

# TRANSSEXUALISME, TRANSIDENTITÉ, IDENTITÉ DE GENRE : CHRONIQUE D'UNE ANNÉE TUMULTUEUSE

Par **Sophie PARICARD\***

Cette chronique tend à retracer sur une année l'évolution du droit des personnes et de la famille au regard de la médecine légale à travers un thème. Celui du transsexualisme a été choisi d'abord car cette année fut particulièrement riche et contrastée à son sujet ; mais surtout le débat à son propos apparaît incontournable (1) et pourtant le législateur continue de l'ignorer ouvertement. Situation paradoxale...

Le vocabulaire même évolue sensiblement. Les réflexions ne se situent plus seulement sur le transsexualisme, syndrome médical bien identifié. C'est l'identité de la personne qui est appréhendée au-delà même de tout aspect médical. La transidentité exprime ainsi le décalage que ressentent les personnes entre leur sexe biologique et leur identité psychosociale, et au-delà l'identité de genre renvoie à l'expérience intime de son genre telle qu'elle est vécue par un individu (2).

C'est après vingt ans de silence que la Cour de cassation a finalement rendu des décisions très attendues, le 7 juin 2012 (3) et le 13 février 2013 (4). Cette haute juridiction ne s'y montre pas favorable à l'évolution libérale des conditions du changement de

sexe qui s'était affirmée au sein des juridictions du fond, comme dans beaucoup de législations étrangères. Elle y marque là son hermétisme au débat sur l'identité sexuelle en butte à des juges du fond plus compréhensifs. Ajouté à cela le caractère sibyllin des arrêts, et la jurisprudence française se retrouve aujourd'hui en « équilibre instable » (5), et reste incertaine (I).

C'est finalement le législateur qui, bien malgré lui, a adouci à la marge les conditions du changement de sexe. La condition du célibat du transsexuel qui s'était petit à petit affirmée en effet disparu grâce à l'adoption du mariage pour tous (II).

La question de la transidentité ne cessera cependant de revenir dans le débat surtout à l'heure où le sexe perd de son importance au regard de l'état civil avec le mariage pour tous. C'est en ce sens que la Commission nationale consultative des droits de l'homme lance un appel au législateur en faveur d'une libéralisation forte des conditions du changement de sexe parallèlement à une reconnaissance de l'identité de genre (III) (6).

## I. LES CONDITIONS DU CHANGEMENT DE SEXE : UNE JURISPRUDENCE TOUJOURS INCERTAINE

Les conditions du changement de sexe sont depuis quelques années fluctuantes d'une cour d'appel à l'autre car les magistrats sont profondément divisés sur ce point. Par deux arrêts du 7 juin 2012 (7), dont la

\* Maître de conférences-HDR, Université Toulouse 1-Capitole, Institut de droit privé (EA 1920), CUFR J-F Champollion, Albi.

(1) V. not Ph Reigné, Sexe, genre et état des personnes, JCP 2011, 1140 ; F. Vialla, La transidentité : une jurisprudence en « équilibre instable », *Médecine et Droit*, 2013, 105.

(2) V. CNCDH, avis du 27 juin 2013 sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil.

(3) Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012, 2 arrêts, *D.* 2012, p. 1648, note F. Vialla ; Ph. Reigné, JCP 2012, 753 ; RDS (8) note S. Paricard ; RT 2012, 502, obs. J. Hauser.

(4) Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2013, 2 arrêts, *Dr Famille*, 2013, com. 48, obs. Ph Reigné, F. Vialla, La transidentité : une jurisprudence en « équilibre instable », *Médecine et Droit*, 2013, 105.

(5) F. Vialla, note précitée.

(6) CNCDH, avis du 27 juin 2013 précité, V. Ph Reigné, La CNCDH et la situation des personnes transidentitaires, JCP 2013, 861.

(7) Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 juin 2012 (2 arrêts), précités.

teneur a été en partie confirmée par les deux arrêts du 13 février 2013 (8), la Cour de cassation est intervenue mais il semble que ces arrêts soient inefficaces à unifier la jurisprudence.

#### A. Une jurisprudence divisée

Il y a vingt ans, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, par deux arrêts du 11 décembre 1992, avait autorisé le changement de sexe mais à des conditions strictes, exigeant notamment une réassignation sexuelle totale (c'est-à-dire une ablation des organes génitaux suivie d'une reconstruction des organes sexuels) et une expertise judiciaire.

Entre-temps, des évolutions majeures se sont produites, justifiant un assouplissement des conditions du changement de sexe. Tout d'abord, beaucoup de transsexuels refusent aujourd'hui de subir une expertise judiciaire, la considérant comme une épreuve litigieuse inutile et dégradante. Ensuite, les opérations de réassignation sexuelle sont moins pratiquées. Leur efficacité n'est pas toujours assurée notamment pour la conversion femme-homme, les effets secondaires sont lourds et douloureux. Les transsexuels préfèrent subir des traitements plus légers, moins attentatoires à leur intégrité physique. Le changement de sexe se produit donc en grande majorité grâce à une hormonothérapie, éventuellement suivie d'une ablation des organes génitaux, et toujours accompagnée d'opérations de chirurgie plastique.

Ces évolutions ont rencontré un écho favorable auprès de certains magistrats. L'expertise judiciaire s'est progressivement marginalisée, sous le regard bienveillant de l'IGAS et de la Haute Autorité de Santé (9). Beaucoup d'arrêts se fondent ainsi uniquement sur des éléments médicaux apportés par le demandeur pour accorder le changement de sexe (10). De nombreuses décisions accordent également le changement de sexe sans exiger une réassignation sexuelle totale. L'hormonothérapie accompagnée d'une simple ablation des organes génitaux est considérée comme un traitement suffisant (11). Et, cer-

taines, parmi les plus libérales, se contentent d'une seule hormonothérapie, sans ablation des organes génitaux (12). Le critère retenu par les juges est alors l'irréversibilité du changement de sexe, notion considérée par eux comme essentiellement médicale et dont il suffit en conséquence qu'elle soit attestée par des certificats médicaux. Cette évolution libérale a été confortée par une circulaire du Ministère de la Justice du 14 mai 2010 (13).

Cependant, la jurisprudence n'est pas unifiée (14). Certaines cours d'appel se montrent réticentes à une telle libéralisation et continuent d'exiger la réassignation sexuelle totale (15) ainsi qu'une expertise judiciaire. Cette disparité de traitement a été critiquée par la Haute Autorité de Santé (16) et par la HALDE (17).

(12) Certaines décisions libérales, émanent par exemple de la cour d'appel de Nancy. Cette dernière décide que « la demande de changement d'état civil n'impose pas nécessairement des modifications de nature chirurgicale, telles que la modification ou l'ablation des organes génitaux ou encore de la chirurgie plastique » (CA Nancy, 3 janvier 2011 V. note précédente) et a ainsi autorisé, dans un autre arrêt, le changement de sexe d'une personne ayant seulement subi une hormonothérapie, de quatre ans en l'espèce (CA Nancy, 2 septembre 2011, arrêt n° 11/02099).

(13) « Dans un souci de réalisme, mais aussi d'économie » (car l'expertise est chère et reste souvent à la charge de l'Etat par le biais de l'aide juridictionnelle), le ministère public y était invité à abandonner l'exigence de l'expertise judiciaire et à « donner un avis favorable à la demande de changement d'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 (...) ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux ».

(14) Ph. Reigné, *La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence*, JCP 2011, jurisp, 480, note sous CA Nancy, 3 janvier 2011, CA Paris, 27 janvier 2011.

(15) La cour d'appel de Paris exige par exemple que le transsexuel ait subi « des transformations corporelles irréversibles », suggérant plus loin qu'il s'agit d'opérations de transformation des organes génitaux et de chirurgie plastique (CA Paris, 27 janvier 2011, V. note précédente). Elle considère ainsi comme insuffisant le suivi d'un traitement hormonal de 5 ans. V aussi CA Paris, 23 septembre 2010, *Dictionnaire permanent Bioéthique*, février 2011, p. 8, obs. O. Merger. D'autres cours d'appel, comme la Cour d'appel de Lyon, suggèrent que l'irréversibilité du changement de sexe relèverait seulement d'une opération chirurgicale de réassignation sexuelle réalisée en l'espèce (« la dernière opération chirurgicale subie le 20 avril 2010 rend irréversible la transformation physique, en ce qu'elle a effectué l'ablation des organes génitaux masculins, avec confection d'un néo-vagin »), CA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch, 14 février 2011. Dans le même sens déjà, dans une espèce semblable, CA Lyon, 13 mars 2008. V. aussi la Cour d'appel de Metz qui accepte le changement sans la réassignation sexuelle totale mais en se fondant sur des contre-indications médicales à la réalisation des dernières opérations, CA Metz, 24 mars 2010, 09/01183.

(16) HAS, *Rapport précité*, p. 15.

(17) Cette ancienne autorité avait souligné dans sa délibération du 15 septembre 2008 que « l'examen de la jurisprudence relative aux demandes de changement d'état-civil des personnes transsexuelles, révèle, selon les juridictions, une disparité de traitement dans l'analyse des cas et notamment sur le recours à un expert judiciaire pour établir la réalité d'un syndrome transsexuel ». Elle recommande en conséquence l'instauration d'un dispositif réglementaire ou législatif notamment « en vue d'une harmonisation des pratiques au sein des juridictions ».

(8) Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2013 (2 arrêts), précités.

(9) IGAS, *Evaluation des conditions de prise en charge médicale et sociale des personnes trans et du transsexualisme*, déc. 2011, p. 35 ; HAS, *Rapport sur la prise en charge du transsexualisme*, nov. 2009.

(10) CA Nancy, 3 janvier 2011, Ph. Reigné, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », JCP 2011, jurisp, 480 ; CA Nancy, 2 septembre 2011, arrêt n° 11/02099 ; CA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch, 14 février 2011 ; CA Lyon, 13 mars 2008 ; CA Metz, 24 mars 2010, 09/01183 ; CA Rennes, 7 juillet 2011, S. Paricard, « Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Droit de la famille*, 2012, n°1, p. 13. V. aussi Ph. Roger, « L'avenir de l'expertise judiciaire en matière de transsexualisme », *Experts*, avril 2010, p. 18.

(11) CA Rennes, 7 juin 2011, *Dr famille*, 2012, n°1, p. 13.

Le positionnement de la Cour de cassation sur le sujet était donc très attendu (18). Elle s'est prononcée par deux arrêts de la première chambre civile du 7 juin 2012, qui ne semblent pourtant pas à même de garantir l'unification attendue.

### B. Une tentative d'unification... probablement vouée à l'échec

Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation a décidé que « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence » et semble exiger aux fins de l'établir une expertise judiciaire.

Quant à l'expertise judiciaire, elle ne formule certes pas explicitement son caractère obligatoire, ce qui laisse à penser qu'elle rejoindrait le droit commun de l'expertise civile (19) en vertu duquel « l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge » (20). Il paraît cependant difficile de ne pas y déceler une volonté de redonner une place essentielle à l'expertise judiciaire au détriment du respect de la volonté des personnes transsexuelles de ne pas la subir dans la mesure où une jurisprudence plus libérale s'en est totalement affranchie (21).

Cette interprétation est confortée par l'analyse plus détaillée de l'espèce du premier arrêt. Le traitement médical choisi y est radical, la réassignation sexuelle totale, et le résultat ne peut guère laisser de doute dès lors que des médecins attestent de sa réalisation, ce qui était le cas (22). L'irréversibilité de la transformation de l'apparence semble donc certaine et l'expertise judiciaire n'y apparaît pas nécessaire. Pourtant la Cour de cassation refuse le changement de sexe en relevant le refus de principe du requérant de s'y soumettre.

Il semble donc vraisemblable de considérer que la Cour de cassation affirme sa volonté de replacer l'expertise judiciaire au cœur de la procédure de change-

ment de sexe. Cette position stricte va de pair avec l'appréciation rigoureuse du « caractère irréversible de la transformation de l'apparence », nouveau critère posé par la Cour pour autoriser le changement de sexe, qui semble n'autoriser qu'une réassignation sexuelle totale comme en atteste le second arrêt.

L'hormonothérapie, la voie médicale la plus douce, n'y suffit pas à justifier le changement de sexe. L'hormonothérapie étant insuffisante, c'est logiquement que le transsexuel devra au moins la solution intermédiaire, l'ablation des organes génitaux, au plus la réassignation sexuelle totale, solution la plus vraisemblable au regard du raidissement opéré.

Bien que ces décisions soient sujettes à des interprétations plus positives (23), ces décisions marquent un recul au regard de la protection des transsexuels puisqu'elles semblent désormais les obliger à supporter non seulement les traitements médicaux les plus extrêmes et les plus lourds mais également une expertise judiciaire. Il est cependant peu probable que la jurisprudence s'unifie par la grâce de ces arrêts qui n'emporteront certainement pas l'adhésion de l'ensemble des juges du fond plus sensibles à la question de la transidentité. Les juges du fond ont par le passé déjà fait preuve de leur capacité de résistance à l'égard de la rigueur de la Cour de cassation dans un souci de protection des personnes transsexuelles (24). Et, actuellement, certains tribunaux ont depuis lors rendu des jugements portant les décisions récentes de la Cour de cassation. Le transsexualisme pourrait bien à nouveau devenir un terrain d'affrontement entre la Cour de cassation et les juges du fond en quête d'un adoucissement des conditions du changement de sexe. Adoucissement qui est venu d'ailleurs... sur une autre condition, celle du célibat de la personne transsexuelle.

## II. L'ADOUCCISSEMENT PAR RICOCHET DES CONDITIONS DU CHANGEMENT DE SEXE : LE TRANSEXUEL MARIÉ PEUT DÉSORMAIS CHANGER DE SEXE

Le transsexuel marié avait jusqu'à présent le plus grand mal à le rester. Le célibat s'était petit à petit imposé comme une condition du changement de sexe. La loi du 17 mai 2013 vient incidemment supprimer cette condition de célibat en autorisant deux personnes de même sexe à se marier.

(18) F. Vialla, « Transidentité, en attendant la Cour de cassation », *JCP* 2012, 697.

(19) Voir en ce sens Ph. Reigné, « Le changement de sexe devant la Cour de cassation », *JCP* 2012, 753.

(20) Art. 263 du Code de procédure civile.

(21) En ce sens, F. Vialla, qui relève que « le débat se cristallise donc sur le plan judiciaire autour de l'expertise », « Transsexualisme, l'irréversibilité en question », *D.* 2012, p. 1648.

(22) L'un des certificats établi postérieurement à l'opération indiquait que « la chirurgie de réassignation des organes génitaux externes a été réalisé et est irréversible ».

(23) V. Ph. Reigné, « Le changement de sexe devant la Cour de cassation », *JCP* 2012, 753.

(24) Les juges du fond accueillent favorablement les demandes de changement de sexe alors même que la Cour de cassation se montrait hostile à tout changement de sexe dès lors qu'il était délibéré. V. sur ce point les développements de Michelle Gobert, « Le transsexualisme, fin ou commencement » *JCP* 1988, 3361, n° 6 et s., « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister », *JCP* 1990, 3475, n° 3.

(25) TGI Bobigny, 18 mars 2013, Dr famille, 2013, com 8.

### A. La situation antérieure à la loi

Le fait est là : le changement de sexe d'un transsexuel marié transforme le mariage en une union de deux personnes de même sexe.

La doctrine n'envisageait alors que la disparition du mariage et discutait seulement sur ses modalités, annulation ou caducité (26). La Cour de cassation n'avait pas rendu de décision de principe sur cette question mais la jurisprudence majoritaire faisait du célibat une condition du changement de sexe considérant que « la modification du sexe sur les éléments de l'état civil aboutirait (...) à créer une situation de mariage entre personne de même sexe (...) situation juridique interdite par la loi » (27). Les praticiens encourageaient donc clairement les transsexuels à divorcer avant de demander leur changement de sexe. Une décision récente (28) avait certes autorisé un transsexuel marié à changer de sexe se fondant sur le respect de sa vie privée mais il n'était guère acquis que ce raisonnement convainque l'ensemble des juges du fond.

L'impulsion ne pouvait non plus guère venir de la Cour européenne des droits de l'homme qui a eu l'occasion de rappeler qu'elle laisse les Etats libres de leur décision sur ce sujet considérant que le sort du mariage antérieur du transsexuel relève de leur marge d'appréciation (29).

### B. La loi du 17 mai 2013

La loi du 17 mai 2013 a modifié le Code civil et autorisé deux personnes de même sexe à se marier.

Le fondement du refus du changement de sexe opposé au transsexuel marié, à savoir l'interdiction du mariage homosexuel n'est donc plus opérant. Les réflexions doctrinales relatives à la caducité la nullité du mariage ne le sont plus non plus même si le mariage a eu lieu avant la loi. La caducité tombe en quelque sorte d'elle – même dès lors que la similitude du sexe des époux n'est plus un élément susceptible

d'affecter la validité mariage. La nullité quant à elle n'a jamais été prononcée par les juges notamment en raison du fait qu'elle s'apprécie en principe à la date du mariage et que, ce jour là, les époux étaient de sexe différent. Ce n'est donc certainement pas à l'heure où le mariage homosexuel est valable que les juges vont tordre la notion de nullité pour annuler le mariage antérieur d'un transsexuel. L'ordre public s'accommode en effet incontestablement du changement de sexe de l'un des époux quel qu'en soit le résultat : deux hommes, deux femmes ou même plus classiquement mais c'est une nouvelle possibilité offerte par la loi un homme et une femme (30).

Cette législation rejoint une évolution fondamentale en faveur de la protection de la vie privée. L'exigence de dissolution du mariage a en effet été jugée inconstitutionnelle en Allemagne (31) et en Autriche (32). Ces décisions y « appellent l'Etat à reconnaître qu'il est plus important de protéger tous les individus sans exception contre un divorce imposé par l'Etat que d'avoir quelques rares cas où ce principe conduit à des mariages entre personnes de même sexe ».

C'est aujourd'hui chose faite en France, même si les transsexuels sont restés totalement absents du débat sur le mariage pour tous. Reste à se poser une question : le sexe a-t-il encore sa place dans l'état civil dès lors qu'il ne sert plus à désigner le père et la mère d'un enfant (la loi du 17 mai 2013 y a en effet substitué la notion de parent) ? On rejoint là le débat sur l'identité de genre : le sexe ne serait plus qu'une expérience intime et personnelle.

## II. UN AVENIR POUR L'IDENTITÉ DE GENRE EN FRANCE ?

L'identité de genre n'est pas une question nouvelle mais elle émerge aujourd'hui dans la littérature scientifique et fait l'objet d'une attention particulière des instances internationales protectrices des droits de l'homme. La notion d'identité de genre est ainsi utilisée dans plusieurs textes internationaux émanant tant de l'ONU (Principes de Yogyakarta définis par l'ONU, 2007 ; Rapport du Haut commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies, 2011) que du Conseil de l'Europe (Rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Droits de l'homme et identité de genre, 2009) que de l'Union

(26) Cette discussion est ancienne. V. not avec leurs références J. Hauser, RT 2012, 502 ; F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz 2005, 7<sup>ème</sup> éd., n° 150.

(27) TGI Brest, 15 décembre 2011, JCP 2012, note 189, J. Dubarry ; TGI Besançon, 19 mars 2009, *Dr. fam.* mars 2011, com. 33, Ph. Reigné, RT 2011, 326, obs. J. Hauser. Cependant, quelques décisions avaient admis le changement de sexe alors même que la personne était mariée. Un homme marié avait ainsi obtenu en 1998 son changement de sexe à l'état-civil, ce qui conduisit le tribunal à prononcer le divorce entre deux femmes, TGI Caen, 28 mai 2001, D. 2002, 124, note L. Mauger-Vielpeau.

(28) CA Rennes, 16 octobre 2012, D. 2012, 156, note S. Paricard.

(29) CEDH, 13 nov. 2012, D. 2012, 152, note Marchadier ; V. également CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin et I. c/ Royaume-Uni*, RT 2002, p. 862, obs. Marguénaud ; CEDH, Parry c/ RU, 28 nov. 2006, aff. 42971/05).

(30) Nous sommes en effet dans l'hypothèse où deux personnes de même sexe se marient ensemble et où l'une d'entre elle désire changer de sexe.

(31) Cour constitutionnelle allemande, 27 mai 2008, 10/05.

(32) Cour constitutionnelle autrichienne, 18 juillet 2006, BVerfG, 1BvL 1/04.

Européenne (Directive 2011/95/UE et 2012/29/UE). Selon les principes de Yogyakarta définis par l'ONU, « l'identité de genre fait référence 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 ». Elle repose donc sur le seul sentiment d'identité concrétisé par le comportement que l'individu choisit d'adopter en société. Elle se détache ainsi du seul changement morphologique pour se focaliser sur l'expérience personnelle et permet de protéger tant les personnes ayant subi des traitements médicaux, les transsexuels au sens strict que les personnes dites transgenres dont la morphologie reste différente de leur genre, de leur conviction personnelle.

Alors que la Cour de cassation a fermement rejeté cette notion, la Commission consultative nationale des droits de l'homme appelle à sa consécration et à une très forte libéralisation de la procédure de changement de sexe.

#### A. La Cour de cassation rejette l'identité de genre (Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2013, 2 arrêts)

Si l'identité de genre était consacrée, la rectification de la mention du sexe ne saurait dès lors être subordonnée aux strictes exigences posées par la Cour de cassation. Notamment, comme cela apparaît particulièrement bien dans l'un des deux pourvois ayant donné lieu aux arrêts du 7 février 2013, la preuve de l'existence du syndrome du transsexualisme ne serait plus nécessaire (33). Le genre est en effet beaucoup plus large que le transsexualisme, comme l'expose M. Hammaberg, commissaire aux droits de l'homme près le Conseil de l'Europe, dans son rapport (« Droits de l'homme et identité de genre, oct. 2009). Cette communauté y est décrite comme « d'une grande diversité » comprenant tant les « transsexuels déjà ou pas encore opérés » que « les personnes transgenres qui ont -ou non- subi une intervention chirurgicale ou un traitement hormonal, et aussi des travestis et d'autres personnes qui n'entrent pas strictement dans une catégorie homme ou femme » (34).

La Cour de cassation se trouve bien là face à la revendication d'une identité de genre puisque aucun des deux requérants ne produisaient de certificat médical attestant de l'existence du syndrome du transsexualisme.

(33) Sur cette question voir not. la riche note de F. Violla, *La transidentité : une jurisprudence en « équilibre instable »*, *Médecine et Droit*, 2013, 105 ; V également, *2èmes Assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, dir. J. Mateau, M. Reynier, F. Violla, *Les études hospitalières*, 2010.

(34) Rapport précité, p. 5.

Dans le droit fil de ce raisonnement, comme le développent les deux pourvois, la personne n'aurait pas non plus à apporter « la preuve d'avoir subi un processus irréversible de changement de sexe ». L'identité de genre est en effet hermétique à tout traitement médical imposé à l'intéressé, comme cela ressort bien du rapport précité, puisque le genre dépend uniquement du comportement social adopté. Dès lors la preuve d'un traitement hormonal ou d'une quelconque intervention chirurgicale ou surtout d'une stérilisation ne saurait être exigée et serait même discriminatoire au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme voire attentatoire à la dignité de la personne.

L'un des requérants n'apporte ainsi qu'un certificat précisant simplement qu'il était sous traitement hormonal depuis 2004 sans qu'aucune référence soit faite à l'irréversibilité médicale du traitement. Et l'autre ne prend même pas la peine de produire la preuve d'un quelconque traitement médical se fondant uniquement sur le fait qu'il appartient au sexe opposé à son sexe de naissance aux yeux des tiers.

Les deux pourvois se fondent principalement sur le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 9 du Code civil « qui impliquent le droit de définir son appartenance sexuelle pour obtenir la modification des actes de l'état civil de façon à ce qu'ils reflètent l'identité de genre choisi ».

La Cour rejette les deux pourvois considérant que les conditions qu'elle a posées au changement de sexe, à savoir l'existence d'un syndrome transsexuel et l'irréversibilité du changement de sexe ne portent pas atteinte aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme mais assurent « un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part et la protection de la vie privée d'autre part ».

#### B. La Commission nationale consultative des droits de l'homme y est favorable (avis du 27 juin 2013 du 27 juin 2013 sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil)

Saisie conjointement par le Garde des Sceaux et la Ministre aux droits des femmes dans le cadre du programme d'actions interministérielles contre les violences et discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, la Commission appelle à deux réformes législatives.

Dans un premier temps, elle propose la consécration par la loi de la notion d'identité de genre qui remplacerait l'actuel concept d'« identité sexuelle ». Elle souligne que l'introduction d'une telle notion permettrait non seulement de mettre en accord le droit français avec les textes internationaux mais également de « rectifier une terminologie inadéquate dans la mesure où

elle contribue à alimenter les préjugés qui pèsent sur les personnes transidentitaires ».

Dans un deuxième temps, elle critique sévèrement l'actuelle procédure de changement de sexe, en ne cessant de se fonder sur les principes de Yogyakarta et les rapports précités des Commissaires aux droits de l'homme qui préconisent d'instaurer des procédures rapides et respectueuses de la dignité des personnes transgenres.

Elle dénonce notamment le fait qu'elle « repose en son entier sur une construction jurisprudentielle ce qui contribue à rendre la situation des personnes transidentitaires (...) particulièrement précaire et difficile ». Après avoir critiqué les conditions restrictives posées par la Cour de cassation, elle affirme que « seule une intervention législative serait même d'améliorer la condition des personnes concernées ».

Se prononçant sur le fond, elle préconise la suppression de toute condition médicale et la déjudiciarisation partielle de la procédure de changement de sexe.

La procédure se diviserait en deux temps :

– une déclaration de la personne concernée auprès d'un officier d'état civil avec production d'au moins deux témoignages attestant de la bonne foi du requérant ;

– une homologation par un juge.

La procédure, fondée exclusivement sur la volonté de la personne transidentitaire de changer de sexe et dépourvue de toute condition médicale, consacrerait ainsi l'identité de genre.

L'intérêt principal de cet avis est de susciter un débat en France sur la question de la transidentité. La France ne peut rester à l'écart de la réflexion internationale plus générale sur le genre qui s'est engagée prônant que le sexe de la personne fait partie intégrante de la personnalité de chacun et constitue l'un des aspects les plus fondamentaux de l'autodétermination (35). Elle ne peut ignorer d'une part les recommanda-

tions de l'Onu et du Conseil de l'Europe et d'autre part l'exemple de ses voisins européens. L'Allemagne, la Hollande, la Suède, l'Italie ont été les premiers pays à légiférer. D'autres ont légiféré récemment en matière de transsexualisme (36), comme le Royaume-Uni en 2004 (37), l'Espagne (38) et la Belgique (39) en 2007, le Portugal en 2009 (40), ou l'Argentine en 2012 (41). Les objectifs de ces lois, surtout celles dites de la seconde génération, ont été identiques : simplifier les procédures de changement de sexe afin de « faciliter la vie » (42) des transsexuels et donner la sécurité juridique qui manquait à la matière. La France restera-t-elle encore longtemps silencieuse sur cette question de société qui n'est rien moins que la place du sexe dans l'identité de la personne ?

(35) Rapport du Commissaire aux droits de l'homme *Droits de l'homme et identité de genre*, Conseil de l'Europe, 2009 ; Principes de Yogyakarta ou Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 2007 ; V. Ph. Reigné, *Genre, sexe et état des personnes*, JCP 2011, doctr., 1140.

(36) Ils y ont notamment été incités par l'arrêt *Goodwin* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme exigeant des Etats membres qu'ils admettent la possibilité pour un transsexuel de changer de sexe, CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin et I. c/ Royaume-Uni*, RT 2002, p. 862, obs. Marguénaud.

(37) Gender Recognition Act 2004.

(38) Loi du 15 mars 2007 sur l'identité de genre.

(39) Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, V. J. Pousson-Petit, *Chronique de droit belge, Droit de la famille*, 2007, n°4, étude 12 ; S. Cap, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2009, n° 1, p. 72.

(40) Loi du 15 mars 2011.

(41) Loi du 9 mai 2012 sur l'identité de genre.

(42) Rapport belge fait au nom de la Commission de justice par M. Verherstraeten, cité par S. Cap, art. précit., p. 72.