L'intégrité corporelle à l'épreuve de la transidentité

François Vialla

Professeur des universités, directeur du Centre européen d'études et de recherche Droit & Santé, UMR 5815, Université de Montpellier, France

Résumé : La question de la transidentité soulève de très nombreuses questions qui divisent souvent la communauté des juristes. Aux questionnements liés à l'indisponibilité de l'état des personnes s'ajoutent ceux posés par le respect dû à la vie privée, par la place à accorder à l'autonomie de la volonté, etc. Le cadre juridique du changement de la mention de sexe à l'état civil n'est pas sans susciter des interrogations sur le terrain de la protection de l'intégrité corporelle. Longtemps ancré dans une logique de « médicalisation » le droit exigeait la preuve du caractère irréversible de la transformation de son apparence par la personne transidentitaire. L'atteinte au corps apparaissait, alors, comme une nécessité juridique incontournable. Avec la loi du 18 novembre 2016, qui procède à une démédicalisation de la procédure de changement de la mention de sexe à l'état civil, une évolution majeure, mais imparfaitement achevée, se fait jour.

Mots-clés : transidentité, transsexualisme, état civil, inviolabilité du corps humain, indisponibilité de l'état des personnes

« Nam quae femina nuper eras, puer es[1]*. »*

Introduction

« C'est une fille ! C'est un garçon ! » Dès notre venue au monde, ces paroles « d'accueil[2] » nous contraignent[3] à nous penser et à nous construire dans une opposition binaire : fille / garçon, femelle / mâle, féminin / masculin, madame / monsieur, rose / bleu, Barbie® / Ken®, danse / rugby, Sims® / GTA® ?

1. Ovide, *Iphis et Ianthé*, 9-970, Les Métamorphoses, *liber nonus*, Actes Sud, trad. D. Robert : « En effet, toi naguère fille, tu es un garçon ! »

2. Assurément ce « rituel » est désormais souvent anticipé par une « révélation » anténatale à l'aide de l'imagerie médicale.

3. Badinter, E. (2003), *Fausse route*, Odile Jacob, p. 196.

Dans une décision remarquée, la Cour de cassation a, le 4 mai 2017 [4] renforcé le caractère apparemment inéluctable et incontournable de la binarité affirmant 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 [5] ! »

Les questionnements autour de l'identité de genre [6] sont immémoriaux [7] et :

> « Du mythe d'Atalante [8] aux chansons d'Indochine [9], des métamorphoses d'Ovide [10] à Mylène Farmer [11], des bijoux de Baudelaire [12] à Martin Winckler [13], la question semble bien ancrée dans l'histoire de l'humanité [14]. »

Assurément ; « la notion même de sexe est particulièrement "insaisissable [15]" », elle n'est pas définie par la loi [16] et, faute d'une acception juridique univoque [17], elle

4. Cass., 1re civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189. Cass., 1re civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189, Rev. Droit et Santé 2017, n° 78, obs. Fontana J., p. 563, www.bnds.fr. Gobert, M. (2017), « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G*, doct.716. Le Maigat, P. (2017), *Gaz. Pal.* n° 19, p. 20. Péron, M. (2017), *Petites Affiches*, n° 120, p. 18. Vauthier J.-P. et Vialla F. (2017) « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.*, p. 1399. Moron-Puech, B. (2017), « Rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" ? », *D.*, p. 1404. Voir déjà CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281 : JurisData n° 2016-004932, *JCP G* 2016, 492 note Vialla F. D. 2016. Jur. 1915, note Reigné Ph., 904. Moron-Puech, B. (2016), *D.* point de vue. D. 2017. Pan. 781, obs. Galloux J.-C., Hauser J., *RTD civ.* 2016 n° 2, p. 318 ; Bloquel, B. (2016), *Gaz.Pal.*, n° 26, p. 81. Péron, M. (2016), *Petites Affiches*, n° 87, p. 9. Binet, J.-R. (2016), *Dr. Famille*, p. 50. Catto, M.-X. (2016), « De la neutralité biologique à la masculinité juridique », *RDLF*, chron., n° 18, www.revuedlf.com. Vialla, F., Martinez, E. (2016), *Rev. Droit et Santé*, n° 71, p. 427, www.bnds.fr. TGI Tours, 20 août 2015, D. 2015. Jur. 2295, note Vialla, F. (2016) « Neuter Substitution à l'état civil de la mention "sexe neutre" à celle de "sexe masculin" ». D. 2016. Pan. 752, obs. Galloux, J.-C., Libchaber, R. p. 20 et Pan. 915, obs. Regine. Coppart, I., *RJPF* 2015, n° 12, p. 17. Bloquel, B. (2016), *Gaz. Pal.*, n° 1, p. 91. Vialla, F. (2016), « *Hic*, *Haec*, *Hoc* », *Rev. Droit et Santé* n° 69, p. 90, www.bnds.fr

5. Voir dans le présent ouvrage la contribution de M. Moron-Puech B.

6. Sur la théorie du genre voir Stoller. R. (1968), *Sex and Gender,* New York, éd. Science House, T.1. Hinze, S. W. et Gaines A.-D. (2010), « A conference on the transformed body », *in* Mateu, J., Reynier, M. et Vialla, F. (dir.), *Assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, LEH, oct., p. 11 et s., www.bnds.fr.

7. Lascaros, J. et Perentidis, S. (2010), « Deux cas de changement chirurgical de sexe au IIe siècle avant notre ère », *in* Mateu, J., Reynier, M. et Vialla, F. (dir.), *Assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, LEH, oct., p. 25 et s.

8. Vernant, J.-P. (2002), *La mort dans les yeux. Figure de l'Autre en Grèce ancienne*, Hachette littératures, coll. « Pluriel », p. 19.

9. Indochine (1985), *Troisième sexe.*

10. Ovide, *Les métamorphoses*, *liber nonus*, Actes Sud, trad. D. Robert. Pérez-Jean, B. (2010), « Les mamelles de Tirésias : hermaphrodismes et métamorphoses dans l'Antiquité gréco-romaine », *in* Mateu, J., Reynier, M. et Vialla, F. (dir.), *Assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, LEH, oct., p. 143 et s.

11. *Sans contrefaçon.*

12. « Je croyais voir unis par un nouveau dessin / Les hanches de l'Antiope au buste d'un imberbe » : Baudelaire, C. (1857) « Les Bijoux », in *Les Feurs du mal.*

13. Winckler, M. (2011), *Le Chœur des femmes*, Gallimard, coll. « Folio ».

14. Vialla, F. (2012), « L'irréversibilité en question », *D.*, p. 1648.

15. Vialla, F. (2014), « Transsexualisme et Transidentité », *in* Vialla, F. (dir.), *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, 2e éd., LGDJ, coll. « Les grandes décisions », p. 150.

16. Rassat, M.-L. (1985), « Sexe, médecine et droit », *in* Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris et Université des sciences sociales de Toulouse (dir.), *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, p. 655. Py, B. (1999), *Le sexe et le droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? ». Branlard, J.-P. (1993), *Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, coll. « Thèses – Bibliothèque de droit privé », n° 1353. Reigné, P. (2011), « Sexe genre et état des personnes », *JCP G*, n° 42, octobre, p. 1140.

17. Reigné P., « Sexe, genre et état des personnes », préc. Reigné, P. (2015), « La notion juridique de sexe », *in* Peyre, E. et Wiels, J. (dir.), *Mon corps a-t-il un sexe ?*, La Découverte, coll. « Recherches »,

est parfois source d'équivoques et d'approximations. Il convient, notamment, « que ne soient pas confondus les termes genre, sexe, transgenre [18], dysphorie de genre [19], transidentité [20] et transsexualisme [21] [...] réalités voisines, voire imbriquées, sans pour autant être unies par une synonymie conceptuelle [22] [...] ».

Comme nous le remarquions :

> « Notre identité sexuée ("genrée") est, dans un abord juridique, classiquement approchée par le biais de l'état des personnes. Les principes d'indivisibilité, d'indisponibilité et d'imprescriptibilité qui gouvernent l'état des personnes, expliquent que les juridictions soient longtemps demeurées rétives à la réception des demandes de changement de la mention de sexe pour les personnes transidentitaires [23]. »

Mais les questions soulevées ne sauraient être circonscrites à la seule approche de l'état civil, l'atteinte au corps de la personne, soulève, nous le verrons, de nombreuses interrogations. Assurément si l'abord du corps n'est pas aisé pour les juristes et si son apparition dans le Code civil est récente [24], il est impensable d'approcher la problématique de la transidentité sans s'interroger sur les enjeux et logiques de l'atteinte à l'intégrité corporelle du sujet.

L'identité sexuée de la personne établie par l'état civil s'inscrit, nous l'avons vu dans la binarité la plus stricte [25]. M^me^ L. Lambert-Garrel rappelle que le Doyen Carbonnier, « qualifiait [...] "la date, le lieu et le sexe de naissance" de "vérités historiques" qui ne devaient jamais être modifiées [26] ». La question cependant est débattue [27], comme le remarquait M. Thomas Hammarberg, commissaire européen aux droits de l'Homme [28], « le sexe de la personne est généralement déterminé à la naissance, puis

p. 302-313. Gobert, M. (1990), « Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister », *JCP G*, I, 3475, n° 19. Lambert-Garrel, L. (2010), « Le transsexualisme en droit interne », *in* Mateu, J., Reynier, M. et Vialla, F. (dir.), *Assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, LEH, oct., p. 181. Schneider, H. (2013), *La prise en charge de la transidentité*, LEH Edition, coll. « Mémoire numériques de la BNDS », www.bnds.fr. Vialla, F. (2012), « Du sexe au genre », *JCP G*, p. 230 et s.

18. Transgenre (anglicisme : *transgender*). Dans un sens large, le terme désigne l'ensemble des personnes transidentitaires ; dans une acception plus restreinte, il s'applique à la personne vivant dans « l'autre genre », sans trans-formation corporelle.

19. Malaise lié à la transidentité.

20. Il s'agit des diverses situations d'une personne qui éprouve, ressent, le besoin d'adopter les comportements du genre auquel il s'identifie en contradiction avec son sexe génital.

21. Volonté de modification corporelle pouvant inclure un recours à la chirurgie de l'appareil génital.

22. Vialla, F. (2010), « Iphis ou Atalante », *in* Mateu, J., Reynier, M. et Vialla, F. (dir.), *Assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, LEH, oct., p. 121. Thouvenin, D. (1979), « Le transsexualisme, une question d'état méconnue », *RDSS*, p. 291.

23. Vialla, F. (2013), « Prolégomènes sur l'approche juridique de la transidentité », *in* Larribau-Terneyre, V. (dir.), *Dossier Transsexualisme et droit de la famille*, Dr. fam., n° 34.

24. Galloux, J.-C. (2004), « Le corps humain dans le code civil », *in* Collectif Paris II, *1804-2004 Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, D., p. 381.

25. Catto, M-X. (2014), « La mention du sexe à l'état civil », *in* Hennette-Vauchez, S., Pichard, M. et Roman, D. (dir.), *La loi et le genre*, CNRS, p. 28-47.

26. Lambert-Garrel, L., art. préc., p. 178. Hauser, J. (2008), « Transsexualisme : changer à quelles conditions ? », Obs. sur Reims, 10 mai 2007, *JCP*, IV, 1495, *RTD civ.*, p. 271.

27. Vialla, F. (2013), « La transidentité : une jurisprudence en "équilibre instable" », *Médecine et Droit*, p. 105-111. http ://dx.doi.org/10.1016/j.meddro.2013.05.001.

28. Document de synthèse 2009 rédigé par le Commissaire européen aux droits de l'homme : Hammarberg, T. (2009), « Droits de l'homme et identité de genre », https ://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp ?id=1476365.

il devient un fait juridique et social [29] ». M. Reigné souligne que « le sexe juridique, compris dans l'état des personnes, est un sexe social ; il relève donc entièrement du genre [30] ». Comme le relève M^me^ M. Gobert, « [...] ce caractère binaire, considéré comme la donnée fondamentale, a vécu [31] ». On peut alors considérer que :

> « C'est la binarité du "sexe" juridique qui révèle son caractère social ; il existe en effet des "personnes" qui possèdent des caractéristiques sexuées (chromosomiques, gonadiques, hormonales, génitales, etc.) qui ne permettent pas leur identification classique comme femelles ou mâles [...]. On devient, en droit, un être sexué par une qualification [32]. »

Dans le silence de la loi [33] c'est la jurisprudence qui, en France, fixera le cadre juridique de la transidentité. Les juridictions peineront à concilier les principes d'indisponibilité du corps et de l'état des personnes, d'inviolabilité du corps, du droit au respect de la vie privée [34] et des droits des patients. Le législateur est récemment sorti de son mutisme par la loi du 18 novembre 2016 [35] qui, en dépit d'importantes précisions, se révèle source d'incertitudes nouvelles.

L'approche juridique de la transidentité soulève d'abondantes interrogations. Est-il encore pertinent, au XX^e^ siècle, de faire du sexe un élément d'individualisation et d'identification de la personne à l'état civil ? Le respect dû à la vie privée peut-il justifier que soit prise en considération une demande de modification de la mention de sexe à l'état civil [36] ? C'est cependant autour de la question de l'atteinte à l'intégrité corporelle de la personne transidentitaire que s'ancreront nos développements.

Les juridictions françaises seront longtemps fort réticentes à l'endroit de la transidentité. Sous l'influence du droit européen des droits de l'Homme [37], la jurisprudence interne évoluera mais persistera dans son abord pathologique des questions. Le corps des personnes transidentitaire subira de ce fait d'irréversibles atteintes (1.). La loi « J21 [38] », bien qu'imparfaite et inachevée, bouleverse l'approche jurisprudentielle traditionnelle et permet une meilleure protection de l'intégrité corporelle (2.).

---

29. Hammarberg, T. (2009), précité, p. 5.

30. Reigné, P. (2011), « Sexe genre et état des personnes », *JCP G*, n° 42, octobre, p. 1140. Gobert, M. (1990), « Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister », *JCP G*, I, 3475, n° 19

31. Gobert, M. (2017), « Le sexe neutre, ou de la difficulté d'exister », *JCP G*, doct. 716.

32. Reigné, P. (2011), « Sexe, genre et état des personnes », art. préc.

33. Paricard, S. (2012), « Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Dr. fam.*, étude 2, p. 13. Larribau-Terneyre, V. (2013), « Transexualisme et couple », *in* Larribau-Terneyre, V. (dir.), *Dossier Transsexualisme et droit de la famille*, Dr. fam., n° 34. Lambert-Garrel, L., *op. cit.* p. 178.

34. Voir dans le présent ouvrage la contribution de M^me^ Brunet, L.

35. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, Art.56. Vialla, F. (2016), « État civil (changement de sexe) : Démédicalisation de la procédure », *D.*, p. 1561 et *D.*, p. 2351. Moron-Puech, B. (2016), « La loi de modernisation de la justice du XXI^e^ siècle et les personnes intersexuées », *D.*, p. 2353. Reigné, P. (2016)., *JCP G*, p. 2365. Marais, A. (2016), « Le sexe si que je veux, quand je veux ! », *JCP G*, 1164, p. 2010.

36. V. dans le présent ouvrage l'étude de M^me^ L. Brunet

37. Vialla, F. (2011), « Le droit français sous influence ? », *in* Bélanger, M. (dir.), *La mondialisation du droit de la santé*, LEH, coll. « Actes et séminaires ».

38. Loi n 2016-1547 du 18 novembre 2016, préc.

1 L'atteinte imposée à l'intégrité corporelle

La jurisprudence fut longtemps hostile à l'égard des demandes de changement de sexe à l'état civil. Cette position prétorienne conduisait à nier la transidentité elle-même mais aussi à refuser de reconnaître juridiquement les conséquences des actes médico-chirurgicaux parfois accomplis. Ainsi une juridiction pouvait-elle affirmer que les interventions réalisées « ont été chez un sujet né et resté de sexe masculin, artificiellement créatrices et non révélatrices de féminité [39] ». On peut, encore, lire dans un arrêt de la Cour de cassation : « La Cour d'appel avait relevé qu'en dépit des opérations auxquelles elle s'était soumise, Nadine n'était pas de sexe masculin [40] ! » En 1990 [41] la haute juridiction considéra que même médicalement établi et reconnu, le transsexualisme ne saurait s'analyser en un changement de sexe, « [. . .] le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ».

On comprendra alors quelles menaces pesaient sur les praticiens qui osaient réaliser de telles interventions.

Certaines juridictions, en effet, fulminaient à l'encontre de « modifications corporelles artificiellement obtenues par des procédés dont certains pourraient tomber sous le coup de la loi pénale [42] ».

Comment ne pas rappeler, ici, les paroles de M. L'Avocat général Lindon : « Tout chirurgien opérant une transsexuelle serait passible de l'article 316 du Code pénal punissant de la réclusion à perpétuité le crime de castration [43] ! »

Au commencement, donc, les rigueurs du droit pénal étaient brandies envers tous ceux qui contribueraient à une modification du corps des personnes transidentitaires.

Paradoxalement, la jurisprudence en viendra, ensuite, à exiger ce qu'elle prohibait !

39. CA Limoges, 4 juin 1975, D. 1975, somm. p. 121. CA Paris, 18 janvier 1974, D. 1974, p. 196, concl. Granjon. Vialla, F. (2014), « Transsexualisme et Transidentité », *in* Vialla, F. (dir.), *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, 2e éd., LGDJ, coll. « Les grandes décisions », p. 139-168.

40. Cass., 1re civ., 30 nov. 1983, n° 82-13.808, Bull. civ. I, n°284, p. 253. D.S 1984, p. 165, note Edelmann, JCP 1984, II, 20 222, concl. Sadon, note Penneau, J. Vialla, F. (2014), « Transsexualisme et transidentité », *in* Vialla, F. (dir.), *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, 2e éd., LGDJ, coll. « Les grandes décisions », p. 150. Il n'entre pas dans notre propos de dresser exhaustivement l'évolution jurisprudentielle sur la question. Voir toutefois Cass., 1re civ., 16 déc. 1975, D. 1976, p. 387 2e esp. Note Lindon. Cass., 1re civ., 31 mars 1987, Bull. n° 79, p. 59. Cass., 1re civ., 31 mars 1987, Bull. n° 116, p. 87. D.1987, p. 445, note Jourdain, P. JCP 1988, II, 21 000, note Agostini. Cette décision sera à l'origine du revirement de la CEDH en 1992. Cass., 1re civ., 7 juin 1988, Bull. n° 176, p. 122 ; Gaz. Pal. 1989, 1, p. 417, note Agostini. Cass., 1re civ., 10 mai 1989, Bull. n° 189, p. 125.

41. Quatre espèces du même jour, Cass., 1re civ., 21 mai 1990, D.1991, jur. p. 169, rap. Massip. JCP 1990, II, 21588, rap. Massip, concl. Flipo ; Gaz.Pal. 1991, 1, p. 34, RTD civ. 1991, p. 289, note Hauser, J.

42. TGI de la Seine, 18 janvier 1965, JCP 1965, II, 14 421, concl. Fabre.

43. Cité par Lambert-Garrel, L. (2010), « Le transsexualisme en droit interne », *in* Mateu, J., Reynier, M. et Vialla, F. (dir.), *Assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, LEH, oct., p. 185. Py, B. (2010), « Mutilations sexuelles et droit pénal », *in* Mateu, J., Reynier, M. et Vialla, F. (dir.), *Assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, LEH, oct., p. 119 et s.

En 1992, sous l'influence du juge européen de droits de l'homme [44] la jurisprudence interne fut contrainte d'évoluer [45]. Elle le fit par deux arrêts d'Assemblée plénière [46] mais « les conditions émises par la Cour de cassation étaient cependant inscrites dans une logique pathologique et une nécessaire réassignation chirurgicale synonyme d'agénésie [47] ». La haute juridiction réclamait la preuve d'un « syndrome du transsexualisme », celle de l'effectivité d'un « traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique » dont les effets conduisaient la personne à prendre « [...] une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social ». Selon la Cour de cassation ce n'était que si ces conditions cumulatives étaient réunies que « le principe du respect, dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle l'apparence. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ».

L'approche « pathologisante » et « psychiatrisante [48] » était au demeurant fort répandue :

> « Des exposés effectués par les spécialistes, se dégage une seule certitude : le transsexualisme est une maladie ou plus exactement un syndrome [...], et une leçon d'humilité : la science actuelle demeure impuissante à guérir le transsexuel [49] ! »

Toutefois cette approche ne faisait pas l'unanimité et elle sera, progressivement, remise en cause :

> « En dépit de toute classification allant dans le sens contraire, l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées [50]. »

Soumettre et mutiler les corps étaient une exigence fréquente des différents systèmes de droit et l'on pouvait relever que « les procédures de reconnaissance du genre ont pour point commun – lorsqu'elles existent – de comporter des exigences juridiques et médicales lourdes aux contours souvent mal définis, [...] de toute évidence contraires au respect de l'intégrité physique de la personne [51] ». Le Commissaire européen aux

44. CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, req. n° 57/1990 et 248/319, série A, n° 231C. D.1993, jur. p. 101, note Marguénaud, J.-P. JCP 1992, II, 21955, note Garé, Th. RTD civ. 1992, p. 540, obs. Hauser, J. Vialla, F. (2011), « Le droit français sous influence ? », *in* Bélanger, M. (dir.), *La mondialisation du droit de la santé*, LEH, coll. « Actes et séminaires ».

45. Voir Vialla, F. (2011), « Le droit français sous influence ? », art. préc.

46. Cass., ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 et 91-12.373. JCP 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, note Mémeteau, G. Gaz.Pal. 1993, 1, p. 180, concl. Jéol, M. RTD civ. 1993, p. 325, obs. Hauser, J.

47. Vialla, F. (2012), « L'irréversibilité en question », *D.*, p. 1648.

48. Vialla, F. (2012), « L'irréversibilité en question », *D.*, p. 1648. http ://www.has-sante.fr/portail/jcms/c556489/ald-n23-troubles-anxieux-graves.

49. Rubellin-Devichi, J. (1984), « Introduction », *in* Groupe d'étude du droit médical (dir.), *Le transsexualisme*, Actes de la réunion du 17juin1983, Droit et éthique médicale, vol. 1, p. 17. Toutefois cette approche ne faisait pas l'unanimité. Voir en ce sens : Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, www.yogyakartaprinciples.org, p. 24 : « en dépit de toute classification allant dans le sens contraire, l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées. »

50. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, www.yogyakartaprinciples.org, p. 24.

51. Hammarberg, T., rapport précité, p. 15.

droits de l'homme soulignait que les procédures auxquelles sont soumises les personnes transidentitaires se « caractérisent par de longues séries de tests physiques, psychiatriques et psychologiques au cours desquelles l'intégrité de la personne n'est pas toujours respectée, comme par exemple lorsqu'un psychiatre procède à un examen génital [52] ». L'atteinte dépasse au demeurant la seule enveloppe charnelle, c'est l'ensemble de la personne qui la subit :

> « Il existe une part de violence symbolique dans le fait de ne pas s'en tenir à la parole de la personne concernées et aux certificats médicaux des chirurgiens attestant de l'opération. D'autre part, il existe un viol de l'intimité dans le fait de se dénuder devant un expert qui va regarder son sexe "sous toutes les coutures", alors même que la personne qui vient d'être opérée, bien souvent, n'assume pas encore totalement son nouveau corps sexué [53]. »

En 2010 par deux textes d'intensité juridique différente, le gouvernement rompra, partiellement, avec la logique dominante. Le Décret du 8 février 2010 [54], tout d'abord, met un terme à la logique de « psychiatrisation » tout en maintenant le bénéfice du dispositif d'Affection Longue Durée (ALD) pour les personnes transidentitaires. Ce fut, ensuite, une circulaire de la DGACS [55] qui « [...] laissait entrevoir un assouplissement dans les conditions de recevabilité de la demande de changement d'état civil [56] » en envisageant la possibilité d'un changement de la mention de sexe à l'état civil :

> « [...] 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 (prothèse 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. »

La question de « l'irréversibilité » devenait, donc, essentielle :

> « Tout tourne autour de cette notion, laissée cependant à l'appréciation des États. Qu'entend-on par transsexualisme irréversible ? La réponse à cette question se situe ici sur un plan médical, et non plus juridique [57]. »

52. *Id.*

53. Fortier, C. (2014), « La question du "transsexualisme" en France », *CDSA*, Corps et patrimoine, n° 18, p. 269-282, www.bnds.fr, p. 273

54. D. n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du Code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », JORF n° 0034 du 10 février 2010, p. 2398. Vialla, F. (2010), « Transition ? », *RDS*, n° 35, p. 210 et s : www.bnds.fr.

55. Circ. de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 NOR : JUSC1012994C. voir Vialla, F. (2010), « Droit en transition... suite », *RDS,* n° 36, p. 379, www.bnds.fr.

56. Vialla, F. (2013), « La transidentité : une jurisprudence en "équilibre instable" », *Médecine et Droit,* p. 105-111.

57. HAS, Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, nov.2009, p. 4 : http ://www.has-sante.fr. Reigné, P. (2011), « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », *JCP G*, n° 17, p. 480.

S'appuyant sur la circulaire de 2010 des juridictions du fond n'exigeront plus la preuve d'une « réassignation » chirurgicale [58], mais ce mouvement prétorien demeurait isolé par rapport au courant majoritaire [59].

La Cour de cassation maintiendra quant à elle sa position. En 2012, par deux arrêts du 7 juin [60], elle s'inscrit « dans une approche particulièrement limitative de l'irréversibilité [61] », en émettant une double condition à la recevabilité d'une demande de changement de sexe à l'état civil. Elle demande, tout d'abord, que soit établi « au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel », elle réclame, ensuite, la preuve du « caractère irréversible de la transformation de son apparence » par le requérant. Elle maintiendra ses exigences l'année suivante par deux arrêt du13 février 2013 [62]. L'ancrage pathologique perdure, conduisant à « [...] légitimement se demander comment la transformation de "l'apparence" peut être irréversible [63] [...]. Il apparaît à la lecture des positions de la HAS et celle de la Cour de cassation que la stérilisation des personnes transidentitaires semble bien être la condition de recevabilité du changement d'état [64] ». Comme le relève M. Philippe Reigné :

> « Il s'agit donc de rendre stériles les personnes transidentitaires afin d'éviter de reconnaître qu'un enfant puisse naître de deux mères ou de deux pères, selon les indications portées sur l'acte de naissance de ses parents et ainsi "d'assurer la cohérence et la sécurité des actes d'état civil [65]". »

Peut-être n'est-il pas inutile ici de préciser quels actes étaient exigés : mastectomie, ovariectomie, hystérotomie, gonadectomie... Rappelons la signification des termes grecs qui servent à forger ces mots en français : « *τομή* / *tomê* » signifie « coupe, incision », « *τέμνειν* / *temnein* » veut dire « couper », « *ἐἐκτομή* / *ektomê* » se traduit

58. CA Versailles, 22 mars 2012, n° 11/03116 : JurisData n° 2012-005712, Voir Vialla, F. (2012), « L'irréversibilité en question », *D.*, p. 1648. Vialla, F. (2012), « Du sexe au genre », *JCP G,* n° 122, p. 230 et s. Voir Vialla, F. (2012), « La fin annoncée de la "réassignation chirurgicale" ? », obs. sur CA Nancy, Chambre civile 3, 2 septembre 2011, n° 11/02099, n° 09/02179, *RDS*, n° 46, p. 284-286, www.bnds.fr.

59. Voir Vialla, F. (2011), « Transidentité », *RDS*, n° 42, p. 442-443, obs. sur A, Chambre civile 1, 3 janvier 2011, n° 1/2011, 09/00931, CA Nancy, Chambre civile 3, 11 octobre 2010, n° 10/02477, n° 09/02179, CA Paris, pôle 1, Chambre 1, 4 février 2010, n° 09/21756, CA Paris, pôle 1, Chambre 1, 27 janvier 2011, n° 10/04525 – Vialla, F. (2012), « Transidentité suites... », *RDS*, n° 48, p. 513-516, obs. sur CA Versailles, 22 mars 2012, n° 11/03116 : JurisData n° 2012-005712, CA Limoges, 20 mars 2012, n° 10/01188 : JurisData n° 2012-005346, www.bnds.fr.

60. Cass., 1ère civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490 et n° 10-26.947. Reigné, P. (2012), « La Cour de cassation et le changement d'état civil des personnes transidentitaires », *Droit de la famille*, n° 9, septembre, comm. 131, p. 37-40. Vialla, F. (2012), *D.*, p. 1648. Paricard, S. (2012), *RDSS*, p. 880. Hauser, J. (2012), *RTD civ.*, p. 502.

61. Vialla, F. (2012), « L'irréversibilité en question », *D.*, p. 1648.

62. Cass., 1ère civ., 13 février 2013, n° 11-14.515 et n° 12.11-949, Reigné, P. (2013), « Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'injuste équilibre », *JCP G*, p. 227. Pouliquen, E. (2013), *Lamy Droit civil*, avril, p. 42-43. Coppart, I. (2013), *RPJF*, avril, p. 22-23. Gallmeister, I. (2013), *D.*, p. 499. Vialla, F. (2013), « Transidentité : retour à la case 1992 ? (suite) », *RDS*, n° 53, p. 363, www.bnds.fr – Vialla, F. (2013), « La transidentité : une jurisprudence en "équilibre instable" », *Médecine et Droit,* p. 105-111.

63. Voir Reigné, P. (2013), *JCP G*, p. 227.

64. Vialla, F. (2013), « La transidentité : une jurisprudence en "équilibre instable" », *Médecine et Droit,* p. 105-111.

65. Voir Reigné, P. (2012), « La Cour de cassation et le changement d'état civil des personnes transidentitaires », *Dr. famille*, n° 9, septembre, comm. 131, p. 39.

par « excision » ou « ablation », et « *ἐκτέμνειν / ektemnein* » par « exciser[66] » ! La dimension symbolique des actes chirurgicaux imposés ne peut être éludée :

> « Chez l'homme, c'est le pénis érectile et le sperme qui sont considérés comme l'insigne du masculin, ainsi que le montre le traitement médical proposé aux trans MtoF marqué par la "castration", terme qui est employé par les médecins eux-mêmes. Et comme ce n'est pas le pénis en soi qui représente l'emblème du masculin mais bien le pénis en érection, la castration proprement dite va être précédée d'une castration chimique qui va mettre à mal la fonction érectile du sujet. [...] Il en va de même pour les trans FtoM aussi bien sur le plan hormonal que chirurgical, puisque la personne doit d'abord avoir réalisé une mammectomie et une hystérectomie avant d'envisager une phalloplastie. Il s'agit de s'assurer que l'individu a bien perdu "ce qui fait" sa féminité, à savoir ses seins et son utérus, avant de lui permettre d'acquérir éventuellement l'insigne du masculin qu'est le pénis[67]. »

Certaines juridictions du fond allaient au-delà des bornes fixées par la Cour de cassation en exigeant davantage que la preuve du « caractère irréversible de la transformation de l'apparence ». Ainsi le TGI de Montpellier[68] demandait que soit apportée la preuve de « l'irréversibilité du processus de changement de sexe ». Les juges précisaient alors que :

> « Toutes les opérations pratiquées [...] entrent dans la catégorie de la "chirurgie esthétique", généralement utilisée par les femmes qui souhaitent, pour avoir une apparence encore plus féminine, gommer les aspects "masculins" de leur physique (pilosité, traits grossiers, absence de poitrine, voix grave, etc.) et ne justifient donc en aucun cas du "caractère irréversible de la transformation de l'apparence" dans le cadre d'un changement de sexe à l'état civil ! »

Comme nous le relevions :

> « L'argumentation, dans son ton notamment, laisse perplexe. L'approche de la chirurgie esthétique à laquelle se livre le tribunal pourrait aisément être considérée comme "sexiste", si les magistrats ayant statués n'étaient des "magistrates". Le rejet péremptoire des actes de chirurgie esthétique ne peut qu'étonner lorsque l'on rappelle que pour la Cour de cassation les actes de chirurgie esthétique, quand ils sont réalisés dans les conditions prévues aux articles L. 6322-1 et L. 6322-2 du Code de la santé publique,

66. « *Ektemnein* » est composé du préfixe « *ek* », « hors de », et de « *temnein* », « couper », qui en chirurgie indique l'ablation ou l'excision d'un organe.

67. Fortier, C. (2014), « La question du "transsexualisme" en France », *CDSA*, Corps et patrimoine, n° 18, p. 271-272.

68. TGI Montpellier, 24 mars 2016, n° 15/ 03425, obs. Vialla, F. (2016), *RDS*, n° 72, www.bnds.fr. Vialla, F. (2016), « Transidentité : quid novi ? "Nihil, ferè nihil, minus nihilo" ? », *Petites affiches*, juillet, n° 151, p. 8.

> ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires, constituent des actes de soins au sens de l'article L. 1142-1 du même code [69]. »

Comment ne pas considérer que les interventions effectuées apportent la preuve, exigée la Cour de cassation, de « l'irréversibilité du changement de l'apparence » ? L'intervention de féminisation cervicale, réduction de la pomme d'Adam, serait réversible ? Faut-il rappeler que la « pomme » dont il s'agit de relève pas du « règne végétal », et qu'en conséquence elle ne « repoussera » pas... ! Le recours à la chirurgie ou à la microchirurgie des cordes vocales, à la plastie modelante de la mandibule, à la rhinoplastie, à la septoplastie serait-il réversible ? Il ressort, donc, de l'analyse menée par les juges du fond que « l'irréversibilité de la transformation de l'apparence » ne peut être obtenue par le recours à la chirurgie esthétique, qui pourtant est une chirurgie... de la modification de l'apparence [70] !

L'utilisation de la périphrase euphémique, « l'irréversibilité de la modification de l'apparence » pourrait bien n'être qu'un leurre [71] destiné à dissimuler une exigence, moins avouable [72] !

La lecture de certaines décisions de justice semble le prouver. Ainsi le TGI de Montpellier [73] considère-t-il qu'un « [...] traitement hormonal, [...] peut entraîner le caractère irréversible de la transformation exigé par la jurisprudence, lorsqu'il entraîne une impossibilité définitive de procréer dans son sexe d'origine » !

Derrière les contorsions terminologiques le constat est établi que « les personnes qui veulent changer juridiquement de genre le payeront donc de leur fécondité. Cette solution eugénique n'honore pas le droit français [74] ». M. Hammarberg soulignait que l'« on ne peut que s'alarmer du fait que ces dernières – les personnes transidentitaires – semblent former le seul groupe en Europe soumis à une stérilisation prescrite légalement et imposée en pratique par l'État [75] ».

Consciente de cette réalité la Cour EDH [76] a récemment condamné la France :

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

69. Cass., 1re civ., 5 févr. 2014, n° 12-29140 : Jourdain, P. (2014), *RDSS*, p. 1236. Porchy-Simon, S. (2014), *D.*, p. 697. Hoquet-Berg, S. (2014), *RCA*, comm. n° 166. Chéreau, C. et Lacoeuilhe, G. (2014), *RGDM*, n° 52, p. 57-64. Vialla, F. (2014), *RDS*, n° 59, p. 1236-1237. Cet arrêt concernait une question de responsabilité. Afin de « préserver » les deniers de l'ONIAM la loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015 interviendra (Loi n° 2014-1554, 22 déc. 2014, art. 70) pour atténuer la portée de cet arrêt. C. santé publ., art. L. 1142-3-1. Voir Brunet, N. (2015), *RDS*, n° 64, p. 232-236, www.bnds.fr.

70. Vialla, F. (2016), « Transidentité : quid novi ? "Nihil, ferè nihil, minus nihilo" ? », *Petites Affiches*, juillet, n° 151, p. 8.

71. Vialla, F. (2016), « Transidentité : quid novi ? "Nihil, ferè nihil, minus nihilo" ? », préc.

72. Vialla, F. (2012), « L'irréversibilité en question », *D.*, p. 1648. Vialla, F. (2014), « Les troubles du droit confronté au corps : la question de la transidentité », *CSDA*, Corps et Patrimoine, n° 18, p. 283-299, www.bnds.fr.

73. TGI Montpellier, 24 mars 2016, n° 15/03425, obs. Vialla, F. (2016), *RDS*, n° 72, www.bnds.fr. Vialla, F. (2016), « Transidentité : *quid novi* ? "*Nihil, ferè nihil, minus nihilo ?*" », *Petites affiches*, juillet, n° 151, p. 8.

74. Reigné, P. (2011), *JCP G*, n° 17, p. 480.

75. Hammarberg T., précité, p. 15

76. CEDH, 5e ch., 6 avril 2017, n° 79885/12, Moron-Puech, B. (2017), *D.*, p. 994 et s., Vauthier, J.-P. et Vialla, F. (2017), *D.*, p. 1027 et s.

> transformation de leur apparence, c'est-à-dire démontré avoir subi une opération stérilisante ou un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité, s'analyse en un manquement par l'État défendeur à son obligation positive de garantir le droit de ces derniers au respect de leur vie privée [77]. »

En dépit de sa relative audace sur la question de la stérilisation, l'arrêt s'inscrit dans une « approche biologisante de l'identité sexuée [78] ».

L'exigence jurisprudentielle de médicalisation, de recours à une hormonothérapie et à la chirurgie n'était pas sans interroger un certain nombre de principes juridiques.

Les dispositions de l'article 16-3, alinéa 1er, du Code civil [79] précisent que l'atteinte exceptionnelle à l'intégrité corporelle requiert, pour être licite, l'existence d'une « nécessité médicale » pour la personne mais encore son consentement préalable. La nécessité juridique, née des exigences jurisprudentielles, ne saurait se confondre avec la nécessité médicale imposée par la loi !

Sur le terrain du consentement, exigé tant par les dispositions du Code civil [80] que par celles du Code de la Santé publique [81], on peut se demander si émettre la « réassignation » chirurgicale comme condition du changement de la mention de sexe à l'état civil ne conduisait pas à un forçage de la volonté. M. T. Hammarberg soulignait que « le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou tout autre opération chirurgicale, c'est oublier que les personnes transgenres ne souhaitent pas toutes subir de telles interventions [82] ». Erigé en principe par les dispositions de l'article L 1111-4 du Code de la santé publique, le droit au refus de « soin » était, pour les personnes transidentitaire, bafoué au nom… du droit !

D'autres règles de droit médical viennent aussi conforter l'idée que l'atteinte à l'intégrité corporelle des personnes transidentitaires ne peut trouver sa justification dans l'exigence « juridique » de réassignation. Ainsi l'article L.1110-5 du Code de la santé publique prône-t-il le respect du principe de proportionnalité « bénéfice / risque », qui n'est pas sans poser de problèmes ici au regard des conséquences des actes réalisés. Le même texte impose aussi un respect des connaissances médicales avérées [83], qui font,

77. Rendu postérieurement à l'entrée en vigueur de la Loi du 18 novembre 2016 (V. infra) l'arrêt est avant tout un message adressé aux pays qui s'inscrivent encore dans une logique de stérilisation V. Vauthier J-Ph. et Vialla F., D.2017, p. 1027 et s.

78. Moron-Puech, B. (2017), *D.,* p. 994 et s. Vauthier, J.-P. et Vialla, F. (2017), *D.*, p. 1027 et s.

79. C. civ., art 16-3 : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. / Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »

80. C. civ., art. 16-3, al. 2.

81. C. santé publ., art. L. 1111-4, art. R. 4127-36. Sur l'information voir C. santé publ., art. L. 1111-2 et R. 4127-35.

82. Hammarberg, T. Document de synthèse, *Droits de l'homme et identité de genre*, précité, p. 18.

83. Vialla, F. (2016), « Science médical et droit », *Médecine et Droit*, volume 2016, issue 141, november-december, p. 139-146, http ://dx.doi.org/10.1016/j.meddro.2016.09.003. Vialla, F. (2014), « Données, acquises de la science, connaissances médicales avérées », *in* Vialla, F. (dir.), *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, 2e éd., LGDJ, coll. « Les grandes décisions », p. 285 et s. Debarre, J.-M. (2012), « Sémantique des "données acquises de la science" comparée aux "connaissances médicales avérées". Pour une obligation du médecin à respecter les "connaissances médicales avérées ou acquises" », *Médecine et Droit*, issue 112, January-February, p. 22-28, http ://dx.doi.org/10.1016/j.meddro.2011.12.001, p. 25. Mascret, C. (2008),

en la matière, débat. La déontologie médicale apporte aussi des enseignements importants. Ainsi L'article R. 4127-41 du Code de la santé publique précise qu'« aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux ». Le motif médical peut-il être trouvé dans l'exigence jurisprudentielle de réassignation ?

Ne doit-on pas plutôt considérer que la réassignation imposée par la Cour de cassation peut s'analyser en une « contrainte juridique », mais que la seule la nécessité médicale, appréciée par l'homme de l'Art, en toute indépendance [84], peut légitimer un acte médico-chirurgical, sous réserve que telle soit la volonté « libre et éclairée » du sujet.

La position de la haute juridiction, dont le caractère rétrograde fut souligné [85], laissait peu augurer d'une évolution. C'était sans compter sur l'initiative de parlementaires qui introduit la question à l'occasion des débats consacrés à la Modernisation de La Justice du XXI^{e} siècle.

2 La démédicalisation de la procédure de changement de sexe

Confrontée à la transidentité :

> « La loi française est [...] restée délibérément silencieuse. Le sénateur Henri Caillavet avait toutefois présenté deux propositions de loi en 1981 et 1982 qui ont été respectivement rejetées. L'objectif visé était d'autoriser les traitements chirurgicaux pour les personnes présentant un syndrome du transsexualisme afin de leur reconnaître la faculté de changer juridiquement de sexe sur les registre d'état civil [...]. À l'inverse, en 1985, un rapport [...] recommandait de ne pas légiférer pour éviter que ces revendications ne se propagent. En 1989, le Conseil d'État dans son rapport Braibant [...] prônait également la méfiance [86]. »

On notera que les premières initiatives législatives visaient à rendre possible le recours à la chirurgie pour les personnes transsexuelles, de manière inversement proportionnelle le législateur se verra ensuite poussé à envisager une démédicalisation du changement de la mention de sexe à l'état civil.

L'étonnant mutisme de la loi [87] était parfois critiqué :

> « Il est peut-être temps d'intervenir, alors par ailleurs que de nombreux pays européens ont fait ce choix de légiférer. [...] Dans la mesure où la Cour de cassation ne remplit pas sa fonction unificatrice, où le Conseil constitutionnel en l'absence de toute disposition législative à lui soumettre

« Les données de la science face à leur normalisation par les autorités sanitaires », Médecine et droit, issue 93, November–December, p. 165-171, http ://dx.doi.org/10.1016/j.meddro.2008.09.002.

84. C. santé publ., art. R4127-5 : « Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit ». Vialla, F. (2014), « Indépendance du médecin, liberté thérapeutique, liberté de prescription », *in* Vialla, F. (dir.), *Les Grandes Décisions du Droit Médical*, 2^{e} éd., LGDJ, coll. « Les grandes décisions », p. 265-284.

85. Paricard, S. (2012), « Transsexualisme : la Cour de cassation sonnerait-elle le glas de la libéralisation ? », *RDSS*, p. 880.

86. Lambert-Garrel, L. (2010), « Le transsexualisme en droit interne », *in* Mateu, J., Reynier, M. et Vialla, F. (dir.), *Assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, LEH, oct., p. 178-179.

87. Paricard, S. (2012), « Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Dr. fam.*, étude 2, p. 13.

> ne sera sans doute pas rapidement saisi d'une QPC et où la Cour européenne reste en retrait, une loi, en France serait utile [88]. »

Dès 2013, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) estimait « nécessaire une refonte de la législation française [89] », elle appelait à une « démédicalisation » et une « déjudiciarisation » partielle des procédures de changement de sexe à l'état civil [90].

Pourtant, avant qu'elle ne soit introduite par voie d'amendement [91], le projet de loi de Modernisation de La Justice du XXI[e] siècle ne contenait aucune disposition abordant la question.

Au cours des débats, le Garde des sceaux, défendra le principe de la judiciarisation de la procédure [92].

Le texte adopté en première lecture était en fort décalage par rapport aux propositions de l'amendement initial, « s'il faisait place à la notion de possession d'état de l'autre sexe, il demeurait ancré dans une approche pathologique de la transidentité et dans une médicalisation des procédures. Après l'échec de la commission mixte paritaire, le projet revenait donc devant le palais Bourbon [93] ».

La loi adoptée le 18 novembre 2016 maintient la compétence de principe du TGI, elle procède, en revanche, à une « démédicalisation » de la procédure et ancre la question dans la possession d'état [94] :

> « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe à l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification [95]. »

La loi précise les trois « critères » qui peuvent conduire à légitimer la demande. Le texte précise que :

88. Larribau-Terneyre, V. (2013), « Transexualisme et couple », *in* Larribau-Terneyre, V. (dir.), *Dossier Transsexualisme et droit de la famille*, Dr. fam., n° 34. Sénat, note Législation Comparée 223, mai 2012. Voir Bruggeman, M. (2010), « Transsexualisme et changement de l'état civil : des évolutions jurisprudentielles à prévoir ? », *Dr. famille*, alerte 50. Granet, F. (1998), « Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les état membres de la CIEC », *Dr. famille*, p. 4.

89. CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, 27 juin 2013, www.cncdh.fr. Décision cadre du Défenseur des droits, MLD-MSP 2016-164, 24 juin 2016, https ://www.defenseurdesdroits.fr, p. 1. Reigné, P. (2013), *JCP*, p. 861.

90. CNCDH, Avis précité, p. 6. la CNCDH publiera un nouveau communiqué le 6 juin 2016, www.cncdh.fr. Lazerges, C. (2016), « Pour une procédure rapide et accessible de modification du genre à l'état civil », RDS, n° 73, p. 663-664.

91. Assemblée nationale, Amendement n° 282 rectifié, article n° 18 quater, 12 mai 2016, http ://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3726/AN/282.asp.

92. Urvoas, J.-J., garde des sceaux, Assemblée nationale, deuxième séance du jeudi 19 mai 2016, modernisation de la justice du XXI[e] siècle, article 18 quater, http ://www.assemblee-nationale.fr.

93. Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 56. Vialla, F. (2016), « État civil (changement de sexe) : "Démédicalisation de la procédure" », *D.*, p. 1561, et *D.,* p. 2351. Moron-Puech, B. (2016), *D.*, p. 2353. Reigné, P. (2016), *JCP G*, p. 2365. Marais, A. (2016), « Le sexe si que je veux, quand je veux ! », *JCP G*, 1164, p. 2010.

94. Fortier, C. (2014), « La question du "transsexualisme" en France, », *CDSA*, Corps et patrimoine, n° 18, p. 283-299, www.bnds.fr, p. 278.

95. C. civ., art. 61-5. Est créée dans le Code civil une Section 2 bis, intitulée « De la modification de la mention du sexe à l'état civil » composée de cinq nouveaux articles de 61-5 à 61-9.

> « 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. »

Ne figure plus dans le texte adopté « le quatrième de ces faits », qui se référait à « l'apparence physique du sexe revendiqué par l'effet d'un ou de plusieurs traitements médicaux » ! Les dispositions de l'article 61-6 [nouveau] du Code civil précisent expressément 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 ».

Après la décision du Conseil constitutionnel [96] le texte est entré en vigueur et a depuis lors fait l'objet d'une première application par la Cour d'appel de Montpellier [97]. Les magistrats montpelliérains apportent une importante précision quant à la preuve de la réalité de la possession d'état du sexe revendiqué. Ils considèrent que la liste des éléments factuels énumérés dans la loi, « n'est ni exhaustive, ni cumulative » : « L'emploi, par le législateur, des termes "Les principaux de ces faits [...] peuvent être" » conduit la Cour d'appel à affirmer que l'intention des parlementaires n'était aucunement d'exiger la présence cumulée des critères énoncés.

La loi de 2016 rompt avec la jurisprudence antérieure, comme l'a justement relevé la Cour EDH [98].

La question se pose alors de savoir si la démédicalisation de la procédure de changement de sexe à l'état civil conduit à remettre en cause la possibilité de réaliser les actes médico-chirurgicaux jusqu'alors exigés ?

Nous ne le pensons pas, le texte conduit simplement à ne plus contraindre la personne transidentitaire à la réassignation. Le consentement à l'acte de « soin » recouvre sa plénitude, là où la jurisprudence conduisait à en priver les personnes souhaitant obtenir un changement « juridique » de sexe. Si la procédure est désormais démédicalisée, cela n'est pas synonyme d'une démédicalisation des parcours transidentitaire, ni non plus la disparition de l'ALD hors catégorie. La démédicalisation réalisée conduit, toutefois, à s'interroger sur ses enjeux, sa logique et sa portée. Il semble bien que l'esprit de la loi soit de circonscrire la démédicalisation à la procédure de changement de la mention de sexe à l'état civil et que ne soit pas remis en cause la possibilité pour les personnes de bénéficier de l'ALD et de solliciter une prise en soin médico-chirurgicale. Le texte permet seulement reconnaître que les situations des personnes transidentitaires ne peuvent être appréhender *in abstracto*, que chaque parcours est unique et

96. Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC. Moron-Puech, B. (2016), « L'homme enceint et le conseil constitutionnel : une rencontre manquée », *RDLF*, chron. n° 28, www.revuedlf.com, et *D.*, 2351 obs. Vialla, F. (2017), *RDS*, n° 76, p. 230.

97. CA Montpellier, 15 mars 2017, n° 16/02291, *RDS* 2017, n° 77, p. 407 et *D.*, 816, obs. Vialla, F.

98. CEDH, 5e ch., 6 avril 2017, n° 79885/12, Moron-Puech, B. (2017), *D.*, p. 994 et s., Vauthier, J.-P. et Vialla, F. (2017), *D.*, p. 1027 et s.

que la volonté et le consentement du sujet doit (re)devenir la pierre angulaire légitimant le recours ou le non recours aux actes médico-chirurgicaux. Notons cependant que le consentement de la personne, s'il est une condition nécessaire à la validité d'un acte médical, n'est pas une condition suffisante [99]. Dès lors face à toute demande de prise en charge, médicale ou chirurgicale, les équipes soignantes s'interrogeront, aujourd'hui comme hier, sur l'existence d'une nécessité médicale pour la personne [100], sur la proportionnalité « bénéficie / risque » des actes envisagés et, bien évidemment sur le caractère libre et éclairé du consentement émis.

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

Ainsi le législateur n'a abordé que très incomplètement la question de la filiation. S'il règle la question pour les enfants nés avant que le parent n'obtienne un changement de la mention de son sexe à l'état civil [101], il demeure curieusement muet pour ceux des enfants qui naîtraient après ! Ce silence gardé, alors qu'est démédicalisée la procédure de changement de sexe n'est pas sans soulever de nombreux problèmes. Une personne ayant, juridiquement, changé de sexe peut engendrer dans son sexe biologique, « au risque de laisser le juge, fort dépourvu quand l'homme enceint sera venu [102] ». La question ne semble pas avoir été abordée au cours des travaux parlementaires et l'on ne peut que s'étonner de cette omission. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas davantage emparé de la question [103], « alors que les "sages" en avaient la possibilité ». Une association avait soulevé la question en usant de la voie de la « porte étroite [104] ».

C'est donc aux juridictions que reviendra la charge de régler ces problèmes de filiation. Ils ont déjà été abordés par le TGI de Montpellier [105]. Deux enfants sont nés au sein d'un couple marié, avant que le mari n'obtienne du TGI de Montpellier, le 3 février 2011, le changement de la mention de son sexe à l'état civil sans que soit exigée la preuve d'une « réassignation » sexuelle. Après le changement de la mention du sexe de l'époux à l'état civil, le couple est demeuré uni et un nouvel enfant est né, « issue des œuvres charnelles des deux épouses ». La filiation de l'enfant est établie, *a matre*, à l'égard de l'épouse accouchée. Pour l'autre « parente », qui est aussi « géniteur », la question est plus délicate. Le « dédoublement de maternité [106] » biologique n'est pas

99. Vialla, F. (2013), « Le principe du consentement », *in* Martinez, E. et Vialla, F. (dir.), *Les grands Avis du Comité Consultatif National d'Ethique*, LGDJ, coll. « Les grandes décisions », p. 129-163.

100. C. civ., art. 16-3.

101. C. civ., article 61-8, créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 à l'article 56 : « La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification. »

102. Marais, A. (2016), « Le sexe si que je veux, quand je veux ! », *JCP G*, 1164, p. 2010. Moron-Puech, B. (2016), « L'homme enceint et le conseil constitutionnel : une rencontre manquée », préc. Paricard, S. (2014), « L'enfant du transsexuel », *in* Zattara-Gros, A.-F. (dir.), *Bioéthique et genre*, LGDJ, coll. « Hors collection », p. 213-226. Vigneau, D. (2013), « Transsexualisme et filiation », *in* Larribau-Terneyre, V. (dir.), *Dossier Transsexualisme et droit de la famille*, Dr. fam., n° 34, p. 15. Vauthier, J.-P. et Vialla, F. (2017), « Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier ? », *D.*, point de vue, p. 1273-1274. Vauthier, J.-P. et Vialla, F. (2017), « Dédoublement de maternité », *RDS*, n° 78, p. 553-557, www.bnds.fr.

103. Cons. const., 17 nov. 2016, préc.

104. Moron-Puech, B. (2016), *RDLF*, préc.

105. TGI de Montpellier, 22 juillet 2016, RG n° 15/05019, Vauthier, J.-P. et Vialla, F. (2017), « Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier ? », *D.*, point de vue, p. 1273-1274. Vauthier, J.-P. et Vialla, F. (2017), « Dédoublement de maternité », *RDS*, n° 78, p. 553-557, www.bnds.fr.

106. Marais, A., art. préc.

à ce jour juridiquement envisageable, seul étant concevable le recours à l'adoption par l'épouse de la mère, solution rejetée par la requérante. Le TGI souligne qu'en l'état du droit positif, le fait que l'enfant soit issu des spermatozoïdes d'une des parentes « ne peut correspondre en droit qu'à une filiation paternelle ». En outre, la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant* ne peut jouer puisque le « géniteur » n'est plus le mari de la mère mais son épouse !

La question se pose alors de savoir si cette position du droit interne porte atteinte aux stipulations de la Convention EDH. La requérante invoque les articles 8 et 14 de la Convention. Comme le souligne M. B. Moron-Puech :

> « Faudra-t-il considérer que, pour des personnes ayant changé la mention de leur sexe à l'état civil, le fait d'engendrer avec leurs gamètes d'origines rendra caduc la décision prononçant le changement de leur sexe [107] ? »

Telle semble l'analyse du TGI, la requérante ayant :

> « [...] par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique [...] fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'elle est désormais reconnue comme une personne de sexe féminin, et elle doit en assumer les conséquences à savoir soit procéder à une reconnaissance de paternité sur l'enfant et revenir dans son sexe masculin d'origine soit engager une procédure d'adoption plénière [...] et rester dans son sexe féminin. »

Le premier terme de cette position nous semble contestable et conduit insidieusement à voir réapparaître l'exigence de stérilisation. L'utilisation des organes sexuels à des fins de procréation peut-elle conduire à remettre en cause la modification de la mention de sexe à l'état civil ? Compte tenu de la position de la Cour EDH vis-à-vis de la condition d'irréversibilité et de stérilisation [108], une telle remise en cause conduirait à une stérilisation « social » des personnes transidentitaires en leur interdisant, sinon toute sexualité, du moins la possibilité d'engendrer.

Si la Cour EDH devait se prononcer elle pourrait relever la responsabilité en la matière du législateur qui, en supprimant la condition du caractère irréversible de la transformation de l'apparence, a créé une situation sans prévoir un cadre normatif permettant de régler les questions de filiation. La Cour, dans cette perspective, pourrait ainsi estimer que l'ingérence n'est « pas prévue par la loi [109] ». Elle pourrait, encore, se placer sur le terrain de la « sécurité juridique [110] ». Assurément existe une base légale interdisant une double filiation maternelle biologique, mais l'évolution initiée par la loi n'est-elle pas insuffisamment précise et prévisible [111] dans ses conséquences ? Cette position permettrait à la Cour de Strasbourg d'éviter de traiter la délicate question de

107. Moron-Puech, B. (2016), *RDLF*, préc.

108. CEDH, 6 avril 2017, préc.

109. Première condition de la conventionnalité d'une ingérence prévue par l'art. 8, § 2 CEDH.

110. Principe « implicite dans la Convention [constituant] l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit » : voir CEDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, n° 24/01/2008, § 78.

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

fond et de renvoyer le soin au législateur de préciser la loi conformément au principe de subsidiarité.

La Cour EDH pourrait aussi adopter une démarche volontariste et imposer une obligation positive, inhérente au respect à l'article 8 de la CEDH, d'établir la filiation biologique conforme au sexe social revendiqué, dès lors que le législateur a ouvert une brèche en supprimant la condition d'irréversibilité et en démédicalisant la procédure. La Cour pourrait à nouveau rappeler, comme dans son arrêt *X. et autres c.* Autriche du 19 février 2013 [112], que :

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

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

Assurément ces questions de filiation relèvent de la compétence du législateur. Celui-ci a créé une situation inextricable en pensant, pourtant, faire œuvre utile. En procédant, à raison, à la démédicalisation du changement de la mention de sexe à l'état civil, sans en envisager toutes les conséquences, « le législateur s'est placé dans une situation "d'incompétence négative [113]" ». Il serait bien inspiré de remettre l'ouvrage sur le métier afin d'achever son brouillon plutôt que de se défausser sur des juges forts démunis.

112. CEDH, 19 fév. 2013, *X. et autres c. Autriche*, § 139 : question de l'adoption coparentale par un couple homosexuel.

113. Marais, A. (2016), « Le sexe si que je veux, quand je veux ! », *JCP G*, 1164, p. 2010.