

LA MUTABILITÉ DE LA MENTION DU SEXE À L'ÉTAT CIVIL

The mutability of the mention of sex in civil status

Aurélia FAUTRÉ-ROBIN

Maître de conférences en droit privé, Directrice du Master droit notarial, Directrice du diplôme supérieur de notariat, Université Clermont Auvergne, Centre Michel de L'Hospital (CMH) UR 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

Mots clés : changement de sexe, état civil, mutabilité, autodétermination, évolution, indisponibilité, personnes intersexuées, filiation, sexe neutre, incarcération, compétition, instabilité.

Keywords: gender reassignment, marital status, mutability, self-determination, evolution, unavailability, intersex persons, filiation, gender neutral, imprisonment, competition, instability.

La question de la mutabilité de la mention du sexe à l'état civil revêt deux aspects : la détermination du sexe et ses conséquences. Il existe aujourd'hui un véritable droit à l'autodétermination du sexe, entre féminin et masculin, toutefois circonscrit dans sa portée. En revanche, le droit interdit l'apposition de la mention « sexe neutre » à l'état civil. Il apparaît aujourd'hui que la mention du sexe à l'état civil est muable.

The question of the mutability of sex registration has two aspects: the determination of sex and its consequences. On one hand, there is a genuine right to self-determination of gender, between male and female, albeit limited in scope. On the other hand, the law prohibits the use of the term "gender-neutral" in civil status documents. Today, it appears that the mention of gender in civil status records is mutable.

*La Revue du Centre Michel de L'Hospital, n° 28, 2024.
DOI : 10.52497/revue-cmh.2872*

Dis-moi quel est ton sexe, je te dirai qui tu es ! L'aphorisme, pourtant concis par hypothèse, pourrait bien refléter assez largement les enjeux posés par la question de la mutabilité de la mention du sexe à l'état civil. Tandis que la première partie de la formule – « dis-moi quel est ton sexe » – interroge la détermination de ce sexe, la seconde – « je te dirai qui tu es » – interroge les finalités de cette détermination. De la jonction de ces éléments, progressivement transformés, est née une mutabilité de la mention du sexe à l'état civil, objet d'inquiétudes tout autant que de revendications. La compréhension de cette mutabilité, au même titre que l'emploi de ce terme, n'est cependant pas aisée, et pour cause. Au commencement, point de définition légale du sexe alors que l'appréhension sexuée des individus dans les textes est relativement importante. Elle est conséquente car si « avoir un sexe, c'est être, au regard du droit, un homme ou une femme [...] c'est également être un père ou une mère, un mari ou une femme¹ » ; dernières qualifications qui, aujourd'hui, n'offrent pas plus de véritables certitudes. L'assurance de ce qu'est juridiquement, sinon un mari, au moins un père ou une mère, n'est plus² et, précisément, la mutabilité de la mention du sexe à l'état civil n'est pas étrangère à la difficulté.

À s'en tenir au Code civil, de multiples articles mentionnent expressément le père et mère ou l'un d'eux. Il en est question s'agissant :

- du mariage³,
- du nom⁴ et du prénom⁵ de leur enfant,
- d'obligation de respect⁶,
- de domiciliation du mineur⁷,
- ou plus largement d'autorité parentale⁸,
- d'obligation alimentaire⁹ ou de subsides¹⁰,
- de responsabilité délictuelle¹¹,

1. Géraldine Delavaquerie, « Vers une disparition du sexe juridique. Regard sur le sexe comme élément de l'état des personnes », *LPA*, n° 48, 7 mars 2018, p. 3, spéc. p. 6.
2. V. Patrice Le Maigat, « “Lost in transition” : entre ignorance et arrogance, le Conseil constitutionnel valide l'interdiction de la PMA pour les hommes transgenres », *Gaz. Pal.*, n° 29, 20 sept. 2022, p. 15.
3. Art. 148 et s. ; Art. 191 C. civ.
4. Art. 311-21 C. civ.
5. Art. 57 C. civ. ; Art. 79-1 C. civ.
6. Art. 371 C. civ.
7. Art. 108-2 C. civ.
8. Art. 372 C. civ. ; Art. 373-1 C. civ. ; Art. 373-2 C. civ., etc.
9. Art. 205 C. civ. ; Art. 211 C. civ.
10. Art. 342 C. civ.
11. Art. 1242 C. civ.

– ou encore de filiation¹²,

bastion s'il en était un, de ces terminologies, même si les termes, tout aussi sexués, de paternité ou de maternité¹³ leur sont parfois préférés. Bien que résiduelle, la référence au mari et à la femme n'a quant à elle pas complètement disparu avec l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Ainsi les témoins appelés pour être présents au testament « pourront être de l'un ou de l'autre sexe, mais le mari et la femme ne pourront être témoins dans le même acte¹⁴ » ; de même que « le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct¹⁵ ». La persistance de ces qualificatifs est surprenante dès lors que, dans le cas présent, l'expression d'époux pourrait aisément y être substituée. Plus encore, il arrive que les références sexuées se cumulent, à l'image du célèbre article 312 du Code civil affirmant que :

L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari¹⁶.

Outre le recours aux notions de père et mère, mari et femme, très ancré dans une dimension familiale, les termes d'homme et de femme sont également usités dans et hors le Code civil. En mettant de côté l'Homme avec un grand H, tel qu'envisagé à l'article 1240 du Code civil, ses occurrences sont, lorsqu'on les déconnecte du statut conjugal, assez discrètes au sein du Code civil¹⁷. Dans les autres Codes, excepté les dispositions liées à la femme enceinte ou ayant accouché¹⁸, cette référence à la femme ou à l'homme tend, majoritairement, à satisfaire deux objectifs. Il s'agit, ou bien d'assurer l'égalité ou la parité entre les sexes¹⁹, ou bien, dans une moindre mesure, de prévoir, au regard du ou des sexes considérés, des dispositions spécifiques. Ainsi,

Une prise en charge sanitaire adaptée à leurs besoins est assurée aux femmes détenues [...] ²⁰.

12. Art. 310-2 C. civ. ; 311-14 et s. C. civ. ; Art. 326 C. civ., etc.

13. Art. 311-17 C. civ. ; Art. 313 à 316 C. civ. ; Art. 325 C. civ., etc.

14. Art. 980 C. civ.

15. Art. 108 C. civ.

16. Encore l'art. 322 du Code civil, etc.

17. Par exemple, il est fait référence à « la femme qui a demandé le secret de son identité lors de l'accouchement » (art. 57. C. civ.) ou au « couple de femmes » qui reconnaît conjointement l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée (art. 342-11 C. civ.).

18. Ex. art. L. 4152-1 Code du trav. (interdiction d'employer les femmes enceintes ou venant d'accoucher pour certains travaux) ; Art. R. 211-1 Code pénitentiaire (droit au respect de la dignité de la femme détenue qui accouche ou subit un examen gynécologique) ; Art. D. 22 et L. 12 *bis*, Code des pensions civiles et militaires de retraite ; Art. L. 111-7 C. assur.

19. Ex. art. D. 719-47-1 Code de l'éducation ; Art. D. 217-1 CASF ; Art. L. 6112-2, D. 1142-16 Code du trav. ; R. 227-1 et s. CSC ; Art. L. 132-2, L. 132-6-1 et L. 132-10 Code général de la fonction publique.

20. Art. L. 322-9 Code pénitentiaire.

Dans le même ordre d'idée, l'hébergement des travailleurs saisonniers requiert des pièces de sommeil²¹ et des sanitaires²² séparés pour les hommes et les femmes, etc. D'autres textes visent expressément, l'« information sur les droits des femmes [...] »²³ ou « les violences faites aux femmes²⁴ ».

Pareille approche sexuée des individus n'est permise que dans la mesure où, préalablement, est organisée l'identification et l'individualisation de chaque personne dans la société. Dualité de fonction assignée à l'état des personnes²⁵ et dont le sexe est, pour l'heure, l'une des composantes²⁶. Le sexe concourt ainsi, au côté d'autres éléments²⁷, à l'élaboration du portrait juridique²⁸ que dessine l'état des personnes et que consigne l'état civil²⁹. Il manifeste toutefois sa spécificité en étant, avec l'âge dans une moindre mesure³⁰, un des rares critères d'identification physique de la personne.

Dire de quelqu'un qu'il est un homme ou une femme permet une représentation mentale de l'individu³¹.

Ce que ne permet pas le nom, ni même le prénom, sauf à renvoyer à une image sexuée de la personne.

Reste que pour assurer opportunément ce rôle d'identification et d'individualisation, les éléments constitutifs de l'état des personnes, dont le sexe, ne sauraient être complètement instables. En refusant d'abandonner l'état des personnes au jeu des

21. Art. R. 716-8 Code rural et de la pêche maritime.

22. Art. R. 716-11 Code rural et de la pêche maritime.

23. Ex. art. D. 217-1 et D. 217-8 CASF.

24. Qu'il s'agisse de l'existence d'un conseil départemental de prévention ou de l'élaboration de programme à cette fin : art. D. 132-6 et s. Code de la sécurité intérieure.

25. V. Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2007, p. 374, v. « État des personnes » ; Anne-Marie Leroyer, « La notion d'état des personnes », in David Bakouche, Martine Behar-Touchais, Jean-Baptiste Bladier, et al., *Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 246, spéc. § 3, p. 249 ; Marc Pichard, « État des personnes », in *Genre et droit : ressources pédagogiques*, Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard et Diane Roman (dir.), Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2016, pp. 27-57 ; Judith Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, 3^e éd., Paris, PUF, coll. « Thémis », 2022, spéc. § 15 et s., p. 47 et s.

26. Jean-Paul Branlard, *Le sexe et l'état des personnes : aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1993, spéc. § 22, p. 16 ; V. Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2007, p. 863, v. « Sexe ».

27. La doctrine ne s'accorde pas toujours sur ces éléments. V. *supra*, propos introductif.

28. D'aucun parle de « l'image juridique de la personne » : Jean-Paul Branlard, *Le sexe et l'état des personnes : aspects historique, sociologique et juridique*, préc., spéc. § 19, p. 15.

29. V. Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2007, p. 376, v. « État civil ».

30. L'âge, à travers la date de naissance, n'offre qu'une fiabilité relative dans la représentation physique des personnes tant les individus peuvent renvoyer une image très différente à un âge identique.

31. Géraldine Delavaquerie, « Vers une disparition du sexe juridique. Regard sur le sexe comme élément de l'état des personnes », préc., spéc. p. 13.

volontés individuelles³², imprévisible et évolutif, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes³³ est assurément au service de cette stabilité. Pourtant, aujourd'hui, il est permis de discuter, sinon de la persistance du principe³⁴, au moins de son efficience concernant certains éléments constitutifs de l'état des personnes. C'est vrai pour la mention relative au sexe. Si l'état des personnes « est désormais sommé de participer à rendre effectif un droit à l'épanouissement personnel³⁵ », alors, à n'en pas douter, les évolutions relatives à cette mention en sont une parfaite traduction. En la matière, la volonté, assise de cet épanouissement personnel, n'a de cesse de se déployer. Acteur désormais incontournable de la détermination de son identité sexuelle, l'individu tend à prendre le contrôle de cette identité³⁶. Partant, la mutabilité, entendue comme le « caractère de ce qui est sujet au changement³⁷ » est patente. Les changements tributaires des volontés de chacun, qui mettent manifestement à mal le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, ne sont toutefois pas les seules causes de mobilité de la mention relative au sexe. La mutabilité de cette mention n'opère ni dans les mêmes proportions, ni pour les mêmes circonstances, qu'il soit question pour un individu de revendiquer l'autre sexe que celui attribué à la naissance ou de revendiquer la neutralité sexuelle. *A priori*, conquise dans la première hypothèse (I), la mutabilité ne serait que perceptible dans la seconde (II).

I. Revendiquer l'autre sexe : une mutabilité conquise ?

La possibilité de changer la mention de son sexe à l'état civil, en revendiquant l'autre sexe que celui attribué à la naissance, est établie. Plus encore, la faisabilité du changement est pour le moins aisée. L'évolution des conditions consacre l'autodétermination et illustre avec force l'affaiblissement du principe d'indisponibilité de l'état des personnes (A). Néanmoins, à ce changement s'attache une portée encore parfois circonscrite. C'est sur ce point que se cristallise actuellement l'essentiel du contentieux. En certaines occasions en effet, la conciliation du changement de sexe à l'état civil,

-
32. V. Rapport présenté devant l'Assemblée plénière par M. Gérard Gelineau-Larrivet, Conseiller à la Cour de cassation et Mme Anne-Élisabeth Crédeville, Conseiller référendaire à la Cour de cassation, à propos de l'arrêt du 11 déc. 1992, in *Rapport de la Cour de cassation 1992*, La Documentation française, p. 67, spéc. p. 96 ; Sophie Le Gac-Pech, « Sexe, preuve et vérité », *LPA*, n° 193, 26 sept. 2012, p. 5.
33. Principe consacré par la jurisprudence : Cass. civ. 1^{re}, 16 déc. 1975, n° 73-10615, *Bull. civ.*, I, n° 374, p. 312 ; *JCP G*, 1976, II, 18503, obs. J. Penneau ; Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1987, n° 84-15691 : *D.*, 1987, p. 445, note P. Jourdain ; Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 1988, n° 86-13698 : *Gaz. Pal.*, 1989, 2, 417, note É. Agostini ; Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1989, n° 87-17111 : *Bull. civ.*, I, n° 189. Le principe se déduit de l'art. 323 du Code civil. C'est dans cette disposition (anc. art. 311-9), que les conseillers à la Cour de cassation estiment exposer le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes : Rapport présenté devant l'Assemblée plénière, préc., spéc. p. 95.
34. La date et le lieu de naissance sont par exemple tenus à l'écart des volontés : V. *supra*, propos introductif.
35. Judith Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, préc., spéc. § 19., 52 p.
36. Nicolas Molfessis, « La fin de l'état civil », édito, *JCP G*, n° 29-33, 2022, p. 896.
37. *Le nouveau Petit Robert*, 2009, p. 1662, v. « Mutabilité ».

pourtant actée, avec d'autres considérations, s'avère délicate voire impossible. Peut-être est-ce là une forme de résistance du principe d'indisponibilité ou, à tout le moins, la survivance de quelques reliques (B).

A. L'autodétermination acquise dans son principe

L'histoire, désormais bien connue, est celle, d'une libéralisation continue. Par une série d'arrêts intervenus entre 1975 et 1990, la Cour de cassation a opposé un refus aux demandes formulées par les transsexuels. Invariable dans son refus, elle avait en revanche rapidement fait évoluer sa motivation. L'argument originel d'opposition qu'avait été justement l'indisponibilité de l'état des personnes³⁸ avait fini par être supplanté par des considérations plus scientifiques que juridiques. Taisant ledit principe, elle évoquait, tour à tour ou cumulativement :

- l'absence de modification du sexe génétique,
- l'insuffisance des considérations d'ordre psychologique ou social,
- le caractère volontaire des traitements réalisés³⁹.

L'abandon du principe d'indisponibilité, vraisemblablement jugé trop peu convaincant face à une forme de fronde des juges du fond⁴⁰, démontrait déjà son affaiblissement. L'évolution aura été inutile puisque, condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme⁴¹, la Cour de cassation a été contrainte de faire droit aux demandes de modification d'état civil⁴², quoiqu'elle se soit efforcée de poser de strictes conditions. Ainsi, non content d'adopter un comportement en adéquation avec le sexe revendiqué, encore fallait-il que le demandeur atteste :

- d'un syndrome transsexuel,
- d'un traitement subi dans un but thérapeutique,
- et d'une perte du sexe anatomique d'origine⁴³.

38. Cass. civ. 1^{re}, 16 déc. 1975, n° 73-10615, préc. ; déjà, v. « TGI Seine », 18 janv. 1965 : *JCP G*, 1965, II, 14421, concl. Fabre.

39. Cass. civ. 1^{re}, 3 et 31 mars 1987 : *D.*, 1987, Juris., p. 445, note P. Jourdain ; Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1988 : *Bull. civ.*, I, n° 176, p. 122 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1989 : *Bull. civ.*, I, n° 189, p. 125 ; Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1990, n° 88-12829, n° 88-12163, n° 12250 et n° 88-15858.

40. V. Rapport présenté devant l'Assemblée plénière, préc., spéc. p. 69.

41. CEDH, *B. c/ France*, 25 mars 1992 : *JCP G*, 1992, II, 21955, note T. Garé.

42. Cass. Ass. Plén., 11 déc. 1992 (pourvoi n° 91-11900) : *Bull. AP*, n° 13, 1992, p. 27 ; *RTD Civ.*, 1993, p. 325, obs. J. Hauser.

43. V. Sophie Le Gac-Pech, « Sexe, preuve et vérité », préc.

En outre, elle exigeait que le caractère thérapeutique du traitement réalisé soit constaté par une expertise judiciaire⁴⁴. Une circulaire⁴⁵ avait bien tenté d'infléchir les exigences de la haute juridiction, recommandant notamment de ne recourir à l'expertise qu'en cas de doute sur la réalité du transsexualisme⁴⁶. La Cour de cassation était demeurée sourde à ces préconisations, estimant probablement qu'il appartenait au législateur d'intervenir. Ce fut chose faite, enfin, avec la loi de 2016⁴⁷. L'autorisation de changement sous étroites conditions s'est alors muée en un véritable droit à l'autodétermination⁴⁸. Désormais, toute personne majeure ou mineure émancipée⁴⁹, peut obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil en démontrant, par une réunion suffisante de faits, que cette mention ne correspond pas au sexe « dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue [...] »⁵⁰. Se présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué et être connu sous ce sexe par son entourage⁵¹ suffit à faire droit au changement, sans que l'absence de traitements médicaux ou chirurgicaux ne puisse fonder un refus⁵². Dernière restriction que ne saurait admettre la Cour européenne des droits de l'homme⁵³. Ce faisant la

44. Cass. Ass. plén., 11 déc. 1992 (pourvoi n° 91-12373).

45. Circ. DACS, 14 mai 2010 : *Defrénois*, 30 oct. 2010, n° 18, p. 2020, Chron. Jacques Massip ; Rép. min. n° 21624 : *JO*, Sénat Q., 29 mars 2012 ; Maryline Bruggeman, « Transsexualisme et identité de genre : retour sur le changement de sexe à l'état civil », *Dr. fam.*, n° 26, mai 2012, p. 4, alertes.

46. Enjoignait aussi au parquet d'émettre des avis favorables aux demandes si des traitements hormonaux, associés le cas échéant à des opérations de chirurgie plastique, ont entraîné un changement irréversible sans exiger pour autant une ablation et une reconstruction des organes génitaux : Circ. DACS, 14 mai 2010, préc.

47. L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 : *JO*, 19 nov. 2016 ; Mélina Douchy-Oudot, « La loi nouvelle est arrivée ! De quelques aspects sur les liens de famille dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e », *JCP G*, n° 48, 2016, p. 2186, 1268. Le décret n° 2017-450 du 29 mars 2017 et la circulaire du 10 mai 2017 (JUSC1709389C) en ont précisé la procédure (art. 1055-5 à 1055-9 CPC).

48. Validé par le Conseil constitutionnel : Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC : Benjamin Moron-Puech, « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée (Cons. Const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle) », *RDLF*, 2016, chron. 28, [En ligne] URL : <https://revuedlf.com/droit-constitutionnel/lhomme-enceint-et-le-conseil-constitutionnel-une-rencontre-manquee-cons-const-17-nov-2016-n-2016-739-dc-loi-de-modernisation-de-la-justice-du-xxie-siecle/> [consulté le 17/01/2024].

49. Pour un arrêt faisant droit à une demande concernant un mineur : CA Chambéry, 25 janv. 2022 (n° 21/01282) : Anne-Marie Leroyer, « Le mineur transgenre : quand la jurisprudence change la loi », *RTD Civ.*, n° 2, 2022, p. 365.

50. Art. 61-5 C. civ.

51. L'art. 61-5 vise encore, sans que les critères mentionnés ne soient cumulativement exigés, l'obtention du changement préalable du prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué. Le critère paraît peu déterminant puisque pareil changement peut être ordonné par le tribunal à l'occasion de la modification de la mention relative au sexe.

52. Art. 61-6 C. civ.

53. CEDH, *Garçon et Nicot c/ France*, 6 avr. 2017 (n°s 79885/12, 52471/13, 52596/13) : Sarajoan Hamou, « La condition de stérilité comme préalable au changement de sexe à l'état civil constitue une violation de la vie privée », *Gaz. Pal.*, n° 24, 4 juill. 2017, p. 93 ; CEDH, *X et Y c/ Roumanie*, 19 janv. 2021 (n° 2145/16, 20607/16) : Anne-Lise Loné-Clément, « Changement d'identité sexuelle : l'exigence

volonté devient autosuffisante⁵⁴. Elle suffit d'autant plus qu'il n'est de contradictoire possible. Qu'est-ce que se comporter comme un homme ou se présenter comme une femme, sauf à s'affirmer comme tel ? Répondre à ces questions, pour soutenir que pareille démonstration n'a pas été faite en l'espèce, est impossible. On ne peut considérer que l'identité sexuelle est subjectivement arrêtée par tout un chacun et, dans le même temps, exiger la démonstration de critères objectifs d'appartenance à un sexe. La mention relative au sexe est à l'évidence tributaire des volontés. Le constat s'impose avec davantage d'acuité que non seulement, aucun délai de possession du sexe revendiqué n'est exigé – contrairement à la possession d'état en droit de la filiation, avec laquelle la comparaison est souvent soutenue⁵⁵ –, mais de surcroît, sans surprise, rien n'interdit dans les textes des retours en arrière, des va-et-vient d'un sexe à l'autre. Soumis aux flottements des ressentis identitaires, le sexe n'est plus voué à s'inscrire dans la durée⁵⁶. La mention relative au sexe devient mobile dans son principe et l'indisponibilité n'est plus, sauf à en trouver une trace à peine perceptible dans le caractère judiciaire de la procédure⁵⁷. Si la « démedicalisation⁵⁸ » de la procédure n'est pas, pour le moment, associée à une déjudiciarisation, c'est principalement dans la portée encore parfois circonscrite du changement obtenu que l'empreinte du principe d'indisponibilité apparaît.

B. L'autodétermination circonscrite dans sa portée

Bien que la volonté ait pu permettre un rattachement juridique à l'autre sexe, la transposition de ce changement à certains aspects de la vie de l'intéressé ne va pas toujours pouvoir se déployer sans heurts. Outre la visibilité du changement de sexe à l'état civil, par son indication en marge de l'acte de naissance du demandeur⁵⁹

d'une intervention chirurgicale de conversion avant la modification de l'état civil emporte violation de l'article 8 CESDH », *Lexbase Droit privé*, n° 851, 21 janv. 2021, [En ligne] URL : <https://www.lexbase.fr/article-juridique/64393421-changement-d-identite-sexuelle-l-exigence-d-une-intervention-chirurgicale-de-conversion-sexuelle-avant-la-modification-de-l-etat-civil-emporte-violation-de-l-article-8-cesdh> [consulté le 17/01/2024].

54. Dans le même sens, v. Pierrette Aufière, Chantal Barousse, « Transsexualisme : des prémices de la jurisprudence aux permissions de la loi », *AJ fam.*, n° 12, 2016, p. 580, spéc. p. 582 et s.
55. Jean Hauser, « Changement de sexe : la possession d'état du sexe opposé », *RTD Civ.*, n° 1, 2017, p. 92 ; Sophie Paricard, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », préc., spéc. p. 585.
56. Sophie Paricard, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », préc., spéc. p. 586.
57. Art. 61-6 al. 1 C. civ.
58. François Vialla, « État civil (changement de sexe) : "démedicalisation" de la procédure », *D.*, n° 27, 2016, p. 1561.
59. Art. 61-7, al. 1^{er} C. civ. Cette visibilité du changement (qui en France ne transparaîtra que lorsque l'acte intégral de naissance doit être fourni) n'est pas vue par la CEDH comme emportant violation de la convention européenne (art. 8 et 14), qui a relevé la nécessité de garantir la fiabilité des actes de l'état civil et « l'importance historique des actes de naissance originaux » (§ 79) : CEDH, *Y. c/ Pologne*,

– pouvant déjà sembler limiter la portée d’un changement qui n’efface pas complètement le sexe d’origine⁶⁰ – certaines situations soulignent les limites d’un changement pourtant juridiquement acté.

La compétition sportive est l’une de ces situations. De plus en plus, les femmes athlètes ayant changé juridiquement, mais non physiquement de sexe, ce que le droit ne les contraint pas de faire, se voient refuser l’accès aux compétitions. Opérant une distinction avec les personnes intersexuées, la Cour européenne paraît justifier cette exclusion par le fait que :

L’avantage dont elles bénéficient est dû à l’inégalité inhérente à leur naissance en tant qu’homme⁶¹.

La formule est obscure. Les femmes intersexuées n’ont-elles pas, elles aussi, une constitution physique initiale qui les avantage ?

La Cour suggère-t-elle que la différence serait que les femmes transgenres ont choisi le changement de sexe contrairement aux femmes intersexes qui n’ont pas choisi leur condition ?⁶²

À dire vrai peu importe. Nul besoin pour ce qui nous concerne de juger de la pertinence d’une telle motivation ou du bien-fondé de cette exclusion au regard de l’équité sportive. Il importe et il suffit d’observer que le fait d’avoir changé la mention de son sexe à l’état civil ne conduit pas toujours à être pleinement assimilé au sexe nouvellement acquis. Plus justement, en matière sportive, ce sont les hommes devenus femmes qui voient la portée de leur changement de sexe circonscrite. La femme devenue juridiquement homme n’est pas objet d’une attention particulière des différentes instances sportives dans la mesure où leur sexe d’origine ne risque pas d’entraîner une concurrence sur le terrain des performances sportives⁶³.

L’incarcération est une autre situation qui atteste de la portée parfois limitée du changement de la mention du sexe à l’état civil, particulièrement lorsque ce changement n’est que juridique. L’arrêt du Conseil d’État du 9 décembre 2021⁶⁴ est à ce titre éclairant. Dans cette affaire, un homme écroué depuis 2012, obtient, en 2021,

17 févr. 2022, n° 74131/14 : Jean-Manuel Larralde, « Protection des actes d’état civil originaux et transsexualité », *LEFP*, n° 4, avr. 2022, p. 2.

60. V. Jean-Manuel Larralde, « Protection des actes d’état civil originaux et transsexualité », préc. ; Jean Hauser, « État civil et transsexualisme : nature juridique de la décision de changement », *RTD Civ.*, n° 1, 2008, p. 78.

61. CEDH, *Semenya c/ Suisse*, 11 juill. 2023 (n° 10934/21), § 198 : Julie Mattiussi, « Discrimination d’une athlète intersexe : la percée des droits humains en milieu sportif », *D.*, n° 32, 2023, p. 1684.

62. Julie Mattiussi, « Discrimination d’une athlète intersexe : la percée des droits humains en milieu sportif », préc., spéc. p. 1687.

63. *Ibid.*

64. CE 9 déc. 2021 (n° 458871) : Annick Bateau, « Changement de sexe et transfert de lieu d’emprisonnement », *LEFP*, n° 2, févr. 2022, p. 2.

la modification de la mention de son sexe à l'état civil tout en conservant ses attributs masculins. Placé à l'isolement depuis cette date, afin d'assurer sa protection, l'intéressé considérait être l'objet d'un traitement inhumain et dégradant et faisait observer que :

Son maintien en établissement pénitentiaire pour hommes méconnaît l'effectivité d'une décision de justice dès lors que son changement d'identité sexuelle a été ordonné par jugement [...] ⁶⁵.

Après avoir rappelé que le profil pénal de l'intéressé ⁶⁶ nécessitait une étude approfondie pour déterminer l'établissement adapté, la haute juridiction administrative avait relevé les mesures arrêtées « aux fins d'assurer une prise en charge de l'intéressé respectueuse de sa dignité et de son identité sexuelle ⁶⁷ ». Elle a constaté qu'il lui est permis :

- de porter des vêtements féminins dans sa cellule,
- d'acheter des produits cosmétiques,
- de bénéficier de promenades sans être au contact d'autres détenus,
- ou encore d'être dispensé de fouilles par palpation.

In fine, la demande, qui visait à remettre en cause l'ordonnance du juge des référés a été rejetée. L'objet restreint de la décision n'empêche pas la mise en exergue de la difficulté à donner de la consistance à un changement de sexe qui ne s'est pas traduit physiquement. À ce propos, et même si l'arrêt n'en fait pas mention, il n'est pas inintéressant de questionner les droits des autres femmes détenues. N'ont-elles pas le droit de ne pas être exposées à la masculinité physique de leur codétenu et celui de préserver leur propre exposition ?

La filiation, qui ne permet rien de moins que le rattachement d'un enfant à ses père et mère, est un autre domaine qui démontre la portée circonscrite du changement de sexe à l'état civil. Privé de caractère rétroactif, ce changement est sans effet sur les filiations établies avant cette modification ⁶⁸. Cela étant, les naissances postérieures à ce changement de la mention du sexe à l'état civil ne garantissent pas toujours un rattachement à l'enfant en conformité avec le sexe nouvellement acquis. Plusieurs arrêts, qui instaurent la cacophonie en droit de la filiation ⁶⁹, prouvent la complexité d'une prise en compte effective du changement de sexe à la lumière des règles du droit de la filiation. Il en est ainsi lorsqu'un homme marié, devenu juridiquement femme

65. *Ibid.*

66. Condamnée pour participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un crime, terrorisme et participation à une bande armée destinée à troubler la sûreté de l'État : CE, 9 déc. 2021, préc. spéc. § 7.

67. *Ibid.*

68. Art. 61-8 C. civ.

69. Aurélia Fautré-Robin, « Encore et toujours la cacophonie en droit de la filiation (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 9 févr. 2022) », *LPA*, n° 5, 5 mai 2022, p. 47.

tout en conservant la fonctionnalité de ses organes masculins, conçoit un nouvel enfant avec son épouse. Face à cette même situation, les juridictions du fond françaises, ont tour à tour retenu :

- la nécessaire adoption plénière de l'enfant⁷⁰ ;
- une déssexualisation de la filiation en indiquant la requérante comme « parent biologique⁷¹ » ;
- l'établissement d'une filiation maternelle au moyen d'une action en reconnaissance judiciaire de maternité, inventée pour l'occasion⁷².

De son côté, la Cour de cassation peine à imposer l'exigence d'une reconnaissance de paternité⁷³, en contradiction avec le sexe nouvellement acquis. Du reste, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas vu dans le refus d'inscrire la filiation de l'enfant en conformité avec le sexe nouvellement acquis, en dépit d'un changement de sexe antérieur à la conception de l'enfant, une violation des dispositions de la convention⁷⁴.

À l'opposé, mais dans un sens défavorable aux revendications de certains, le changement juridique de sexe, est pleinement pris en compte en matière d'accès à l'assistance médicale à la procréation. Exclusivement réservée aux femmes, seules ou en couple⁷⁵, les hommes, anciennement femmes, qui auraient conservé leur capacité à mener une grossesse, ne sauraient y prétendre⁷⁶, sauf à être en couple avec une femme.

Le changement de la mention du sexe à l'état civil n'est, par conséquent, pas totalement opérant dans sa portée. Il en découle une mutabilité de la mention du sexe actée sans être véritablement conquise. Revendiquer la neutralité sexuelle offre un autre angle d'observation quant à la mutabilité de cette mention.

70. TGI Montpellier, 22 juill. 2016, n° 15/05019.

71. CA Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : *JCP G*, 2019, Doctr., 1237, A. Marais.

72. CA Toulouse, 9 févr. 2022, 6^e Ch., n° 20/03128 : Aurélia Fautré-Robin, « Encore et toujours la cacophonie en droit de la filiation (à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 9 février 2022) », préc.

73. Rendu indispensable par l'impossibilité d'établir une double filiation maternelle en dehors des cas expressément prévus par la loi : Cass. civ. 1^{re}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 et 19.11.251 : *AJ fam.*, n° 10, oct. 2020, *Juris.*, p. 534, obs. G. Kessler.

74. V. CEDH, *A.H et a. c/ Allemagne*, 4 avr. 2023 (n° 53568 et 54741/18) : Jean-Jacques Lemouland, « Filiation de l'enfant d'un parent transgenre : l'inscription à l'état civil de la filiation biologique n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme », *LEFP*, n° 5, mai 2023, p. 3.

75. Art. 342-10 C. civ.

76. V. Cons. const., QPC, 8 juill. 2022, n° 2022-1003 : Patrice Le Maigat, « “Lost in transition” : entre ignorance et arrogance, le Conseil constitutionnel valide l'interdiction de la PMA pour les hommes transgenres », préc., [En ligne] URL : <https://www-labase-lextenso-fr.ezproxy.uca.fr/jurisprudence/CONSTEXT000046216459> [consulté le 17/01/2024].

II. Revendiquer la neutralité sexuelle : une mutabilité perceptible ?

Certes, le refus jurisprudentiel du sexe neutre témoigne d'une forme de persistance, voire de résurgence, du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, mais parce que ce refus impose une détermination d'appartenance à un sexe (A), il n'induit pas pour autant une stabilité de la mention du sexe à l'état civil. Tout au contraire, l'impérativité de cette détermination rend perceptible la mutabilité de la mention du sexe (B).

A. L'impérativité d'une détermination

Il y aurait dans le monde, 1,7 % de personnes intersexuées⁷⁷, autrement dit de personnes pour lesquelles le sexe « ne peut pas être déterminé de façon univoque sur le plan biologique⁷⁸ » compte tenu du fait que :

Les marqueurs de la différenciation sexuelle ne sont pas tous clairement masculins ou féminins⁷⁹.

Pourtant, que les individus soient placés dans cette situation spécifique, ou qu'ils se ressentent psychologiquement et socialement comme n'appartenant à aucun des deux sexes, le droit exige une détermination sexuelle que devra énoncer l'acte de naissance de l'enfant⁸⁰. Plus précisément, la Cour de cassation a estimé que la loi française ne permettait pas de faire figurer à l'état civil l'indication d'un sexe autre que féminin ou masculin⁸¹. Selon elle,

La dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur⁸².

Elle avait ajouté que :

La reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination⁸³.

77. Anne Fausto-Sterling, *Sexing the body: gender politics and the construction of sexuality*, New York, Basic Books, 2000, 51 p.

78. François Violla, « Substitution à l'état civil de la mention "sexe neutre" à celle "sexe masculin" », *D.*, n° 39, 2015, p. 2295, spéc. p. 2298.

79. *Ibid.*

80. C. civ. art. 57 ; art. 55.

81. Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-17189 : *AJ fam.*, n° 6, 2017, p. 354, obs. J. Houssier ; *RTD Civ.*, n° 3, 2017, 607, obs. J. Hauser.

82. Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 2017, préc.

83. *Ibid.*

Enfin, pour repousser toute idée d'atteinte disproportionnée au droit à la vie privée du requérant, la Cour de cassation avait approuvé l'appréciation de la cour d'appel selon laquelle le requérant aurait « l'apparence et le comportement social d'une personne de sexe masculin⁸⁴ ». Ce raisonnement par analogie avec le transsexualisme est curieux. À supposer qu'il soit permis de dire comment se comporte un homme ou une femme dans nos sociétés contemporaines occidentales, le requérant pouvait-il avoir le comportement adéquat, c'est-à-dire celui d'un individu qui n'agit ni comme une femme ni comme un homme ? Dit autrement, quelle attitude reflète la neutralité ? Par prudence ou ignorance, les juges français se gardent bien de fournir quelques éléments d'explication.

L'argumentaire a néanmoins emporté la conviction de la Cour européenne des droits de l'homme qui a refusé d'y voir une violation des dispositions de la convention⁸⁵. Choix de société⁸⁶, absence de consensus européen⁸⁷, respect du principe de séparation des pouvoirs⁸⁸ et pertinence du principe d'indisponibilité de l'état des personnes⁸⁹ – considérablement revivifiés – ont pesé davantage que les intérêts protégés du requérant. L'affirmation est au moins vraie pour le moment, la Cour ayant pris soin de rappeler que :

La Convention est un instrument vivant, qui doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles [...]⁹⁰.

Ce refus d'alternative à la binarité des sexes marque les limites d'une volonté individuelle qui ne peut pas tout. Bridée, elle ne peut conduire à l'indication de la mention « sexe neutre » ou « intersexe », tandis que, dans le même temps, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes renaît de ses cendres. Malgré tout, il n'est pas certain que la mention relative au sexe ne soit pas, en pareille hypothèse, fragilisée dans sa stabilité.

84. *Ibid.*

85. CEDH, *Y. c/ France*, 31 janv. 2023, n° 76888/17 : Laurence Brunet et Marie Mesnil, « La bicatégorisation des sexes : une affaire qui mérite un débat d'intérêt général », *AJ fam.*, n° 3, 2023, p. 168 ; Jean-Pierre Marguénaud, « La reconnaissance du sexe neutre : un choix de société relevant d'abord du décideur national », *RTD Civ.*, n° 2, 2023, p. 332.

86. CEDH, *Y. c/ France*, 31 janv. 2023, préc. spéc. § 90.

87. CEDH, *Y. c/ France*, 31 janv. 2023, préc. spéc. § 91.

88. CEDH, *Y. c/ France*, 31 janv. 2023, préc. spéc. § 89 : reconnaître l'existence d'une autre catégorie sexuelle revient « à exercer une fonction normative, qui relève en principe du pouvoir législatif et non du pouvoir judiciaire ».

89. CEDH, *Y. c/ France*, 31 janv. 2023, préc. spéc. § 89.

90. CEDH, *Y. c/ France*, 31 janv. 2023, préc. spéc. § 91.

B. L'instabilité de la détermination

Afin de concilier l'impérativité d'une appartenance à un sexe avec la difficulté éventuelle à identifier ce sexe, non seulement le droit permet que la mention relative au sexe à l'état civil soit différée dans le temps, mais aussi sa rectification ultérieure, dernière possibilité qui ne doit pas être confondue avec un changement de la mention du sexe qui reste possible et est même tout à fait plausible eu égard aux circonstances.

Alors que l'indication du sexe dans l'acte de naissance doit, en principe, se faire dans les cinq jours qui suivent l'accouchement⁹¹, le Code civil prévoit que :

En cas d'impossibilité médicalement constatée de déterminer le sexe de l'enfant au jour de l'établissement de l'acte, le procureur de la République peut autoriser l'officier de l'état civil à ne pas faire figurer immédiatement le sexe sur l'acte de naissance⁹².

Dans ce cas, l'inscription du sexe, « médicalement constaté⁹³ », interviendra à la demande des représentants légaux de l'enfant ou du procureur de la République dans un délai qui ne peut être supérieur à trois mois à compter du jour de la déclaration de naissance⁹⁴. La circulaire du 8 septembre 2023⁹⁵, relative à l'état civil des personnes intersexuées, expose la manière dont l'acte initial omettra la rubrique correspondant au sexe et dont il résulte un sexe en attente.

La mention, laissée vierge un temps, pourra, une fois indiquée, être l'objet d'une rectification s'il s'avère, à la suite de nouvelles constatations médicales, que le sexe retenu ne correspond pas au sexe de la personne⁹⁶. Cette demande judiciaire⁹⁷ de rectification peut être faite à tout âge, pour les mineurs et les majeurs, sans être enfermée dans aucun délai et sans laisser de traces sur la copie de l'acte intégrale⁹⁸. Il convient de relever qu'à aucun moment il n'est prévu de solliciter le consente-

91. C. civ. art. 55 et 57.

92. C. civ. art. 57, al. 2.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. Circ. n° CIV/05/23 du 8 sept. 2023 (JUSC2324169C) : Marie-Xavière Catto, « Personnes intersexuées : la binarité des sexes confortée par les actes d'état civil », *Dalloz Actualité*, 8 nov. 2023, [En ligne] URL : <https://page.hn/im9sqn> [consulté le 17/01/2024].

96. C. civ. art. 99 ; Circ. n° CIV/05/23 du 8 sept. 2023, préc. spéc. p. 5.

97. C. civ. art. 99.

98. Afin de respecter la vie privée des intéressés, le décret n° 2022-290 du 1^{er} mars 2022 (JO n° 0051 du 2 mars 2022), [En ligne] URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/jo/2022/03/02/0051> [consulté le 17/01/2024], a étendu les cas dans lesquels les copies intégrales ne font plus apparaître, sauf autorisation du procureur, la mention de rectification pour les personnes présentant une variation du développement génital. La circulaire de 2023 (préc.) précise que cette disposition concerne aussi bien la mention du sexe portée en marge de l'acte de naissance dans le délai de trois mois en application de l'art. 57 du Code civil, que la rectification de la mention ordonnée sur le fondement de l'art. 99. L'officier de l'état civil doit « intégrer le sexe de l'enfant [...] dans le corps de l'acte et supprimer visuellement les mentions marginales correspondantes » (Circ. n° CIV/05/23 du 8 sept. 2023, préc. spéc. p. 7).

ment de l'intéressé durant sa minorité et ce, quel que soit son âge. La démarche des titulaires de l'autorité parentale, sur constatation médicale, suffit⁹⁹. L'enfant, dont l'intérêt supérieur est garanti et qui doit pouvoir exprimer ses opinions sur ce qui le concerne¹⁰⁰, n'est pas partie prenante. Il ne consent pas¹⁰¹ car l'indétermination du sexe est réglée en droit français non en permettant un libre choix, mais par la manifestation d'un constat qui ne peut-être que médical. Le « "vrai sexe" est présupposé¹⁰² », aux médecins de le trouver ! Par la suite, si ce constat médical ne correspond pas au ressenti de l'intéressé, alors point de rectification possible. Il faudra en passer par la procédure en changement de la mention du sexe à l'état civil¹⁰³. La Cour européenne des droits de l'homme pourrait voir dans cette approche un motif de sanction. Il est une chose de refuser la neutralité sexuelle, il en est une autre d'imposer, en situation de doute, un caractère sexuel sans y associer l'intéressé capable de discernement¹⁰⁴.

Pour l'essentiel les volontés sont donc tenues à distance lorsque le sexe est difficile à déterminer, non seulement parce que cette détermination relève bien plus de l'observation médicale que d'une manifestation de volonté, mais aussi parce qu'elle est enfermée dans deux options uniques : féminin ou masculin. La mention de ce sexe à l'état civil n'en demeure pas moins instable. Nonobstant les risques sérieux de demande de changement ultérieur, puisqu'en dépit des difficultés à identifier le sexe, celui-ci a été arrêté, voire rectifié, en marge des volontés du principal intéressé, la mention relative au sexe est laissée vide, avant d'être complétée, puis possiblement rectifiée de façon invisible, étant précisé que les textes ne limitent pas le nombre de rectifications éventuelles.

Mention différée, mention rectifiée et mention objet de demande de changement abandonnées aux volontés, il est peu de dire que la mention du sexe à l'état civil est muable. Qu'il faille ou non le regretter, nul n'en sera surpris. Après tout, la flexibilité caractérise le droit contemporain lui-même. Mais alors, à chacun son sexe à chacun son droit, devient difficilement opérant et doit être repensé, à commencer par la sanction des violences ou de la discrimination sexiste car si sexe tu n'as pas, discriminé sur ce critère tu ne peux être.

99. C. civ. art. 99 ; Circ. n° CIV/05/23 du 8 sept. 2023, préc.

100. Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 29 nov. 1989 : art. 3 et 12.

101. Contrairement à ce qui est prévu pour sa prise en charge thérapeutique, ou absence de prise en charge, qui requiert systématiquement le consentement du mineur apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision : art. L. 2131-6, al. 3 CSP.

102. Marie-Xavière Catto, « Personnes intersexuées : la binarité des sexes confortée par les actes d'état civil », préc.

103. *Ibid.*

104. Se réfugier derrière l'art. 371 du Code civil serait, semble-t-il inutile, dès lors qu'à la lecture de l'art. 99 du même Code, il n'y a qu'une constatation médicale de contradiction qui est susceptible de conduire à une rectification.