moyens et plusieurs exemples de faits pouvant être pris en compte sont donnés : il peut par exemple s'agir de se présenter « publiquement comme appartenant au sexe revendiqué », d'être connu « sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel » ou encore d'avoir « obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué »²⁸. Ces trois éléments ne sont pas sans rappeler le *tractatus*, la *fama* et le *nomen* qui, ensemble, permettent d'établir la filiation par possession d'état²⁹ ; bien qu'en l'espèce, ils n'ont pas besoin d'être présents de manière cumulative³⁰.

L'article 56 I de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle a par ailleurs rendu plus facile la procédure de changement de prénom en la déjudiciarisant. Désormais, « toute personne peut demander à l'officier de l'état civil [du lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé] à changer de prénom »³¹. Il n'y a plus besoin de faire valoir un intérêt légitime au moment de la demande ; en revanche, l'officier de l'état civil peut, « s'il estime que la demande ne revêt pas un intérêt légitime, en particulier lorsqu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers à voir protéger leur nom de famille, [...] saisi[r] sans délai le procureur de la République »³². Les mineurs et les majeurs en tutelle peuvent agir par le biais de leur représentant légal et, comme auparavant, les enfants de plus de treize ans doivent personnellement consentir au changement de prénom³³. Ces dispositions générales prennent un relief particulier pour les personnes trans' qui peuvent désormais changer de prénom en mairie et se servir ensuite de cet élément pour obtenir du juge la modification de la mention de leur sexe à l'état civil. Lorsque le changement de prénom réalisé antérieurement n'est pas utilisé comme élément de preuve d'un changement social de sexe, il peut être modifié dans les actes de l'état civil en même temps que le changement mention relative au sexe ordonné par le tribunal³⁴.

La démedicalisation ainsi réalisée de la procédure de changement de sexe à l'état civil signifie que désormais les juges apprécient le sexe juridique de la personne à partir d'éléments comportementaux et sociaux. Outre « tous les éléments de preuve [produits] au soutien de [la] demande »

de la personne qui souhaite voir la mention de son sexe modifiée à l'état civil, celle-ci doit également faire « état de son consentement libre et éclairé »³⁵. Autrement dit, le consentement de la personne devient aussi important que ne l'était auparavant la preuve médicale d'un syndrome « transsexuel ». Quant à l'autre critère médical qui visait à prouver l'irréversibilité du changement de sexe, à travers les traitements médicaux -hormonaux voire chirurgicaux, il disparaît au seul profit des critères sociaux. La mention explicite du consentement libre et éclairé semble redondante avec le fait que la demande de changement de la mention du sexe à l'état civil devra nécessairement être présentée devant le tribunal de grande instance³⁶. Il est d'ailleurs possible de se demander de quelle manière sera vérifiée l'existence d'un consentement libre et éclairé du demandeur et s'il ne s'agit pas d'un moyen supplémentaire d'apprécier le bien-fondé de la demande. Dans cette dernière hypothèse, le recours à la notion de « consentement libre et éclairé » issue du droit de la santé serait alors dévoyée puisqu'elle ne viserait pas à garantir l'autonomie des personnes mais, au contraire, à en permettre un contrôle judiciaire.

L'abandon des critères médicaux au profit d'une définition subjective du sexe avait été critiqué par les soixante députés qui avaient notamment soulevé l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 56 de la loi de modernisation de la justice au XXI^e devant le Conseil constitutionnel. Pour eux, « l'abandon de l'exigence d'une attestation médicale démontrant la perte totale ou partielle des caractères de son sexe d'origine pour obtenir un changement de sexe à l'état civil porte atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »³⁷. Le Conseil constitutionnel a jugé que ce grief manquait en fait³⁸, sans pour autant expliciter le fondement sur lequel repose la procédure³⁹.

La libéralisation de la procédure de changement de sexe des personnes trans' conduit à reconnaître implicitement que le sexe est une notion juridique construite ; la jurisprudence puis le législateur ont alors successivement défini les critères sur lesquels la notion repose : ainsi, les critères médicaux -et le syndrome de transsexualisme en particulier- ont

35 - [Article 61 alinéa 2 du Code civil](#).

36 - En ce sens voir not. Pierrette Aufferet et Chantal Barousse, « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi. 40 ans de pratique de transsexualisme », *AJ Famille*, 2016, p. 580 : « Un tel concept relève davantage du code de la santé publique en son art. L. 1111-4, traitant du consentement du patient, que du code de procédure civile pour introduire une instance devant le tribunal compétent. L'art. 1er en rappelle l'évidence : seules les parties introduisent l'instance » ; ce qui suppose une pleine capacité juridique et la notion de « consentement » s'articule mal avec cette notion de droit ».

37 - Décision n° [2016-739 DC](#) du 17 novembre 2016, §61.

38 - Décision n° [2016-739 DC](#) du 17 novembre 2016, §67 : « en permettant à une personne d'obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil sans lui imposer des traitements médicaux, des interventions chirurgicales ou une stérilisation, les dispositions ne portent aucune atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ».

39 - Voir en ce sens, Scarlett-May Ferrié, « Quel fondement pour le changement de sexe à l'état civil ? », *AJ Famille*, 2016, p. 587.

27 - [Article 61-5 alinéa 1^{er} du Code civil](#).

28 - [Article 61-5 alinéa 2 du Code civil](#).

29 - [Article 311-1 du Code civil](#).

30 - Voir en ce sens not. Sophie Paricard, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ Famille*, 2016, p. 585.

31 - [Article 60 alinéa 1^{er} du Code civil](#).

32 - [Article 60 alinéa 3 du Code civil](#).

33 - [Article 60 alinéas 1 et 2 du Code civil](#).

34 - [Article 61 alinéa 4 du Code civil](#).

aujourd'hui laissé place à une définition sociale du sexe, qui permet implicitement de consacrer la notion de genre et fait écho à la consécration explicite de l'identité de genre.

II. La reconnaissance de la notion d'identité de genre

Contrairement au sexe, le genre n'est pas une notion très répandue en droit français. Avant l'adoption de [la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) et de [la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#), le terme apparaît très peu et lorsque c'est le cas, les dispositions sont récentes : il s'agit par exemple de reconnaître que les « aspects liés au genre » peuvent être un motif de persécution⁴⁰ ou encore la légitimité pour une personne victime de « violences fondées sur le genre » de demander à être entendue par un enquêteur du même sexe qu'elle⁴¹. Enfin, le terme apparaît aussi dans l'expression stéréotypes de genre : le service public de l'orientation tout au long de la vie se voit ainsi confier comme mission de concourir à la mixité professionnelle en luttant contre les stéréotypes de genre⁴². La disparité de l'usage de la notion de genre s'explique par sa définition qui « intègre les [différents] aspects sociaux de la différence des genres, sans se limiter à l'élément biologique » alors que « la notion de sexe renvoie essentiellement à la différence biologique entre les femmes et les hommes »⁴³.

Les deux lois récemment promulguées augmentent considérablement le nombre d'occurrences du terme « genre » en consacrant la notion d'identité de genre à la place de celle d'identité sexuelle : il s'agit d'une évolution importante qui assure une meilleure reconnaissance et protection des personnes trans' (A) mais qui ne semble pas remettre en cause le système de genre actuel (B).

A. L'identité de genre, reconnaissance et protection des personnes trans'

Les deux critères médicaux qui permettaient d'obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil sont abandonnés pour des raisons différentes : d'un côté, la fin du critère de l'irréversibilité du changement de sexe vise à protéger l'intégrité physique des personnes tandis que de l'autre, la fin du syndrome de transsexualisme permet implicitement de promouvoir la notion d'identité de genre. Selon les [principes de Yogyakarta](#) définis par l'ONU afin

d' « avoir une compréhension cohérente de l'ensemble du régime de droit international en matière de droits humains et de son application aux questions liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre »⁴⁴, l'identité de genre correspond « à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle de son corps et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire »⁴⁵.

En prenant notamment appui sur cette définition, il est proposé lors des travaux préparatoires de la [loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#) de substituer l'identité de genre à l'expression actuellement utilisée en droit de la non-discrimination d'identité sexuelle. En particulier, les textes énumérant les motifs de discrimination font référence à l' « orientation et à l'identité sexuelles ». Comme le souligne Jacques Toubon, Défenseur des droits, lors de son audition devant la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi devant l'Assemblée nationale, « le choix rédactionnel de les accoler dans la liste des critères de discrimination (...) tend à favoriser les amalgames, alors que ces deux notions renvoient à des réalités distinctes »⁴⁶. L'orientation sexuelle renvoie en effet à l'attraction émotionnelle, affective et sexuelle tandis que l'identité sexuelle se réfère à l'expérience intime indépendante de la morphologie des personnes. Au-delà de la confusion des notions, la consécration de l'identité de genre permet à la France de s'aligner avec les textes européens et internationaux et surtout de protéger l'ensemble des personnes trans' contre les discriminations. En effet, la notion d'identité sexuelle renvoie, conformément aux critères utilisés jusqu'alors pour la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil, principalement aux personnes « transsexuelles » alors que le terme trans' ou transgenre permet d'englober « les transsexuels déjà ou pas encore opérés, mais aussi des personnes qui choisissent de ne pas subir d'opération ou qui n'ont pas accès à la chirurgie. Il peut s'agir de personnes transgenres femme-vers-homme ou homme-vers-femme, qui ont - ou non - subi une intervention chirurgicale ou un traitement hormonal, et aussi de travestis et d'autres personnes qui n'entrent pas strictement dans les catégories homme ou femme »⁴⁷.

40 - [Article L. 711-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile](#) modifié par l'[article 3 de la loi n°2015-925 du 29 juillet 2015](#).

41 - [Article D1-6 du Code de procédure pénale](#) créé par l'[article 3 du décret n°2016-214 du 26 février 2016](#).

42 - [Article L. 6111-3 du code du travail](#) modifié par l'[article 22 de la loi n°2014-288 du 5 mars 2014](#).

43 - Thomas Hammaberg, [Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Droits de l'homme et identité de genre](#), Conseil de l'Europe, 2009, p. 3.

44 - ONU, [Principes de Yogyakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre](#), 2007, p. 7.

45 - ONU, [Principes de Yogyakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre](#), 2007, p. 8.

46 - Assemblée nationale, Audition de Jacques Toubon, Défenseur des droits, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi « Égalité et citoyenneté », 31 mai 2016, 16h30, compte-rendu n°03.

47 - Thomas Hammaberg, [Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Droits de l'homme et identité de genre](#), Conseil de l'Europe, 2009, p. 3.

Ces éléments quant à la précision du terme, à l'élargissement de la protection et à l'harmonisation du droit français sont repris dans l'exposé sommaire de l'amendement qui propose de substituer en droit français l'expression identité de genre à celle d'identité sexuelle⁴⁸. Ainsi, l'ensemble des textes visant à lutter contre les discriminations sont modifiés par la [loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#), aussi bien en droit de la presse, qu'en matière pénale ou en droit social. Ces modifications notamment introduites par les articles 170 II 1°, 2° et 3° et 207 de la loi ont été déférées par soixante sénateurs devant le Conseil constitutionnel aux motifs que les dispositions « contreviennent au principe de légalité des délits et des peines dans la mesure où la notion d'identité de genre, qui ferait l'objet de controverses, est imprécise »⁴⁹. Pour écarter ce grief, les juges constitutionnels font valoir qu'« en ayant recours à la notion d'identité de genre, le législateur a entendu viser le genre auquel s'identifie une personne, qu'il corresponde ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état-civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin »⁵⁰. En outre, ils soulignent l'existence du terme à l'[article 225-1 du Code pénal](#), modifié en ce sens par la [loi du 18 novembre 2016](#) sans que cela n'ait fait l'objet d'aucune critique devant le Conseil constitutionnel, et son usage au niveau du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne⁵¹. Outre, le principe de légalité des délits et des peines, les sénateurs font également valoir le principe de proportionnalité des peines et l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi à propos des dispositions permettant de prendre en compte l'identité de genre ou encore la prétendue race comme circonstance aggravante d'un délit lorsqu'il a été commis contre la victime pour une de ces raisons (Article 171 I 1° et 2° de la Loi déferée)⁵². Ces griefs sont écartés par les juges constitutionnels ; tout comme ceux relatifs aux dispositions du Code du travail⁵³.

La consécration de la notion d'identité de genre intervient effectivement avec la [loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté](#) dans la mesure où elle supprime toute mention de l'orientation sexuelle. Néanmoins, la première entrée de l'expression a été plus discrètement réalisée par l'article 86 de la [loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) qui crée une action de groupe en matière de discrimination. Ces deux lois sont ainsi complémentaires en matière de reconnaissance des droits

des personnes trans' en leur offrant notamment une meilleure protection contre les violences et les discriminations. De manière plus générale, la reconnaissance du caractère socialement construit du sexe permet à la fois de libéraliser la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil et de consacrer la notion d'identité de genre.

B. L'identité de genre, un changement de paradigme pour apprécier le sexe ?

Dans la mesure où ces avancées en matière de droits des personnes trans' ont été justifiées au regard des droits européens et internationaux, il paraît légitime de se demander si, au-delà de l'harmonisation de la terminologie, le droit positif français se conforme désormais aux recommandations européennes.

Par exemple, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté deux résolutions sur le sujet : [la première résolution datant de 2010 est relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre](#) tandis que la seconde, [adoptée le 22 avril 2015 concerne plus spécifiquement la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe](#). Il y est notamment recommandé, d'une part, d'adopter des dispositifs permettant de lutter contre les discriminations et les violences subies sur la base de l'identité de genre et d'autre part, de reconnaître juridiquement le genre en faisant évoluer les procédures permettant de changer de sexe. En particulier, l'Assemblée appelle les États membres 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 »⁵⁴. Ces procédures doivent être accessibles à toutes les personnes, indépendamment de leur âge⁵⁵. Si le droit français se conforme désormais à la recommandation visant « 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 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 »⁵⁶, des réserves peuvent être émises quant au dispositif actuel. Quatre éléments en particulier semblent poser difficultés.

Le premier est relatif aux personnes qui demanderont à changer la mention de leur sexe à l'état civil. Alors que les personnes mineures peuvent modifier leur prénom, elles ne peuvent pas demander la modification de la mention de leur sexe à l'état civil avant leur majorité à moins d'être

48 - Assemblée Nationale, [Projet de loi égalité et citoyenneté n° 3851, amendement n°338 \(Rect\)](#), 23 juin 2016.

49 - Conseil constitutionnel, [Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#), §87.

50 - Conseil constitutionnel, [Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#), §89.

51 - *Ibidem*.

52 - Conseil constitutionnel, [Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#), spéc. § 99 et 100.

53 - Conseil constitutionnel, [Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#), §117 à 121.

54 - Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, [Résolution 2048 \(2015\)](#), 22 avril 2015, §6.2.1.

55 - *Ibidem*.

56 - *Ibid.*, §6.2.2.

émancipées. Cette limitation paraît discutable compte tenu du fait qu'il existe des dispositifs de prise en charge notamment en milieu hospitalier pour les personnes trans' mineures⁵⁷. En outre, si cette exclusion des personnes mineures se justifie par la place centrale occupée par le consentement dans la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil, elle paraît d'autant moins légitime qu'il existe une majorité sanitaire. Enfin, l'absence de possibilité de changer la mention de son sexe à l'état civil pour les personnes trans' mineures signifie qu'elles feront nécessairement face à une discordance entre le sexe juridique mentionné sur leurs documents officiels et le sexe sous lequel elles se présentent en société, notamment en milieu scolaire. Outre l'exclusion des mineurs, le cercle des bénéficiaires des dispositions récemment adoptées n'est pas précis. Les dispositions visant à protéger les personnes trans' en faisant référence à l'identité de genre permet de les prendre en considération dans leur diversité, il n'est toutefois pas sûr qu'il en sera de même pour la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil. En effet, les dispositions adoptées par le législateur ne mentionnent pas les destinataires ; il paraît opportun de ne pas avoir fait référence aux personnes transsexuelles dans la mesure où ce terme se réfère plus particulièrement aux personnes opérées ou souhaitant l'être. Il est néanmoins possible de se demander dans quelles conditions les juges acceptent que les personnes transgenres voient la mention de leur sexe à l'état civil changer.

L'absence de déjudiciarisation de la procédure soulève quant à elle deux questions. La première est d'ordre pratique : la procédure devant le tribunal de grande instance est nécessairement plus longue, coûteuse et lourde qu'une procédure dé-judiciarisée. C'est d'ailleurs en prenant appui sur ces éléments que la Commission nationale consultative des droits de l'homme avait recommandé, en plus de la démedicalisation, une déjudiciarisation partielle de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil⁵⁸. La seconde question est plus substantielle en ce qu'elle concerne la portée de la démedicalisation : aux critères médicaux qui permettaient aux juges d'apprécier le bien fondé de la demande de modification de la mention du sexe sont substitués des critères sociaux, énumérés de manière non limitative. Il faudra ainsi démontrer un changement dans la présentation qu'il s'agisse de l'apparence physique, de la tenue vestimentaire ou encore du comportement en société et que ce changement soit (re)connu par l'entourage familial, amical ou professionnel. Ce dernier critère, proche

de la *fama*, nécessite que la personne soit insérée dans un réseau social alors que les personnes trans' rencontrent des difficultés au moment de leur parcours de transition : outre une possible rupture familiale, l'insertion professionnelle est difficile. Il a été notamment montré, à partir des données quantitatives de l'enquête « Trans' et santé sexuelle » réalisée au sein de l'Inserm, que le fait d'avoir un emploi stable permet d'atteindre plus facilement le changement d'état civil⁵⁹. Dans les nouvelles dispositions, le fait d'être socialement connu -et reconnu- n'est certes pas apprécié cumulativement auprès de l'environnement familial, amical et professionnel, il sera toutefois plus facile pour les personnes bien insérées socialement de fournir des éléments de preuves étayés dans ces trois sphères tandis que les plus précaires ne pourront certainement compter que sur les témoignages de leur cercle amical.

Quant à l'autre élément d'appréciation permettant d'obtenir un changement de la mention de son sexe à l'état civil, il s'agit de l'apparence de la personne : les juges se fonderont alors sur leurs propres représentations de ce que doit être une femme ou un homme pour juger de l'opportunité du changement demandé. Pour reprendre les termes utilisés à propos de la possession d'état en matière de filiation, il faudra que ces éléments ne soient pas équivoques et que la personne se conforme à l'image d'un « vrai » homme ou d'une « vraie » femme. Cela conduirait *in fine* à renforcer les stéréotypes sociaux de sexe, c'est-à-dire la représentation figée de caractéristiques et de fonctions sociales associées à l'un ou à l'autre sexe⁶⁰. Il serait intéressant de mener, à partir des décisions judiciaires relatives au changement de la mention du sexe à l'état civil, des études similaires à celles réalisées à propos des évaluations psychiatriques et qui montrent que le récit de soi réalisé par les consultants tend à rendre compte d'une identité essentialisée en tant que transsexuel⁶¹. Pour le moment, il semble difficile d'affirmer que la démedicalisation de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil et la meilleure protection des personnes trans' à travers la reconnaissance de la notion d'identité de genre conduisent à faire évoluer le système de genre. Par système de genre, il est fait référence au concept de genre qui désigne « le système de bi-catégorisation hiérarchisée entre les sexes (hommes / femmes) et entre les représentations et valeurs qui leur sont associées »⁶².

59 - Emmanuel Beaubatie, *Transfuges de sexe Genre, santé et sexualité dans les parcours d'hommes et de femmes trans' en France*, thèse de doctorat en sociologie soutenue à l'EHESS le 17 mai 2017, spéc. p. 143.

60 - Voir en ce sens Amélie Dionisi-Peyrusse, « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, 2016, p.564 : « La démedicalisation pourrait conduire à ce que la mention à l'état civil ne soit plus en réalité celle du sexe mais celle du genre, ce qui ne serait pas sans soulever des questions en termes de consolidation des stéréotypes ».

61 - Voir en ce sens, Laurence Hérault, « Approche anthropologique de la pratique diagnostique du «trouble de l'identité de genre» », pp. 275-285 in *L'Évolution Psychiatrique*, Elsevier, 2015.

62 - Laure Bereni, « Le Genre », *Cahiers français*, 2012, n°366, p. 75.

57 - Voir en ce sens not. Pierrette Aufferet et Chantal Barousse, « Des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi. 40 ans de pratique de transsexualisme », *AJ Famille*, 2016, p. 580.

58 - Voir not. en ce sens, Commission nationale consultative des droits de l'homme, [Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil](#), Assemblée plénière, 27 juin 2013, §30 : « l'option d'une déjudiciarisation partielle de la procédure apparaît donc la mieux à même de garantir une procédure rapide et respectueuse des droits des personnes transidentitaires ».

Il serait dommage que ces évolutions importantes ne se traduisent en définitive que par une utilisation du terme de « genre » à la place de celui de « sexe » et qu'à la binarité des sexes se substitue la binarité des genres. Il ne reste plus qu'à espérer que les juges, lorsqu'ils interpréteront les nouveaux critères législatifs, saisiront l'occasion de reconnaître, à travers la notion d'identité de genre, la diversité des situations personnelles, contribuant ainsi à la transformation du système actuel de genre, qui est au fondement des inégalités entre les sexes.

Marie Mesnil