

Séance du 9 décembre 2019

**Le transsexualisme et le droit.
À propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du
14 novembre 2018**

Annie BIDAULT-LAMBOLEY

Professeur émérite de l'Université de Montpellier

Membre correspondant de l'Académie des Sciences et Lettres de Montpellier

MOTS-CLÉS

Changement de sexe, état civil, filiation, mariage, PMA, transsexualisme, transgenre.

RÉSUMÉ

Au regard du droit, le transsexualisme a soulevé et soulève encore un certain nombre de problèmes visant principalement les conditions et les conséquences du changement de sexe à l'état civil. S'agissant des conditions, l'interdiction, en un premier temps, a été la règle avant que la jurisprudence, sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme, en admette le principe, mais en l'assortissant de conditions strictes que viendra assouplir la loi du 18 novembre 2016, dite « de modernisation de la justice du XXI^e siècle », en démedicalisant la procédure. S'agissant des conséquences, le changement de sexe à l'état civil est, aujourd'hui encore, source de difficultés en raison de la quasi absence de dispositions légales susceptibles de les régler. Ceci est vrai en ce qui concerne aussi bien le couple que les enfants, et en particulier la filiation de ces derniers, ce qu'illustre précisément l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 14 novembre 2018 qui a été le point de départ de la présente étude.

ABSTRACT

From a legal perspective, transsexualism has raised and continues to raise a number of problems, mainly concerning the conditions and consequences of sex reassignment to civil status. With regard to conditions, the prohibition, at first, was the rule before case law, under pressure from the European Court of Human Rights, accepted the principle, but attached strict conditions that will be made more flexible by the law of 18 November 2016, known as the "law on the modernisation of justice in the 21st century", by demedicalising the procedure. With regard to the consequences, sex reassignment to civil status is still a source of difficulty today because of the virtual absence of legal provisions capable of regulating them. This is true for both the couple and the children, and in particular their filiation, which is precisely illustrated by the judgment of the Montpellier Court of Appeal of November 14th, 2018, which was the starting point for this study.

Nota : on trouvera la liste des abréviations en fin d'article

L'idée de traiter du sujet du transsexualisme nous est venue, lorsque nous avons pris connaissance d'un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, en date du 14 novembre

2018, où, dans cette affaire, était en question la filiation d'un enfant né d'un couple marié, après que le mari eut obtenu un changement de sexe à l'état civil. L'homme devenu femme présenta, alors, une demande de transcription, sur l'acte de naissance de l'enfant, d'une double filiation maternelle, ce que refusa le tribunal de grande instance de Montpellier, dans une décision du 22 juillet 2016¹, puis la Cour d'appel de Montpellier dans l'arrêt susvisé, où elle préféra retenir, dans l'intérêt de l'enfant, la notion de « parent biologique »².

Le transsexualisme qui est au cœur de l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier est un phénomène connu depuis l'Antiquité³, mais confondu, pendant longtemps, avec les pathologies sexuelles, jusqu'à son isolement, en 1953, en tant qu'entité clinique, par l'endocrinologue et sexologue américain, Harry BENJAMIN⁴.

La définition que l'on retiendra de ce phénomène est empruntée au rapport de l'urologue, René KUSS, présenté, le 29 juin 1982, à l'Académie de médecine qui en a approuvé les conclusions à l'unanimité. Selon ce rapport, le transsexualisme est « *le sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé, malgré une conformation sans ambiguïté avec le sexe chromosomique* ». C'est aussi un « *besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil* »⁵.

Aujourd'hui, l'appellation de « transsexualisme », telle qu'elle vient d'être définie dans son contenu, tend à laisser place à d'autres dénominations qui ne remettent nullement en cause la notion elle-même. Ainsi parle-t-on, entre autres, de « transgenre » ou de « transidentité », la première expression couvrant les personnes dont l'identité de genre ne correspond pas au genre assigné à la naissance, la seconde, les diverses situations d'une personne qui éprouve le besoin d'adopter le comportement du genre auquel elle s'identifie en contradiction avec son sexe génital. On parle aussi de « dysphorie de genre » qui désigne l'état de malaise lié à la transidentité⁶.

Du point de vue terminologie, il convient aussi de ne pas confondre le transsexualisme avec d'autres notions que sont notamment : l'homosexualité entre individus de même sexe ; le travestissement qui est le besoin pour une personne de se présenter sous les apparences de l'autre sexe dans le but d'éprouver une satisfaction érotique ;

¹ Pour des commentaires de cette décision, v. J. -P. Vauthier et F. Violla, *Mater semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier*, D. 2017, 1373. - X. Labbé, *L'homme qui a accouché d'un enfant*, D. 2018, 1085.

² Sur les premiers commentaires de cet arrêt, v. D. 2018, Act. 2231. - *Gaz. Pal.* 4 déc. 2018, p. 14, note Le Maigat. - J. -R. Binet, *Transsexualisme et filiation : brouillage de (re)pères*, Dr. famille 2018, repère 11. - H. Fulchiron, *Homme mère, femme-père*, Dr. famille 2019, note 6. - P. Le Maigat, *Engendrement transgenre et filiation : ni père, ni mère mais « parent biologique »*, *Gaz. Pal.* 4 déc. 2018, p. 14.

³ Sur l'ancienneté du phénomène, v. F. Violla, *Iphis ou Atalante : La transidentité saisie par le droit*, in *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, Les Études Hospitalières 2010, ss. dir. J. Mateu, M. Reynier, F. Violla, p. 213. - L. Lambert-Garrel, *Le transsexualisme en droit interne*, *ibid.*, p. 178. - L. Mauger-Vielpeau, *Le transsexualisme et le Code civil*, Dr. famille 2005, étude 18, spéc. n° 5.

⁴ En ce sens, M. Gobert, *Le transsexualisme, fin ou commencement ?*, JCP 1988, I, 3361, n° 1. - V. également sur la question, J. Petit, *L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel*, RTD civ. 1976, p. 264.

⁵Rapport Kuss, 29 juin 1982, *Bull. Acad. Nat. Méd.* 1982, n° 6, p. 819.

⁶ Sur ces diverses expressions, v. F. Violla, *Iphis ou Atalante : La transidentité saisie par le droit*, préc. note 3, spéc. p. 221 et 222. - *Le droit français sous influence ? À propos des questions soulevées par la transidentité*, La mondialisation du droit de la santé, Les Études Hospitalières, ss. dir. M. Bélanger, p. 151 s. - Sur la question, v. également, Ph. Reigné, *Sexe, genre et état des personnes*, JCP G 2011, doct. 1140.

l'intersexualité qui est la situation d'une personne dont le sexe ne peut pas être déterminé de façon univoque, l'intersexué étant un sujet chez lequel coexistent des caractères mâles et femelles⁷.

Au regard non plus de la terminologie, mais du droit, l'approche du transsexualisme par le juriste va rencontrer un grand champ d'application en matière de changement de sexe à l'état civil, ce qui n'a rien de surprenant dans la mesure où, pour le transsexuel, c'est là une démarche essentielle pour faire valoir socialement son appartenance au sexe opposé à celui inscrit dans son acte de naissance⁸.

Pour traiter de la question du changement de sexe à l'état civil, qui est au cœur des préoccupations des transsexuels, nous nous proposons d'envisager, en un premier temps, les conditions du changement (1) et, en un second, ses conséquences (2).

1. Les conditions du changement de sexe à l'état civil.

Ce premier point d'approche est particulièrement intéressant car il va permettre de mesurer l'évolution du droit en la matière et le rôle prépondérant de la jurisprudence (1.1), avant que le législateur ne se saisisse de la question à l'occasion de la loi du 18 novembre 2016, dite « de modernisation de la justice du XXI^e siècle »⁹ (1.2).

1.1. Sous l'empire de la jurisprudence antérieure à la loi du 18 novembre 2016

La question des conditions de changement de sexe à l'état civil a donné lieu à une évolution très progressive puisque l'on est passé d'une interdiction quasi absolue à une permissivité relative.

- La première phase, celle de l'**interdiction quasi absolue du changement de sexe**, a été marquée par une très grande sévérité de la Cour de cassation, dont témoignent

⁷ Sur le refus, en pareil cas, de la jurisprudence de créer la notion de « sexe neutre », v. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17. 189, *D.* 2017, 1399, note J. - P. Vauthier et F. Vialla ; - 1404, note B. Moron-Puech ; *RTD civ.* 2017, p. 607, obs. J. Hauser. – M. Gobert, *Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister*, *JCP* 2017, étude 716. – J. -R. Binet, *Sexe neutre : un refus catégorique*, *Dr. famille* 2017, étude 9. – V. allant dans le même sens, CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281, *JCP* 2016, 492, note F. Vialla ; *D.* 2016, 1915, note Ph. Reigné ; *RTD civ.* 2016, p. 318, obs. J. Hauser ; *Dr. famille*, 2016, étude 8, chron. J. -R. Binet ; *AJ famille* 2016, 261, note C. Siffrein-Blanc. – Comp. TGI Tours, 20 août 2015, *D.* 2015, 2295, notr F. Vialla ; *D.* 2016, 918, obs. M. -X. Catto ; *RTD civ.* 2016, p. 77, obs. J. Hauser. Sur la question, v. également, Étude, ss dir. F. Vialla, réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, « *De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil. Étude de l'opportunité d'une réforme* », sept. 2017, p. 52 s. – Plus spécialement sur les enfants présentant des anomalies du développement génital, v. A. Mirkovic, « *L'intérêt de l'enfant en droit de la santé* », in *L'intérêt supérieur de l'enfant*, p. 131, Actes du XXIX^e Colloque National de la Confédération des Juristes Catholiques de France, ss dir. J. -B. d'Onorio, Paris 24-25 nov. 2018, éd. Pierre Téqui, 2019. – Sur le dernier état de la question, v. amendement adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale, le 8 octobre 2019, prévoyant dans un nouvel article 21 bis du projet de loi, une prise en charge sanitaire par une équipe multidisciplinaire des « enfants présentant une variation du développement génital ».

⁸ Sur l'aspect psychosocial du changement de sexe, v. notamment L. Mauger-Vielpeau, étude préc., note 3, spéc. n° 3.

⁹ L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, *JO* 19 nov. 2016. – Cons. Const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC., *JO* 18 nov. 2016, art. 59 à 68.

divers arrêts rendus à partir de 1975¹⁰ et ce, jusqu'en 1990¹¹. À l'époque, la rigueur des juges était fondée sur le double principe de l'indisponibilité de l'état et de son immutabilité pour des raisons de sécurité et de stabilité juridique.

- Une telle rigueur fut condamnée par un arrêt de la **Cour européenne des droits de l'homme** du 25 mars 1992¹² sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne proclamant le droit au respect de la vie privée.

- Après la condamnation de la France par la CEDH, une nouvelle phase s'est ouverte avec le revirement de jurisprudence qu'a été obligée d'opérer la Cour de cassation dans deux **arrêts d'assemblée plénière du 11 décembre 1992**¹³, fondés en droit non seulement sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'application directe en France, mais aussi sur l'article 9 du Code civil disposant que chacun a droit au respect de sa vie privée. Il s'agit, de surcroît, d'une jurisprudence qui tient compte, au plan médical, du « syndrome du transsexualisme », justifiant de la sorte la licéité des interventions chirurgicales nécessaires au changement de sexe, prohibées pendant longtemps par le droit au nom du principe du respect de l'intégrité du corps humain¹⁴.

La levée de l'interdiction du changement de sexe par l'assemblée plénière de la Cour de cassation n'avait pas, pour autant, supprimé tous les obstacles, dans la mesure où la permissivité instituée n'était que relative en raison des **conditions strictes** imposées par les juges. Indissociables les unes des autres, ces conditions, au nombre de cinq, étaient les suivantes : la personne devait présenter « le syndrome du transsexualisme », défini, il est bon de le rappeler, par la présence, aux côtés du sexe chromosomique ou génétique, du sexe morphologique ou anatomique, du sexe hormonal, d'une quatrième dimension, celle du sexe psychologique, voire psychosocial ; la personne devait aussi avoir subi un « traitement médico-chirurgical », ne plus posséder « tous les caractères de son sexe d'origine », avoir « une apparence physique » et un « comportement social » la rapprochant du sexe opposé.

- La rigueur des conditions exigées par l'Assemblée plénière, dans les deux arrêts précités du 11 décembre 1992¹⁵, a, par la suite, donné lieu à un certain nombre de réactions, la plus spectaculaire visant la remise en cause de l'exigence d'une « **réassignation sexuelle chirurgicale** », par ablation des organes génitaux externes et leur remplacement par des organes artificiels du sexe revendiqué. En la matière, on a ainsi pu voir certaines juridictions du fond substituer à cette exigence celle d'« **irréversibilité**

¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1975, *JCP* 1976, II, 18503, note Penneau ; *D.* 1976, 397, note Lindon. – 30 nov. 1983, *JCP* 1984, II, 20222, concl. Sadon, note Penneau ; *D.* 1984, 165, note Edelman. – 3 mars et 31 mars 1987, *JCP* 1988, II, 21000, note Agostini ; *D.* 1987, 445, note Jourdain.

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1990, 4 arrêts, *JCP* 1990, II, 21588, rapport Massip, concl. Flipo ; *RTD civ.* 1991, 289, obs. Hauser.

¹² CEDH, 25 mars 1992, *Botella c/ France*, *JCP* 1992, II, 21955, note Garé ; *D.* 1993, 101, note Marguénaud ; *Defrénois* 1992, art. 35334 et chron. Massip, art. 35332 ; *RTD civ.* 1992, 540, obs. Hauser.

¹³ *JCP* 1993, II, 21991, concl. Jéol, note Mémeteau ; *Defrénois* 1993, art. 35505 et chron. Massip, art. 35502 ; *RTD civ.* 1993, 97, obs. Hauser.

¹⁴ Sur l'obligation pour les transsexuels, jusque dans les années 1980-1981, de se rendre à l'étranger pour être opérés, v. rapport Massip, ss Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1990, préc. note 10. – À relever également la sévérité de la jurisprudence déclarant notamment coupables du délit de blessures volontaires avec circonstances aggravantes deux chirurgiens urologues pour avoir procédé à l'ablation de l'appareil génital externe masculin d'un transsexuel. En ce sens, CA Aix-en-Provence, 23 avr. 1990, *Gaz. Pal.* 1990, 2, 575, note Doucet ; *JCP* 1991, II, 21720, obs. Mémeteau, maintenu par Cass. Crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, n° 232.

¹⁵ Préc. note 13.

des effets du traitement hormonal entrepris »¹⁶, accompagné d'opérations de chirurgie plastique, telles que prothèses mammaires ou chirurgie esthétique du visage. Une telle substitution est aussi celle qu'avait préconisée, notamment, la Haute Autorité de Santé (HAS), dans un rapport de novembre 2009 sur la prise en charge du transsexualisme¹⁷, rapport qui, lui-même, avait été inspiré par la recommandation 1117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, adoptée le 29 septembre 1989¹⁸.

L'assouplissement ainsi préconisé a été repris, l'année suivante, par une **circulaire du garde des Sceaux du 14 mai 2010**¹⁹, où l'on peut lire que « *la jurisprudence de la Cour de cassation remonte à dix-huit ans et qu'il est légitime de prendre en considération l'évolution de la médecine et des traitements hormonaux suivis par les personnes transsexuelles, de telle sorte que le caractère irréversible du processus de changement de sexe pourrait résulter de traitements médico-chirurgicaux sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux* ».

Il faut aussi remarquer que c'est à cette même période que se situe la **dépsychiatriation** du syndrome transsexuel, qu'annonça Mme Roselyne Bachelot, Ministre de la Santé et des Sports, dans un communiqué de presse du 17 mai 2009²⁰, et que réalisa le décret du 8 février 2010²¹ en sortant les « *troubles précoces de l'identité de genre* » de la liste de l'article D. 322-1 du Code de la sécurité sociale visant les affections psychiatriques de longue durée, étant bien précisé que cette déclassification du syndrome ne lui a en rien fait perdre son caractère pathologique et médical puisqu'il reste une affection de longue durée (ALD) avec un taux de remboursement à 100 %²².

- Face aux réactions officielles auxquelles a donné lieu, dans les années 2009-2010, la question des conditions du changement de sexe à l'état civil, on était en droit de se demander quelle serait la position qu'adopterait, à son tour, la jurisprudence si les juges étaient à nouveau saisis du problème. Les premiers à répondre à la question furent les juges du fond et, en particulier, ceux de la **Cour d'appel de Nancy** qui se

¹⁶ En ce sens, v. notamment, CA Rennes, 26 oct. 1998, *D.* 1999, 508, note Friant-Perrot

¹⁷ HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, nov. 2009, p. 35 et 36 et p. 41. - Pour un commentaire des travaux de la HAS sur la question, v. C. Mascaret, *Les aspects juridiques liés à la prise en charge du transsexualisme en France*, *RD san. et soc.* 2008, p. 497.

¹⁸ En ce sens, Ph. Reigné, note ss CA Nancy, 2 sept. 2011, *Dr. famille* 2012, comm. 38.

¹⁹ Circ. DACS n° CIV/07/10, 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, NOR : JUSC1012994C, *BOMJL* n° 2010-03, 31 mai 2010. À propos de cette circulaire, v. notamment F. Vialla, *Iphis ou Atalante : La transidentité saisie par le droit*, préc. note 3, spéc. p. 243 s. ; *Du sexe au genre ?*, *JCP* 2012, Libres propos, 212 ; J. Massip, chron., *Deffrénois* 2010, p. 2020

²⁰ Sur ce communiqué, v. *Rev. Droit et Santé* 2009, n° 32, p. 470, Éditorial, *Un droit en transition*. - F. Vialla, *Prolégomènes sur l'approche juridique de la transidentité*, *Dr. famille* 2013, dossier 13, n° 17.

²¹ D. n° 2010-125, 8 févr. 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, *JO* 10 févr. 2010. - Sur ce décret, v. *Rev. Droit et Santé*, 2010, n° 35, p. 210, Éditorial, *Transition*. - F. Vialla, *Iphis ou Atalante : La transidentité saisie par le droit*, préc. note 3, spéc. p. 240 et 241 ; *Prolégomènes sur l'approche juridique de la transidentité*, dossier préc. ss note 20, n° 17.

²² Sur la question, v. L. Lambert-Garrel, *Le transsexualisme en droit interne*, préc. note 3, spéc. p. 195 et 196. - F. Vialla, *Iphis ou Atalante : La transidentité saisie par le droit*, préc. note 3, spéc. p. 240 et 241 ; *Le droit français sous influence ? À propos des questions soulevées par la transidentité*, préc. note 6, spéc. p. 165. - Sur les interrogations que soulève la question, v. également A. -G. Duvochel, *Transidentité : psychiatriation, médicalisation, une nécessité ?*, in *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, préc. note 3, spéc. p. 197 s.

prononcèrent dans un arrêt du **2 septembre 2011**, non frappé de pourvoi, donc définitif²³. À la différence d'autres plus hésitants²⁴, cet arrêt revêt une importance majeure car il est véritablement le premier à faire application des mesures d'assouplissement prônées notamment par la circulaire précitée²⁵ du 14 mai 2010. Selon cet arrêt, il est, en effet, clairement dit que « *la modification d'état civil n'impose pas nécessairement que soient avérées chez la personne qui la sollicite des transformations de nature chirurgicale et donc une opération de réassignation sexuelle mais que soit établi le caractère irréversible du processus de changement de sexe engagé* ».

Les hauts magistrats de la **Cour de cassation** eurent, à leur tour, l'occasion de se prononcer dans deux arrêts de la **première chambre civile**, en date du **7 juin 2012**²⁶, puis dans deux autres rendus par la même chambre le **13 février 2013**²⁷. Ce qui caractérise les deux premières décisions est un renforcement très net des conditions du changement de sexe, que traduit, entre autres, l'exigence d'une preuve non seulement de la réalité du syndrome transsexuel, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, mais également du caractère irréversible de la transformation de son apparence²⁸. Quant aux deux autres décisions, elles confirment la jurisprudence de 2012, mais tiennent à préciser que les conditions posées par elles ont pour fondement le 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 et du respect du corps humain, d'autre part.

Une telle rigueur que condamna, quelques années plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt en date du 6 avril 2017²⁹, donna lieu également, au

²³ *JCP* 2012, act. 124, obs. Ph. Reigné ; *Dr. famille* 2012, comm. 38, note Ph. Reigné, préc. note 17. À propos de cet arrêt, v. également, F. Violla, *Du sexe au genre ?*, *JCP* 2012, Libres propos, 122.

²⁴ À ce propos, v. Ph. Reignié, *La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence*, *JCP* 2011, 480, note sous CA Nancy, 3 janv. 2011 ; CA Paris, 27 janv. 2011.

²⁵ Préc. note 19.

²⁶ Cass. 1^{re} civ. 7 juin 2012, n° 11-22. 490 ; n° 10-26. 947, *Dr. famille* 2012, comm. 131, note Ph. Reigné ; *D.* 2012, jurispr. p. 1648, note F. Violla ; *RDSS* 2012, p. 880, note S. Paricard ; *RTD civ.* 2012, p. 502, obs. J. Hauser. Sur ces deux arrêts, v. également, Ph. Reigné, *Le changement de sexe devant la Cour de cassation. Le juge, l'expert et l'irréversibilité*, *JCP* 2012, Libres propos, 753.

²⁷ Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2013, n° 11-14. 515 ; n° 12-11. 949, *Dr. famille* 2013, comm. 48, note Ph. Reigné ; *JCP* 2013, veille, 227, obs. Ph. Reignier ; *D.* 2013, 449, obs. A. Gallmeister ; - 1089, obs. J. -J. Lemouland et D. Vigneau ; *RDS* 2013, n° 53, p. 363, obs. F. Violla ; *AJ fam.* 2013, 182, note G. Vial ; *RTD civ.* 2013, p. 344, obs. J. Hauser. – À propos de cet arrêt, v. également, F. Marchadier, *Réflexions sur la démedicalisation du changement d'état des « trans »*. *Perspective de droit européen des droits de l'homme*, Mélanges Gérard Mémeteau, Droit médical et Éthique médicale : regards contemporains, LEH Édition, 2015, vol. II, p. 505.

²⁸ Sur les difficultés de preuve, v. CA Versailles, 22 mars 2012, n° 11/ 03116 ; CA Limoges, 20 mars 2012, n° 10/01188. À propos de ces deux arrêts, v. F. Violla, *Transidentité, en attendant la Cour de cassation*, *JCP* 2012, act. 697.

²⁹ CEDH, 5^e section, 6 avr. 2017, *A. P., Garçon et Nicot c/ France*, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13. À propos de cet arrêt condamnant la France pour violation du droit au respect de la vie privée, au sens où l'entend l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, v. *D.* 2017, 994, point de vue, note B. Moron-Puech ; - 1027, note J. -P. Vauthier et F. Violla ; *AJ fam.* 2017, 299, note F. Viney. – Comp. condamnant la Turquie pour avoir méconnu l'article 8 en subordonnant le changement de sexe à l'infertilité du demandeur, CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, n° 14793/08. Pour des commentaires de cet arrêt, v. *Dr. famille* 2015, comm. 113, note F. Marchadier ; *D.* 2015, 1875, note Ph. Reigné ; *AJ fam.* 2015, 543, note Ph. Reigné ; *JCP* 2015, 845, n° 12, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2015, p. 331, obs. J. -P. Marguenaud ; - p. 349, obs. J. Hauser.

plan interne, à une résistance de plus en plus grande des juridictions du fond³⁰ et à un avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) du 27 juin 2013 relatif à l'identité de genre et à la modification de la mention du sexe à l'état civil, qui prônait, entre autres, la démedicalisation complète et la déjudiciarisation partielle de la procédure de changement d'état civil³¹.

Parallèlement à ces premières réactions, d'autres voix émanant notamment d'auteurs en doctrine³² ou de parlementaires³³ se firent aussi entendre en faveur d'une intervention du législateur en vue d'une simplification de la procédure de changement de sexe à l'état civil. La loi du 18 novembre 2016, dite « de modernisation de la justice du XXI^e », déjà citée³⁴, est venue précisément répondre à ce souhait en insérant au chapitre II du titre II du livre 1^{er} du Code civil une section II bis consacrée à « la modification de la mention du sexe à l'état civil ».

1.2. Sous l'empire de la loi du 18 novembre 2016

Sous l'empire de la loi susvisée et des dispositions nouvelles visant les conditions du changement de sexe à l'état civil³⁵, il faut savoir que ces dernières font aujourd'hui l'objet des articles 61-5 à 61-7 du Code civil et que non prévues dans le projet de loi initial, elles ont été insérées dans le texte, sous l'article 18 quater, à la suite d'un amendement de plusieurs députés³⁶ et d'un sous-amendement du gouvernement³⁷. Il faut aussi rappeler que ces dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel en date du 17 novembre 2016³⁸. Quant à leur

³⁰ En ce sens, TGI Agen, 20 déc. 2012 ; CA Nîmes, 19 févr. 2014 ; CA Paris, 25 mars 2014. À ce propos, v. S. Paricard, *Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions du changement de sexe ?*, *La Revue des droits de l'homme*, 8, 2015, p. 5, § 28 à 32.

³¹ *JO* 31 juill. 2013. Sur cet avis, v. Ph. Reigné, *La CNCDH et la situation des personnes transidentitaires*, *JCP* 2013, Libres propos, 861.

³² V. notamment, S. Paricard, *Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions du changement de sexe ?*, préc. note 30. Du même auteur, v. déjà, *Le transsexualisme, à quand la loi ?*, *Dr. famille* 2012, étude 2.

³³ V. allant en ce sens, la proposition de loi sur la modification de la mention du sexe à l'état civil, déposée à l'Assemblée Nationale par certains députés en 2015 (*AN, prop. de loi n° 3084, 22 sept. 2015*), et à son propos, J. Couard, *Dr. famille* 2015, Repères 72. – Dans le droit antérieur, v. également la proposition de loi Caillavet (*Doc. Senat 9 avril 1982*) « tendant à autoriser les traitements médicochirurgicaux pour les anormalités de la transsexualité et à reconnaître le changement d'état civil des transsexuels », et son propos, L. Mauger-Vielpeau, *Le transsexualisme et le Code civil*, *Dr. famille* 2005, étude 18, spéc. n° 7, note II. – À relever aussi en 2011, la proposition de loi « visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil », présentée par des députés (*AN prop. de loi n° 4127, 22 déc. 2011*). Pour d'autres exemples d'initiatives parlementaires, v. également Recherche, ss dir. L. Hérault, réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, « *État civil de demain et transidentité. Rapport final* » mai 2018, p. 35 s.

³⁴ Note 9

³⁵ Pour des commentaires de ces nouvelles dispositions, v. notamment F. Violla, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil*, *D.* 2016, 2351. – Ph. Reigné, *Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e. À propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016*, *JCP* 2016, 1378. – C. Bernard-Xémard, *La loi du 18 novembre 2016 : un grand pas pour les personnes transgenres ?*, *Dr. famille* 2017, dossier 7. – Pour une analyse approfondie de ces mêmes dispositions, v. également, Recherche réalisée ss dir. de L. Hérault, préc. note 33, p. 36 s.

³⁶ *AN amendement n° 282 rectifié, art. 18 quater, 12 mai 2016*

³⁷ *AN sous-amendement n° 400, art. 18 quater, 19 mai 2016*.

³⁸ Préc. note 9

contenu, elles offrent, au regard du droit, un paysage contrasté dans la mesure où s'agissant des conditions de fond du changement de sexe à l'état civil, le législateur fait preuve d'une grande souplesse, voire même d'un « certain laxisme »³⁹, en démedicalisant le processus et en proposant d'autres critères d'appréciation, alors que s'agissant des conditions de forme ou, si l'on préfère de la procédure à respecter, il entend maintenir la rigueur de la judiciarisation existante.

- S'agissant des **conditions de fond du changement de sexe à l'état civil**, la démedicalisation et la proposition d'autres critères sont des réponses très attendues face à la sévérité de la jurisprudence antérieure⁴⁰.

Quant à la **démedicalisation** du changement de sexe à l'état civil, il convient de préciser que l'adoption d'une telle mesure fut l'un des principaux points de discordance qui, jusqu'au vote définitif de la loi par l'Assemblée Nationale⁴¹, opposa députés et sénateurs. Voulu par les premiers et, avec quelques réticences, par les seconds⁴², la démedicalisation a été officialisée par le nouvel **article 61-6, alinéa 3, du Code civil**, selon lequel « *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* ».

Quant aux **autres critères retenus pour obtenir un changement de sexe**, ils sont visés par le nouvel **article 61-5 du Code civil**. Aux termes de ce texte, « *Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification* » et le texte de poursuivre que « *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*⁴³ ».

Les dispositions ainsi prises méritent une particulière attention, car pour les transsexuels, il s'agit là d'une innovation majeure. La nouveauté, en la matière, tient à l'introduction par le législateur de la notion de **possession d'état du sexe revendiqué**. Fondée sur l'apparence⁴⁴, la notion de possession d'état était jusque-là réservée au droit

³⁹ En ce sens, C. Bernard-Xémard, *La loi du 18 novembre 2016 : un grand pas pour les personnes transgenres ?*, préc. note 35

⁴⁰ Sur cette jurisprudence, v. les arrêts cités notes 26 et 27.

⁴¹ Sur les nombreux débats parlementaires auxquels la question a donné lieu, v. F. Vialla, *Loi de modernisation de la justice du XXI^e : changement de la mention du sexe à l'état civil*, préc. note 35.

⁴² V. notamment *sous-amendement n° 400*, préc. note 37

⁴³ Sur les nouvelles règles de changement de prénoms, telles qu'elles résultent de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préc., modifiant l'article 60 du Code civil, v. Circ. 17 févr. 2017, CIV /01/17 et pour un commentaire du texte, M. Lamarche, *Changement de prénom nouvelle version : mode d'emploi pour les services de l'état civil*, *Dr. famille* 2017, alerte 25. V. également, D. n° 2017-450, 29 mars 2017 relatif aux procédures de changement de prénom et de modification de la mention de sexe à l'état civil : *JO* 31 mars 2017 et à son propos, M. Lamarche, *Changement de prénom... Après la circulaire, le décret*, *Dr. famille* 2017, alerte 34.

⁴⁴ Sur un tel fondement, v. notamment, J. Carbonnier, *Droit civil. La famille. L'enfant et le couple*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 20^e édition refondue, 1999, p. 189. – G. Cornu, *Droit civil. La famille*, *Montchrestien*, coll. Domat droit privé, 9^e éd. 2006, p. 344, n° 205.

de la filiation⁴⁵ et au droit du mariage⁴⁶. Son extension au transsexualisme est marquée par la grande souplesse des règles énoncées qui laissent au juge un large pouvoir d'appréciation.

Outre la liberté de la preuve des éléments de fait attestant de la réalité de la possession d'état du sexe revendiqué⁴⁷, témoigne également de la souplesse des règles, le caractère non exhaustif ni cumulatif de l'énumération légale, que traduit notamment l'expression « Les principaux de ces faits », utilisée par le texte⁴⁸. Une telle interprétation permet, notamment, au juge d'apprécier la demande au vu de documents médicaux fournis par l'intéressé, sans que ne soit, pour autant, remise en cause la démedicalisation du changement de sexe⁴⁹.

En dernière analyse, il convient aussi de préciser que le changement de sexe à l'état civil sera d'autant plus aisé à obtenir que les personnes intéressées n'auront à prouver que les faits justificatifs de la possession d'état et seront dispensées, en l'absence de dispositions légales allant en ce sens, de toute preuve des qualités qu'elle devrait revêtir, telles que son caractère continu, paisible, public et non équivoque, comme l'exige, en matière de filiation, l'article 311-2 du Code civil⁵⁰.

- S'agissant des **conditions de forme du changement de sexe à l'état civil**, ou si l'on préfère, de la procédure à suivre, ce qui caractérise le droit actuel est le maintien formel du principe de judiciarisation que connaissait le droit antérieur. Cela concerne aussi bien le déroulement de la procédure elle-même que ses effets.

Quant au **déroulement de la procédure**, qu'est venu réglementer le décret n° 2017-450 du 29 mars 2017⁵¹, complété par la circulaire du 10 mai 2017 dite « de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil »⁵², la volonté du législateur de ne pas céder aux velléités de certains à ce que la **demande** prenne la forme d'une simple déclaration de l'intéressé, reçue par l'officier de l'état civil, en présence de témoins⁵³, est particulièrement nette dans les nouveaux articles 1055-5 et 1055-7 du Code de procédure civile. Le premier texte consacre la compétence du tribunal de grande instance dans le ressort duquel soit la personne intéressée demeure, soit son acte

⁴⁵ Sur la preuve de la possession d'état en matière de filiation, v. C. civ. art. 311-1, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

⁴⁶ Sur la possession d'état d'époux, v. C. civ., art. 195.

⁴⁷ Pour des exemples de ces éléments de fait, v. Circ. 10 mai 2017, NOR / JUSC1709389C, p. 6.

⁴⁸ V. allant en ce sens, CA Montpellier, 15 mars 2017, n° 16/02291, *Rev Droit et Santé* 2017, n° 77, p. 407 et *D.* 2017, 816, obs. F. Violla.

⁴⁹ En ce sens, Circ. 10 mai 2017, préc. note 47.

⁵⁰ V. à ce propos, C. Bernard-Xémard, *La loi du 18 novembre 2016 : un grand pas pour les personnes transgenres ?*, préc. note 35. – Ph. Reigné, *Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, préc. note 35.

⁵¹ D. relatif aux procédures de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, *JO* 31 mars 2017. Ce décret insère notamment dans le chapitre II du titre 1^{er} du livre III du Code de procédure civile une section II bis, intitulée « La modification de la mention du sexe à l'état civil ».

⁵² *BOMJ* n° 2017-05, 31 mai 2017 - NOR : JUSC1709389C.

⁵³ Sur de telles velléités, v. Avis de la CNCDDH du 27 juin 2013, n° 30, préc. note 31 et commentaire de Ph. Reigné, cité *ibidem*. – V également, à propos des déclarations du garde des Sceaux au cours des débats parlementaires, selon lesquelles l'identité sexuelle ne peut être sujette à l'autodétermination et ne peut reposer sur une simple déclaration de l'intéressé, v. C. Bernard-Xémard, *La loi du 18 novembre 2016 : un grand pas pour les personnes transgenres ?*, préc. note 35, n° 11.

de naissance a été dressé ou transcrit ; le second précise que cette demande est formée par requête remise ou adressée au greffe et que le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. L'instance elle-même relève de la matière gracieuse, ce qui implique que l'affaire soit instruite et débattue en chambre du conseil, après avis du ministère public, et que les décisions soient rendues hors la présence du public⁵⁴.

Quant aux effets de la procédure, ils relèvent principalement du nouvel article 61-7 du Code civil, visant la publicité de la décision de modification du sexe et, le cas échéant, des prénoms. Selon ce texte, à la requête du procureur de la République, il doit être fait mention, en marge de l'acte de naissance de l'intéressé, de la décision ordonnant la modification de la mention du sexe à l'état civil et, le cas échéant, du prénom, lorsqu'elle est devenue définitive⁵⁵, et ce, au plus tard dans le délai de quinze jours.

Objet d'une attention particulière du législateur, à l'occasion de la loi susvisée du 18 novembre 2016, en ce qui concerne les conditions de fond et de forme du changement de sexe à l'état civil, comme cela vient d'être vu, les transsexuels restent, en revanche, les grands oubliés, à une exception près⁵⁶, en ce qui concerne les conséquences de ce changement.

2. Les conséquences du changement de sexe à l'état civil.

En la quasi absence de disposition légales, les conséquences du changement de sexe à l'état civil ont soulevé et soulèvent, aujourd'hui encore, un certain nombre de problèmes qu'illustre précisément l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 14 novembre 2018 qui a été le point de départ de nos réflexions sur le transsexualisme. Les problèmes dont il s'agit intéressent aussi bien le couple (2.1) que les enfants (2.2).

2.1. S'agissant du couple

Les problèmes soulevés par le changement de sexe à l'état civil doivent être envisagés au double regard du droit antérieur à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁵⁷, plus connue sous le nom de loi « Taubira », et du droit actuel.

- **Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 17 mai 2013**, les problèmes étaient différents selon que le changement de sexe était antérieur ou postérieur au mariage.

En cas de **changement antérieur au mariage**, la question précise qui se posait était de savoir si le transsexuel pouvait se prévaloir du droit de se marier. Une telle question reçut une réponse positive de la part de la CEDH dans un arrêt du 11 juillet 2002⁵⁸ condamnant, pour violation de l'article 8 de la Convention EDH énonçant le droit au respect de la vie privée, le Royaume-Uni dont le droit retient, parmi les conditions de

⁵⁴ CPC, art. 1055-8

⁵⁵ Sur l'ouverture des voies de recours au ministère public, v. CPC, art. 1055-6.

⁵⁶ Cette exception, visée par le nouvel article 61-8 du Code civil, concerne l'absence d'effet du changement de sexe sur les filiations établies avant cette modification. Comp., en l'absence de dispositions spéciales, les difficultés que soulève la filiation des enfants nés après le changement de sexe. À ce propos, v. *infra* p. 11.

⁵⁷ JO 18 mai 2013.

⁵⁸ CEDH, gde ch., 11 juill. 2002, *Goodwin c/Royaume-Uni*, n° 28957/95, Dr. famille 2002, comm. 133, note A. Gouttenoire- Cornut ; JCP 2003, I, 101, 1, chron. J. Rubellin-Devichi ; Defrénois 2003, art. 37802, 76, chron. J. Massip ; D. 2003, 2032, note A. -S. Chavent-Leclère ; JCP 2003, I, 109, 8, chron. F. Sudre ; RDSS, 137, 11, obs. F. Moneger.

formation du mariage, le sexe enregistré à la naissance⁵⁹. Selon les juges européens, les transsexuels ne devaient pas être privés du choix de se marier, le critère à prendre désormais en compte pour accéder au mariage n'étant plus le sexe biologique mais le sexe psychosocial⁶⁰.

En cas de **changement postérieur au mariage**, le problème essentiel était celui du maintien du lien conjugal, compte tenu du fait que, désormais, les deux époux étaient de même sexe. Face à une telle situation et, en l'absence de prise de position de la Cour de cassation, les seuls à se prononcer sur la question furent les juges du fond qui explorèrent plusieurs pistes, sans qu'aucun consensus ne se soit vraiment dégagé⁶¹.

La première piste suivie par les juges de première instance, dans un jugement du **tribunal de grande instance de Brest du 15 décembre 2011**⁶², a été de conditionner la demande de changement de sexe à une dissolution du lien matrimonial, le motif invoqué étant que « modifier le sexe mentionné dans l'acte de naissance d'une personne mariée aboutirait, non pas à constater, mais à créer une situation de mariage entre personne de même sexe »⁶³.

La piste ainsi suivie reçut un démenti dans un arrêt de la **Cour d'appel de Rennes du 16 octobre 2012**⁶⁴, infirmant le jugement susvisé du tribunal de grande instance de Brest. Cet arrêt, qui ne conditionnait plus le changement de sexe à la dissolution du mariage, laissait aux deux époux ou à l'un d'eux l'initiative de la survie ou non de leur union pouvant, en ce cas, opter pour le divorce ou l'annulation du mariage, voire même pour sa caducité. Le **divorce** était une solution envisageable pour mettre fin au mariage, qu'il prenne la forme d'un divorce par consentement mutuel ou d'un divorce pour faute. En ce cas, le transsexualisme n'étant pas illégal et constitutif en soi d'une faute, cause de divorce, le conjoint devait apporter la preuve de circonstances particulières entourant aussi bien le changement de sexe lui-même que l'attitude de l'époux après le changement⁶⁵. Quant à l'**annulation du mariage**, il ne pouvait s'agir que d'une action en nullité relative, dans la mesure où, au jour de la célébration, les deux époux étant de sexe différent, l'action en nullité d'ordre public ne pouvait être envisagée. Sous cette réserve, la nullité pouvait être demandée par le conjoint pour erreur sur une qualité

⁵⁹ Comp. pour une interprétation identique, CJCE, 7 janv. 2004, *D.* 2004, 979, note P. Icart ; *Dr. famille* 2004, comm. 62, note A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2004, 166, obs. J. Hauser.

⁶⁰ Sur la question, v. L. Lambert-Garrel, *Le transsexualisme en droit interne*, rapport cité note 3, spéc. p. 192 s. – D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Cours, 3^e éd. 2013, n° 95. – P. Courbe et A. Gouttenoire, *Droit de la famille*, Sirey, coll. Université, 6^e éd., n° 101. – V. Larribau-Terneyre, *Transsexualisme et couple*, *Dr. famille* 2013, dossier 14, spéc. n° 7 à 14.

⁶¹ Sur la qualification de « cacophonie jurisprudentielle », v. V. Larribau-Terneyre, *Transsexualisme et couple*, dossier cité note 60, n° 19.

⁶² Pour des commentaires de cette décision, v. J. Dubarry, *Mariage et transsexualisme : premier temps d'une nouvelle valse-hésitation*, *JCP* 2012, somm. 100. – B. de Boysson, *Rester marié ou changer de sexe ; il faut choisir*, *AJ famille* 2012, 350. – J. Hauser, *RTD civ.* 2013, p. 502.

⁶³ V. allant déjà dans le même sens, TGI Besançon, 19 mars 2009, *Dr. famille* 2011, comm. 33, note Ph. Reigné.

⁶⁴ Pour un commentaire de cet arrêt, v. S. Paricard, *Le sexe et le mariage, nouvelle péripétie (fort pédagogique) à propos du transsexualisme*, *D.* 2013, 156.

⁶⁵ V. allant en ce sens, TGI Caen, 28 mai 2001, *Dr. famille* 2002, comm. 42, note H. Lecuyer ; *D.* 2002, 124, note L. Mauger-Vielpeau ; *RTD civ.* 2002, 274, obs. J. Hauser. – À ce propos, v. également V. Larribau-Terneyre, *Transsexualisme et couple*, dossier cité note 60, n° 27. – Comp. CA Nîmes, 7 juin 2000, considérant que la mutilation subie par le mari pour changer de sexe devait en soi être reconnue comme une faute obligeant le prononcé du divorce à ses torts exclusifs, *Dr. famille* 2001, comm. 4, note H. Lecuyer ; *Petites affiches*, 12 avr. 2001, p. 20, note J. Massip ; *RTD civ.* 2001, 335, obs. J. Hauser.

substantielle, au sens où l'entend l'article 180, alinéa 2, du Code civil, s'il avait été tenu dans l'ignorance du syndrome transsexuel. Quant à la **caducité** qui est un mode de dissolution du mariage pour l'avenir⁶⁶ et qu'auraient pu demander le conjoint ou le procureur de la République, elle fut, pendant longtemps, soutenue par la doctrine⁶⁷ et ne donna lieu à aucune jurisprudence, jusqu'à son rejet par le tribunal de grande instance de Brest dans le jugement précité du 15 décembre 2011⁶⁸.

- **Sous l'empire du droit actuel issu de la loi du 17 mai 2013**, l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe, que formule le nouvel article 143 du Code civil, simplifie la situation des transsexuels dans la mesure où, « par l'effet de ricochet »⁶⁹, leur union peut, désormais, être maintenue, à moins qu'elle ne soit remise en cause dans le cadre d'une procédure de divorce ou d'une action en nullité pour ignorance de la qualité de transsexuel, si le syndrome existait au moment du mariage.

2.2. S'agissant des enfants, et non plus du couple

Les conséquences du changement de sexe à l'état civil soulèvent deux questions, celle de leur procréation, celle de leur filiation.

- **La procréation** dans le cadre des couples composés d'un transsexuel a soulevé et soulève encore la question de leur accès ou non à l'assistance médicale à la procréation.

Sous l'empire du **droit actuel**, tel qu'il résulte des lois de bioéthique qui se sont succédées et, plus particulièrement, de celles du 29 juillet 1994 et 6 août 2004, il convient de rappeler que les techniques de procréation définies par l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique⁷⁰, ne peuvent être mise en œuvre que pour remédier à l'infertilité d'un couple, dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué, ou pour éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité⁷¹. Pour les transsexuels, la question a principalement porté sur leur infertilité et son caractère pathologique et s'est surtout posée avant que la loi précitée du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ne vienne démedicaliser le changement de sexe à l'état civil. Comme l'ont fait remarquer certains auteurs⁷², la réponse à la question posée n'était pas évidente, même si, au regard aussi bien de la pratique médicale que du droit, des solutions positives pouvaient être apportées.

Au regard de la pratique médicale, les médecins, à qui la loi, dans l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique, confère le pouvoir d'apprécier aussi bien

⁶⁶ Plus généralement sur les effets de la caducité en droit des contrats, v. C. civ., art. 1187, créé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme de droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* 11 févr. 2016.

⁶⁷ En ce sens, L. Lambert-Garrel, *Le transsexualisme en droit interne*, rapport cité note 3, spéc. p. 193. – D. Fenouillet, op. cit, n° 95, texte et note 4. – H. Lécuyer, note sous CA Nîmes, 7 juin 2000, cité note 65.

⁶⁸ Sur les motifs du rejet, v. S. Paricard, comm. cité note 40, spéc. p. 158 texte et note 15

⁶⁹ En ce sens, v. V. Larribau-Terneyre, *Transsexualisme et couple*, dossier cité note 60, n° 31 à 35

⁷⁰ Selon ce texte modifié par l'article 31 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, l'AMP s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle.

⁷¹ En ce sens, CSP, art. L. 2141-2, al. 1^{er}, mod. L. n° 2011-814, 7 juill. 2011, art. 33.

⁷² S. Paricard, *Le transsexualisme, à quand la loi ?*, étude citée note 30, spéc. n° 36. – D. Vigneau, *Transsexualisme et filiation*, *Dr famille* 2013, dossier 15, spéc. n° 23.

l'opportunité que la légalité des conditions de mise en œuvre de l'AMP⁷³, se sont montrés enclins à faire droit à la demande d'un couple transsexuel⁷⁴, sous deux réserves. La première supposait qu'ils se réfèrent, non pas au sexe chromosomique, mais au nouveau sexe mentionné sur l'acte de naissance⁷⁵. La seconde réserve supposait, quant à elle, que la demande émane d'un couple où la femme transgenre était devenue homme et réclamait pour sa compagne le bénéfice d'une insémination artificielle avec tiers donneur (IAD)⁷⁶. Aurait, en revanche, été justifié un rejet de la demande dans le cas où l'homme transgenre était devenu femme, car le seul recours possible, en ce cas, aurait été la gestation pour le compte d'autrui (GPA), interdite en France en application de l'article 16-7 du Code civil, issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

Au regard du droit, on a pu aussi se demander si l'infertilité résultant d'une opération chirurgicale, dite de « réassignation sexuelle », ou de traitements hormonaux rendant le changement de sexe irréversible, n'était pas, d'une certaine manière, pathologique dans la mesure où le transsexualisme lui-même était qualifié de « syndrome » et classé, jusqu'au décret précité du 8 février 2010, dans la catégorie des affections psychiatriques de longue durée. Malgré la « dépsychiatriation » du syndrome transsexuel par le décret de 2010, il est permis d'affirmer que cette déclassification ne lui a fait perdre en rien son caractère pathologique et médical puisqu'il reste une affection de longue durée avec un taux de remboursement à 100 %⁷⁷. On remarquera également que la loi précitée du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, en démedicalisant la procédure de changement de sexe à l'état civil, n'exclut nullement la production par la personne concernée d'attestations médicales établissant qu'elle suit un traitement médical ou qu'elle a subi une opération de réassignation sexuelle⁷⁸.

Qu'en sera-t-il de l'accès à l'AMP des personnes transgenres sous l'empire du **droit futur**, tel qu'il résultera de la nouvelle loi de bioéthique ? Ce qu'il est possible de dire pour répondre à cette question est qu'il est fort probable que, si l'on en reste aux votes récents des députés, aussi bien devant la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi qu'à l'occasion de l'examen des articles en séance publique, rien ne devrait changer, par rapport au droit antérieur, pour les personnes transsexuelles et plus spécialement pour les hommes transgenres. Il s'avère, en effet, que, dans un cadre ou dans l'autre, les députés rejeteront, avec l'accord du gouvernement, les divers

⁷³ Sur les pouvoirs d'appréciation du médecin en matière d'AMP, v. notamment B. Feuillet-Le Mintier, *Pouvoir parental et embryon*, in *L'embryon humain. Approche multidisciplinaire* (ss dir. B. Feuillet-Le Mintier), préface A. Kahn, Economica, 1996, p. 214. – Du même auteur, *Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation*, in *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits. Réalités et perspectives*, (ss dir. B. Feuillet-Le Mintier), préface E. Guigou, ministre de la Justice, garde des Sceaux, puf, coll. droit & justice, 1999, p. 197.

⁷⁴ En ce sens, L. Lambert-Garrel, *Le transsexualisme en droit interne français*, rapport cité note 3, spéc. p. 177 s.

⁷⁵ En ce sens, B. Feuillet-Le Mintier, *Les pouvoirs consacrés dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation*, op. cit., p. 204.

⁷⁶ En ce sens, S. Paricard, *Le transsexualisme, à quand la loi ?*, étude citée note 30, spéc. n° 36. – D. Vigneau, *Transsexualisme et filiation*, dossier précité, note 72, spéc. n° 24.

⁷⁷ V. allant en ce sens, F. Violla, *Iphis ou Atalante : la transidentité saisie par le droit*, art. préc., in *Regards croisés sur le genre*, op. cit., spéc. p. 241. – Sur la question, cf. également A. - G. Duvochel, *Transidentité, : psychiatriation, médicalisation, une nécessité ?* : in *Regards croisés sur le genre*, op. cit. p. 197 s.

⁷⁸ En ce sens, Circ. 10 mai 2017, préc. note 47, spéc. p. 6.

amendements tendant à généraliser le droit d'accès à l'AMP des hommes transgenres « par souci de non-discrimination, de cohérence, d'humanité et de responsabilité »⁷⁹.

Outre la question de l'accès des personnes transgenres à l'AMP, il convient aussi de faire remarquer que, depuis la loi susvisée du 18 novembre 2016 démedicalisant le changement de sexe à l'état civil, on risque de voir se multiplier les hypothèses où l'on sera en présence d'hommes transgenres, nés avec un appareil reproductif féminin, qui se retrouveront en capacité de porter un enfant et de le mettre au monde⁸⁰. De la même façon, on pourra aussi être confronté au cas de femmes transgenres qui, ayant conservé leurs attributs masculins, ont pu rendre enceinte leur compagne ou leur épouse, ce qui va être source de difficultés quant à la filiation de l'enfant qui va naître de cette union. De ce problème, il sera précisément question dans les développements qui vont suivre.

- **La filiation** des enfants de transsexuels ne va pas non plus sans poser problème, dans la mesure où la loi précitée du 18 novembre 2016, dans le nouvel article 61-8 du Code civil, ne règle qu'une seule question, celle des **enfants nés avant la modification de la mention du sexe à l'état civil**. Selon le texte, le changement de sexe est sans effet « sur les filiations établies avant cette modification ».

L'absence de dispositions légales visant la filiation des **enfants nés postérieurement au changement de sexe à l'état civil** est d'autant plus regrettable qu'elle peut être source de difficultés depuis la remise en cause de l'exigence d'une « réaffectation sexuelle chirurgicale », dans les années 2009-2010⁸¹, ou la démedicalisation des conditions de changement de sexe, officialisée par la loi de 2016 dans le nouvel article 61-6, alinéa 3, du Code civil⁸². Les difficultés en la matière sont précisément au cœur de l'affaire jugée, en premier degré, par le **tribunal de grande instance de Montpellier**, le **22 juillet 2016**⁸³, et en second, par la **Cour d'appel de Montpellier** dans l'arrêt précité du **14 novembre 2018**⁸⁴.

Les faits, déjà évoqués brièvement⁸⁵, méritent que l'on y revienne. En l'espèce, rappelons-le, il s'agit d'un couple marié qui avait déjà eu deux enfants, avant que sur requête du mari, le tribunal de grande instance de Montpellier, le 3 février 2011, fasse droit à sa demande de changement de sexe à l'état civil, sans avoir exigé une réaffectation sexuelle. Postérieurement à cette décision, le couple continua à entretenir des relations intimes et des « œuvres charnelles des deux épouses »⁸⁶, naquit un nouvel enfant dont la filiation est au cœur du contentieux judiciaire qu'eurent à régler le tribunal de grande instance et la Cour d'appel de Montpellier dans les décisions précitées de 2016 et 2018⁸⁷.

Le problème, en la matière, est venu du fait que l'épouse transsexuelle avait souscrit, devant notaire, le 14 mars 2014, une reconnaissance prénatale de maternité de

⁷⁹ V. allant notamment en ce sens, amendement n° 1153, présenté par M. Y. Favennec Becot devant l'Assemblée Nationale, lors de la première séance du 26 septembre 2019.

⁸⁰ Sur une telle éventualité, v. notamment X. Labbé, *L'homme qui a accouché d'un enfant*, comm. préc., note 1. – Sur l'expression « homme enceint », v. également, D. Vigneau, *Transsexualisme et filiation*, dossier précité, note 72, spéc. n° 31. – S. Paricard, *Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions du changement de sexe ?*, étude citée note 30, spéc. n° 47. – Étude, ss dir. F. Vialla, citée note 7, spéc. p. 76

⁸¹ V. allant en ce sens, Rapport de la HAS, nov. 2009, cité note 17 ; Circulaire du garde des Sceaux, 14 mai 2010, citée note 17.

⁸² V. à ce propos, *supra* p. 8.

⁸³ Cité note 1.

⁸⁴ Cité note 2.

⁸⁵ V. *supra* p. 2.

⁸⁶ En ce sens, J. -P. Vauthier et F. Vialla, *Mater semper certae sunt ?*, comm. préc., note 1.

⁸⁷ V. notes 1 et 2.

l'enfant, puis avait demandé ultérieurement la transcription de cette reconnaissance sur l'acte de naissance dudit enfant, ce qui lui fut refusé par l'officier d'état civil, agissant sur instruction du Parquet. Pour justifier ce refus, il lui avait été opposé que la transcription demandée doterait l'enfant d'une double filiation maternelle, ce que la loi interdirait.

Contestant l'argument, elle assigna le Procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Montpellier qui, par le jugement susvisé du 22 juillet 2016, rejeta sa demande. Ayant régulièrement interjeté appel du jugement devant la Cour d'appel de Montpellier, elle soutenait que son rapport de filiation avec l'enfant ne pouvait être qu'un rapport de filiation maternelle puisqu'elle était devenue femme, n'omettant pas de préciser qu'il s'agissait bien d'une « maternité non gestatrice » qui n'entraîne nullement en conflit avec la maternité gestatrice de son épouse, mais au contraire la complétait.

Confrontée à cette argumentation et compte tenu des circonstances, la Cour d'appel de Montpellier, dans l'arrêt du 14 novembre 2018, confirma le jugement de première instance en ce qu'il avait rejeté la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance de maternité souscrite par l'épouse transgenre. En revanche, la Cour, par substitution de motifs, constata que le lien biologique existant entre l'enfant et celle qui se prétendait être sa mère étant incontestable, il était de « l'intérêt supérieur de l'enfant », au sens où l'entend l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE), de voir ce lien retranscrit sur son acte de naissance, sous la mention de « parent biologique », sans que ce dernier ne soit obligé de revenir à son sexe masculin d'origine, ce qui se serait avéré contraire à son droit au respect de sa vie privée, que consacre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

En l'état actuel de la jurisprudence, on est en droit de s'interroger sur son devenir, compte tenu du fait qu'à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier de 2018, un pourvoi en cassation, dans l'intérêt de la loi, a été formé par le Procureur Général près cette juridiction. Quelle sera la position de la Cour de cassation ? S'inspirera-t-elle des dispositions nouvelles, telles qu'elles résulteront de la future loi de bioéthique, actuellement en cours de discussion, sachant que les dispositions en question sont celles qui, dans l'article 4, modifié, du projet de loi prévoient, en faveur des couples de femmes homosexuelles, qu'elles figureront à égalité dans l'acte de naissance de l'enfant, dès lors qu'elles l'auront prénatalement reconnu par déclaration conjointe devant notaire⁸⁸ ? À ce jour, un doute existe car, si l'on se réfère aux premiers travaux parlementaires devant l'Assemblée Nationale, lors du vote en première lecture du projet de loi, plusieurs amendements tendant à étendre à la filiation transgenre les règles nouvelles de l'article 4, firent l'objet d'un vote défavorable⁸⁹. À défaut d'une telle solution, la Cour de cassation ne pourrait-elle pas alors, dans un arrêt de principe, faire œuvre prétorienne en consolidant la jurisprudence amorcée par la Cour d'appel de Montpellier prenant en compte la notion de « parent biologique » ? Comme le formule un auteur⁹⁰, se construirait alors,

⁸⁸ À relever la solution retenue dans l'article 4-III du projet de loi initial prévoyant une « filiation par déclaration anticipée de volonté », solution que remettra en cause la Chancellerie, par voie d'amendement, lors de l'examen du texte par la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique. V. à ce propos, Rapport n° 2243 du 14 septembre 2019, t. II, p. 385 s.

⁸⁹ V. notamment, l'avis défavorable du Gouvernement à l'amendement n° 2409, présenté par Mme Danièle Obomo, débats AN, 9 oct. 2019, 2^e séance.

⁹⁰ S. Paricard, *L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats combent le silence coupable du législateur*, D. 2019, 110. – À rapprocher, J. -J. Lemouland, *La*

aux côtés de la filiation sexuée, une nouvelle filiation dénué de tout caractère sexué. L'idée ainsi lancée est, selon nous, tout à fait envisageable, dans la mesure où le législateur, dans l'article 13 de la loi Taubira du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁹¹, a, lui-même, prévu de remplacer la formule « père et mère » par celle de « parents », dans les cas où une adaptation législative était nécessaire⁹². Pour l'instant, ce qui est sûr est que rien n'est encore réglé et l'on ne peut, une nouvelle fois, que regretter ce que certains auteurs dénomment « le silence coupable du législateur »⁹³ ou encore son « son incompétence négative »⁹⁴. Au final, la solution ne serait-elle pas que le législateur prenne l'initiative de combler, lui-même, les lacunes de la loi de 2016 ? Une telle initiative, qui a les faveurs de la doctrine, serait, à n'en point douter, l'une des solutions les meilleures pour mettre fin aux incertitudes actuelles.

Pour **conclure** cette communication sur le transsexualisme dont, rappelons-le, l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 14 novembre 2018 a été le prétexte, qu'il nous soit permis de dire que le sujet traité était à la fois complexe et sensible. Sa complexité tenait principalement aux incertitudes que laissa planer le droit pendant longtemps et dont certaines demeurent encore. Quant à son caractère sensible, qui n'a échappé à personne, il tenait essentiellement au fait que les revendications des transsexuels à être reconnus, en tant que tels, par le droit, sont devenues un réel problème sociétal, comme l'était, en son temps, la situation des homosexuels avant que la loi du 15 novembre 1999⁹⁵ ne leur ouvre le droit de conclure un PACS et que la loi Taubira du 17 mai 2013⁹⁶ ne leur reconnaisse le droit au mariage ; problème sociétal que l'on retrouve, aujourd'hui même, dans le cadre de la révision des lois de bioéthique, avec l'accès à la PMA des couples de femmes homosexuelles, et que l'on risque de retrouver demain si, d'aventure, le législateur ouvre la GPA aux couples d'hommes homosexuels. Qu'on le regrette ou non, ainsi va l'évolution actuelle de la société française où chacun cherche à y trouver sa place et n'hésite pas à revendiquer, pour soi, toujours plus de droits au nom de l'incontournable principe d'égalité⁹⁷.

filiation dés sexuée : Nouveau modèle pour la famille de demain ?, in Mélanges C. Neirinck, LexisNexis, 2015, p. 561.

⁹¹ L. n° 2013-404, 17 mai 2013, *JO* 18 mai 2013. Sur la constitutionnalité de la loi et en particulier de l'article 13, v. Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *JO* 18 mai 2013.

⁹² Outre les règles relatives à l'adoption, visées par le nouvel article 6-1 du Code civil, v. également les modifications apportées aux articles 34 et 371-1 du même code, visant respectivement les actes d'état civil et l'autorité parentale. V. allant dans le même sens, les modifications apportées au Code de procédure civile par l'article 1^{er} du décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du code de procédure civile, *JO* 28 mai 2013.

⁹³ S. Paricard, comm. préc., note 90.

⁹⁴ A. Marais, *Le sexe que je veux, quand je veux*, *JCP* 2016, 1164.

⁹⁵ L. n° 99-944 relative au pacte civil de solidarité : *JO* 16 nov. 1999. Sur la constitutionnalité de la loi, v. Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC : *JO* 16 nov. 1999. V. également C. civ., art. 515-1.

⁹⁶ Préc. note 91.

⁹⁷ Sur le caractère sensible du sujet au plan juridique et non plus seulement sociétal, v. à propos du principe d'indisponibilité de l'état civil des personnes transgenres et des atténuations que lui apporte la loi précitée du 18 novembre 2016, dite « de modernisation de la justice du XXI^e siècle, A. Cheynet de Beaupré, « États civils. Inventaire à la Prévert de la disponibilité », in Mélanges B. Teyssié, LexisNexis 2019, p. 447 s. – Sur le même sujet, v. également A. Etiennez – De Sainte Marie, « *Que reste-t-il du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ?* », *ibid.*, p. 467 s.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Act.	Actualité
<i>AJ fam.</i>	<i>Actualité juridique Famille</i>
AMP.....	Assistance médicale à la procréation
AN	Assemblée Nationale
Art.	Article
<i>BOMJL</i>	<i>Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des libertés</i>
Cass. civ.....	Arrêt des chambres civiles de la Cour de cassation
Cass. crim. ...	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ.....	Code civil
CA.....	Cour d'appel
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
CIDE.....	Convention internationale des droits de l'enfant
Circ.	Circulaire
CJCE.....	Cour de Justice des Communautés Européennes
CNCDH	Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl.....	Conclusions
Cons. const...	Conseil constitutionnel
CPC.....	Code de procédure civile
CSP	Code de la santé publique
D.	Décret
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
DACS.....	Direction des affaires civiles et du Sceau
Doc.....	Document
<i>Dr. famille</i>	<i>Droit de la famille</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
GPA	Gestation pour le compte d'autrui
HAS	Haute Autorité de Santé
IAD	Insémination avec tiers donneur
<i>Ibid.</i>	Abréviation du mot « <i>ibidem</i> », signifiant au même endroit
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du Notariat Defrénois</i>
<i>JCP</i>	<i>JurisClasseur périodique (édition générale)</i>
Mod.....	Modifié
Obs.....	Observations
Op. cit.	Ouvrage déjà cité
PACS	Pacte civil de solidarité
PMA.....	Procréation médicalement assistée
Préc.	Précité
Prop. de loi...	Proposition de loi de l'Assemblée Nationale ou du Sénat
<i>RDS</i>	<i>Revue Droit et Santé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
V.	Voir