

Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité

Corinne FORTIER

Anthropologue et psychologue

Chargée de recherche au C.N.R.S., Paris

Laboratoire d'Anthropologie Sociale (C.N.R.S.-E.H.E.S.S.- Collège de France)

Laurence BRUNET

Juriste

Chercheuse associée au Centre « Droit, sciences et techniques »,

U.M.R. 8103, Université de Paris 1

« Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre. »

(Principes dits « de Jogjakarta » du 26 mai 2007)¹

Chapitre I

Point de vue anthropologique – Vers une démedicalisation du transsexualisme et une reconnaissance sociojuridique de la transidentité² ?

Section 1

Identité sexuée et transidentité

§ 1. Introduction : de la nécessité de distinguer sexe, genre et identité sexuée

Nos recherches anthropologiques auprès de personnes trans nous ont appris qu'il est vain de vouloir distinguer nettement les catégories de travestis, de transgenres et de transsexuels, dans la mesure où ces catégories sont poreuses

¹ <http://www.yogyakartaprinciples.org/index.php?lang=fr>.

² Par Corinne Fortier.

et se recoupent, et que toutes ces personnes partagent un dénominateur commun fondamental, qui est celui de la transidentité, soit le fait de vivre socialement dans une identité sexuée qui ne correspond pas à leur sexe de naissance figurant sur l'état civil, que ces personnes soient hormonées (transgenres au sens strict) ou non (travesties au sens strict) ou opérées (transsexuelles au sens strict) ou non.

Notre expérience recoupe, de ce point de vue, celle de l'auteur californien qu'est Pat Califia, mais non celle de certains psychiatres ou juges qui persistent à vouloir distinguer « les vrais transsexuels », « des transgenres » ou « travestis » : « ... il y a un tel chevauchement entre les deux identités et comportements qu'il est souvent difficile de séparer le travesti du transsexuel ; en fait, les gens de la communauté transgenre sont souvent eux-mêmes perdus sur ce point, et à différents moments de leur vie peuvent se dire travestis ou transsexuels »³.

Le terme de transidentité contient la notion d'identité qui est au cœur de la problématique trans. Cette identité, nous l'appellerons l'« identité sexuée ». Nous n'emploierons pas le terme d'« identité sexuelle » qui est parfois usité, car celui-ci tendrait à se confondre avec l'orientation sexuelle, qui correspond au fait de se définir comme homosexuel, hétérosexuel, bisexuel. Le terme d'« identité sexuée » que nous utilisons renvoie plus précisément au « sexué », soit au corps sexué de la personne. Ce terme se rapporte aussi au « sexuel », au sens psychanalytique, soit à la psychosexualité, avec toutes ses possibilités identificatoires et fantasmatiques⁴. Enfin, le terme d'identité sexuée se réfère à un processus psychique d'auto-identification complexe et intime qui est bien sûr traversé par le social, et des représentations de genre.

Le psychologue John Money est le premier à avoir parlé dans les années 1950 de la notion de « genre »⁵, notion qui sera reprise et développée par le psychiatre et psychanalyste Robert Stoller dans les années 1960⁶. Car la notion de genre n'a pas d'abord été élaborée, comme on a tendance à le croire, par le mouvement féministe des années 1960, mais par des psychologues soucieux d'y voir clair dans le vécu des personnes trans et intersexuées. Comme le dit très justement Beatriz Preciado : « Loin d'être une création féministe des années 1960, cette notion appartient au discours biotechnologique de la fin des années

³ P. CALIFIA, *Le mouvement transgenre – Changer de sexe*, Paris, EPEL, 2003, p. 85.

⁴ Au sujet du caractère heuristique de lier la démarche anthropologique et psychanalytique pour traiter des questions de genre et de sexualité dans un autre domaine, celui des procréations médicalement assistées, voy. C. FORTIER, « Le don de sperme et le don d'ovocyte ou "trois font un" – Sexualité, inceste et procréation », in *Anthropologie et psychanalyse : regards croisés*, sous la direction de P. Bidou, J. Galinier et B. Juillerat, Paris, EHESS, 2005, pp. 59-80.

⁵ J. MONEY et A. EHRHARDT, *Man and woman, boy and girl : the differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1972. John Money fut psychologue dans le service d'endocrinologie pédiatrique de l'hôpital John Hopkins de Baltimore, qui recevait des enfants intersexués.

⁶ R. STOLLER, *Sex and gender: the development of masculinity and femininity*, New York, Science House, 1968.

1940»⁷. Ainsi que l'explique Elsa Dorlin : « Le concept de genre n'a pas été "inventé" par le savoir féministe. Il a été élaboré par les équipes médicales qui, au cours de la première moitié du XX^e siècle, ont pris en charge les nouveaux dits "hermaphrodites" ou intersexes. Ce sont les médecins engagés dans le "traitement" principalement hormonal et chirurgical de l'intersexualité, c'est-à-dire dans les protocoles de réassignation de sexe, qui ont défini ce qui s'est d'abord appelé le "rôle de genre". »⁸

John Money distingue en effet « le rôle de genre », qui relève du social, du public, du manifeste, avec l'« identité de genre » qui relève de l'intime, de l'invisible, du caché, tous deux constituant le « noyau de l'identité de genre » (*core gender identity*) du sujet, éléments qui, dans le cas des personnes trans, apparaissent comme disjoints, leur « rôle de genre » extérieur pouvant masquer, tout au moins au début, leur « identité de genre » intérieure. John Money développe ainsi sa conceptualisation : « L'identité de genre est l'expérience privée du rôle de genre, et le rôle de genre est la manifestation publique de l'identité de genre. Tous deux sont comme les deux côtés d'une même pièce de monnaie, et constituent l'unité du noyau de l'identité de genre. L'identité de genre est le fait d'être le même, l'unité et la persistance de l'individualité en tant que mâle, femelle, ou androgyne, à un plus ou moins grand degré, spécialement telle qu'elle est éprouvée dans la conscience de soi et le comportement. »⁹

Relevons que John Money reconnaît, dans le passage cité, trois identités sexuées possibles, non seulement celle d'homme et de femme, mais aussi celle d'« androgyne ». Serait-il possible d'intégrer une telle catégorie dans l'état civil ? C'est ce que vient d'envisager l'État australien, comme le montre le cas récent de Norrie May-Welby ; ainsi que le rapporte un numéro de décembre 2011 du *Courrier international* : « C'est la première personne à avoir obtenu de l'état civil australien que ses papiers d'identité portent la mention X pour "sexe indéterminé" ou "non spécifié". Née dans un corps d'homme, Norrie May-Welby suit un traitement hormonal, puis se fait opérer en 1989, mais sa nouvelle identité de femme ne lui convient pas. Il/elle milite alors pour le droit de ne pas se voir assigner le sexe féminin ou masculin. En 2010, l'État de Nouvelle-Galles-du-Sud la ou (le) reconnaît comme n'étant ni d'un sexe ni de l'autre, avant de revenir sur sa décision. Norrie porte plainte devant la commission australienne des droits de l'homme. Son combat a porté ses fruits, puisque le gouvernement australien a annoncé en septembre dernier que les nouveaux passeports comporteront désormais trois catégories à la ligne sexe :

⁷ B. PRECIADO, *Testo junkie – Sexe, drogue et biopolitique*, Paris, Grasset, 2008, p. 93.

⁸ E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualités*, Paris, PUF, coll. Philosophies, 2008, p. 33.

⁹ Cité par C. CHILAND, *Changer de sexe*, Paris, Odile Jacob, 1997, pp. 16-17 ; cf. J. MONEY, « The concept of Gender Identity Disorder in Childhood and Adolescence and After 37 years », in *Gender Identity and Development in Childhood and Adolescence*, A two-day International Conference at St. George's Hospital, Londres, Conference Proceedings, 1992, pp. 3-31, pp. 12-13.

M et F et X. Mais pour se faire délivrer un passeport X, il faudra présenter une attestation médicale¹⁰. On peut supposer que cette mention « indéterminée » puisse intégrer non seulement certaines personnes trans, mais aussi des personnes intersexuées. Ce droit à l'indétermination de son identité sexuée est distinct de la reconnaissance d'une troisième identité sexuée, celle de « trans ». Ce droit au « T » pour « trans » a été acquis par les *hijra*¹¹ – groupe, qui, signalons-le, reste largement stigmatisé – dans certains États du sous-continent indien, soit l'État du Tamil Nadu en Inde depuis 2008, au Pakistan depuis 2010, et au Népal en janvier 2011.

Remarquons que l'Australie n'a pas modifié pour autant la catégorie de « sexe » sur son état civil, même si la catégorie juridique de « X », pour « sexe indéterminé », ne concerne pas seulement les personnes intersexuées. Elle entend donc le terme de « sexe » dans un sens large, comme on peut l'entendre également dans le droit français sans qu'il soit restreint au sexe anatomique. Car, de façon usuelle, dans la langue française, on a tendance à utiliser le mot sexe dans de multiples occurrences, ce mot étant souvent confondu avec le mot genre, et aussi avec l'expression d'identité sexuée que nous avons proposée.

§ 2. « Le genre en acte »

Très récemment, précisément le 21 décembre 2011, la députée socialiste Michèle Delaunay a soumis au Parlement français un projet de loi pour modifier l'état civil dans l'intérêt des personnes trans, en remplaçant le terme de « sexe » par « genre » sur le modèle d'autres droits européens, comme le droit anglais qui, depuis 2004, a mis en place pour les personnes trans qui souhaitent changer d'état civil, le *Gender Recognition Act*, soit « l'acte de reconnaissance du genre ». Si cette modification terminologique a pour intérêt de souligner que l'identité sexuée de l'individu ne se réduit pas à son sexe anatomique, l'utilisation dans ce cas de la notion de genre engendre d'autres problèmes que nous allons expliciter.

D'une part, l'identité de genre correspond à l'identité dans laquelle les individus ont été éduqués et à laquelle sont associées certaines activités et certaines valeurs. Or la notion de genre est sans aucun doute une catégorie utile, dans la mesure où elle a le mérite d'opérer un mouvement de décentrement par rapport à la catégorie biologique de sexe, mais elle a par ailleurs l'inconvénient de véhiculer des représentations sociales sur ce que doit être un homme et une femme, représentations qui sont le plus souvent stéréotypées et hiérarchisées.

D'autre part, à la différence de la notion de sexe qui possède une certaine fixité dans la mesure où elle s'enracine dans le biologique – ce qui ne veut pas dire

¹⁰ « Il ou elle – Enquête sur l'émergence des transgenres », *Courrier international*, n° 1102, du 15 au 21 décembre 2011, pp. 16.

¹¹ Au sein des sociétés du sous-continent indien, les *hijra* recourent une population de personnes trans qui occupent une position inférieure et un rôle social traditionnel.

que la catégorisation du sexe en masculin et féminin est naturelle, relevant d'un processus de catégorisation de l'esprit humain qui n'échappe pas à des représentations sociales de genre¹² – et bien qu'il soit possible de changer de sexe par la chirurgie « plastique » comme peuvent le faire certaines personnes trans, la notion de genre se révèle être une notion en soi plus plastique que celle de sexe.

Ce « trouble » du genre a bien été décrypté par Judith Butler dans son livre au titre éloquent de *Trouble dans le genre*. Elle montre que le genre n'est pas une notion stable : « Il ne faudrait pas concevoir le genre comme une identité stable ou un lieu de la capacité d'agir à l'origine des différents actes ; le genre consiste davantage en une identité tissée avec le temps par des fils ténus, posée dans un espace extérieur par une *répétition stylisée d'actes* »¹³. Précisément, le genre n'est pas un fait établi, mais un ensemble d'actions : « Le genre n'étant pas un fait, il ne pourrait exister sans les actes qui le constituent »¹⁴. Selon Judith Butler, le genre s'apparente à une comédie sociale semblable à un rituel qui s'appuie sur une performance répétée : « Dans quel sens peut-on parler du genre comme d'un acte ? Comme c'est le cas pour d'autres comédies sociales de type rituel, l'action du genre requiert une performance *répétée*. Cette répétition reproduit et remet simultanément en jeu un ensemble de significations qui sont déjà socialement établies ; et telle est la forme banale et ritualisée de leur légitimation. Les corps qui mettent en œuvre ces significations en se stylisant sur des modes genrés sont certes ceux d'individus particuliers, mais cette "action" est publique. Ces actions comportent des dimensions temporelles et collectives, et leur caractère public n'est pas sans conséquence. Au fond, la performance est réalisée avec le but stratégique de maintenir le genre à l'intérieur de son cadre binaire, un but qui ne peut être attribué à aucun sujet en particulier, mais qu'il vaudrait mieux comprendre comme ce qui fonde et consolide le statut de sujet »¹⁵. Le genre, comme l'a bien montré Judith Butler, a un caractère performatif et non acquis : « Dire que le corps genré est performatif veut dire qu'il n'a pas de statut ontologique indépendamment des différents actes qui constituent sa réalité. »¹⁶

¹² Judith Butler dit à ce sujet : « Si l'on mettait en cause le caractère immuable du sexe, on verrait peut-être que ce que l'on appelle "sexe" est une construction culturelle au même titre que le genre ; en réalité, peut-être le sexe est-il toujours déjà du genre et, par conséquent, il n'y aurait plus vraiment de distinction entre les deux » ; cf. J. BUTLER, *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*, préface d'Éric Fassin, traduction de Cynthia Kraus, Paris, La Découverte, 2005, pp. 69. À ce sujet, voy. aussi Priscille Touraille qui, à la différence de Judith Butler, souligne l'importance de ne pas dissoudre complètement la notion de sexe dans celle de genre : P. TOURAILLE, « L'indistinction sexe et genre, ou l'erreur constructiviste », *Critique*, 764-765, Bodybuilding – *L'évolution des corps*, janvier-février, 2011, pp. 87-99.

¹³ J. BUTLER, *ibid.*, p. 265.

¹⁴ *Ibid.*, p. 264

¹⁵ *Ibid.*, pp. 264-265.

¹⁶ J. BUTLER, *ibid.*, p. 259.

§ 3. La bicatégorisation de genre

L'exemple de l'énoncé de l'accoucheuse qui, à la naissance d'un enfant, déclare « c'est une fille ! » ou « c'est un garçon ! », constitue un énoncé performatif qui, en nommant le genre, fait le genre, selon la formule de Jean-Louis Austin qui a donné le titre de son livre, « dire c'est faire »¹⁷. Comme l'explique Elsa Dorlin à propos de la pensée de Judith Butler : « “F ou M”, déclarons-nous en cochant ces cases sur tous les documents administratifs, ou même en proférant notre prénom... Pour Judith Butler, il s'agit plutôt d'énoncés “performatifs”, dans la mesure où ces énoncés *font ce qu'ils disent*. Et que disent-ils ? Que font-ils ? Ils font des “sujets genrés”, au sens où ils font ceux/celles qui sont précisément censés les endosser ou les proférer... L'ensemble de ces pratiques discursives, qui sont autant de rituels sociaux contraignants que nous accomplissons pour nous signaler, pour nous marquer, pour incarner un “homme” ou une “femme”, sont autant d'énoncés performatifs qui font ce qu'ils disent : *je suis une femme* ou *je suis un homme*... Butler montre que l'énoncé de l'agent de l'état civil est performatif ou plus encore celui de l'échographe au cinquième mois de la grossesse – “c'est une fille !” ou “c'est un garçon !” – est un performatif. »¹⁸ Rajoutons que le prénom, qui est le plus souvent associé en français, à de rares exceptions près, à un genre particulier, participe de cette construction de l'identité sexuée.

D'autre part, la conscience de son identité sexuée passe non seulement par ces discours déclaratifs et performatifs, mais aussi par des codes infralangagiers qui sont notamment d'ordre visuel. Ainsi, l'obsession dans notre société à habiller les petits garçons en bleu et les petites filles en rose, sert non seulement à ce que l'entourage puisse distinguer si l'enfant est un garçon ou une fille, mais vise aussi à faire prendre conscience très précocement à l'enfant de son identité sexuée au moyen de ce code genré. Le caractère visuel et non seulement discursif de la « fabrique du genre » nous semble très important, et a également été souligné par Teresa De Lauretis : « Le genre n'est pas un simple dérivé du sexe anatomique ou biologique, mais plutôt d'une construction socioculturelle, une représentation, ou mieux encore, un effet du croisement des représentations discursives et visuelles qui émanent des différents dispositifs institutionnels : famille, religion, système éducatif, moyens de communication, médecine ou législation ; autant que de sources moins flagrantes, tels que langage, art, littérature, cinéma et théorie. »¹⁹

L'expression de « faire son genre » employée par Judith Butler témoigne que le genre est non seulement performatif, mais est aussi une *praxis* : « On ne manque pas de punir ceux qui n'arrivent pas à faire leur genre (*to do their gender*). »²⁰

¹⁷ J.-L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, coll. Points Essais, 1970.

¹⁸ E. DORLIN, *ibid.*, p. 119 ; cf. J. BUTLER, *Bodies that matter*, New York, Routledge, 1993, p. 232.

¹⁹ Cité par B. PRECIADO, *ibid.*, p. 96.

²⁰ J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, Paris, La Découverte, 2005, pp. 263-264.

Judith Butler sous-entend ici que ceux qui ne se conforment pas dans leur pratique au modèle du genre masculin ou féminin prédéfini par la société sont souvent stigmatisés. Le genre correspond en effet aux valeurs associées dans une société au masculin et au féminin, valeurs d'où découlent certains comportements attendus d'un homme ou d'une femme.

En France, le mot genre commence à faire son chemin dans la société, mais cela prend beaucoup de temps. Les résistances sont encore très grandes, ainsi qu'en témoigne la polémique récente soulevée en septembre 2011 relativement au projet d'enseigner « la théorie du genre » au programme des « sciences de la vie et de la terre » en classe de première au lycée. Nombreux sont ceux qui pensent qu'un tel enseignement est dangereux pour les adolescents, dans la mesure où il pourrait les « dévoyer » en leur mettant en tête la « mauvaise » idée de devenir féministe, homosexuel, ou, qui sait, trans.

Encore récemment, une collègue anthropologue, censée pourtant travailler sur la « dimension sexuée des personnes », nous disait après avoir écouté notre exposé où nous employions le terme de genre et l'adjectif qui en découle, *genré*, qu'elle ne voyait pas l'intérêt d'utiliser ce vocabulaire qu'elle trouvait par ailleurs fort laid en français. Nous lui rétorquâmes que la laideur ou la beauté d'un mot était une appréciation subjective, et que l'étrangeté de ces mots à son oreille tenait surtout au fait qu'elle n'avait pas l'habitude de les employer. D'autre part, nous lui répondîmes que l'essentiel était pour nous, en utilisant ces concepts, de nous creuser les méninges afin d'enrichir analytiquement la compréhension de réalités en vérité très complexes, derrière l'assertion faussement simple qu'il y a deux sexes. Enfin, nous ajoutions qu'il est sans doute plus facile d'employer de façon unilatérale le terme de sexe comme on a l'habitude de le faire dans le langage courant, mais cela n'aurait, premièrement, aucun intérêt scientifique et, deuxièmement, cela témoignerait d'une grande paresse intellectuelle. Surtout, cela révélerait une profonde méconnaissance de la complexité d'un tel objet qui demande une pluralité de concepts pour rendre compte de ses multiples dimensions qui sinon resteraient entremêlées de manière indistincte dans l'emploi commode, mais inintelligible, du terme sexe. Comme l'affirme Priscille Touraille : « En reprenant le mot “sexe” comme concept scientifique, les sciences sociales françaises font retomber l'effort de raisonnement, tel un Sisyphe, dans une logique de pensée dont elles essaient précisément de se défaire. »²¹

²¹ P. TOURAILLE, « Déplacer les frontières conceptuelles du genre », *Journal des anthropologues*, pp. 124-125 ; *Les rapports de sexe sont-ils solubles dans le genre ?*, sous la direction de A. Benveniste et A. Miranda, 2010, pp. 49-69, p. 52.

Section 2

Le sexe véridique

§ 1. Renaître à son « sexe »

Nos recherches auprès de personnes trans nous ont appris que la question du sexe anatomique n'était pas toujours la question la plus importante dans la transidentité, malgré ce que laisse supposer le terme même de transsexuel. Hormis pour certaines personnes trans MtoF²² qui ont horreur de leur pénis – et dont quelques-unes peuvent même avoir pratiqué l'automutilation – et pour lesquelles l'opération de sexe représente une « renaissance », de nombreuses personnes trans n'éprouvent pas le besoin de changer de sexe anatomique, mais plutôt celui de changer d'apparence physique et de statut sociojuridique. Ce qui compte pour elles c'est avant tout d'être reconnues socialement et juridiquement conformément à l'identité sexuée qu'elles considèrent comme la leur. Ainsi que le remarque très justement le juriste Philippe Reigné : « Les personnes transidentitaires ne demandent pas tant à changer de sexe qu'à changer de catégorie de sexe ; c'est l'appartenance à la catégorie des femmes ou à celle des hommes qui est d'abord en jeu, plus que l'acquisition d'organes génitaux femelles ou mâles. »²³

Aussi, beaucoup de personnes trans ont fondamentalement besoin d'une reconnaissance sociale et juridique qui ne passe pas nécessairement par une opération sexuelle. Celle-ci est habituellement nommée par les médecins « opération de réassignation sexuelle » (en anglais, *sex reassignment surgery*). Le terme de « réassignation » est aussi utilisé dès qu'une personne commence un traitement hormonal qui, selon le « parcours transsexuel » obligé, est censé déboucher sur l'opération, et on parle alors de « réassignation hormono-chirurgicale »²⁴. On emploie donc l'expression de « réassignation sexuelle », ou parfois même, bien que plus rarement, celle de « réattribution sexuelle », ou encore celle de « reconstruction chirurgicale », expressions qui soulignent qu'on « re-construit », « ré-attribue », ou « ré-assigne » à la personne trans le corps sexué dans lequel elle aurait dû naître, selon une vieille théorie partagée par les médecins comme par les personnes concernées.

Cette théorie repose sur l'idée d'origine platonicienne de la séparation de l'âme et du corps – idée totalement contre-intuitive, car tout un chacun peut faire l'expérience subjective que son corps et sa psyché marchent de concert – et en l'occurrence sur la croyance selon laquelle l'âme des personnes trans serait née

²² Acronyme anglais signifiant « Male to Female » (MtoF), dont le pendant est « FtoM », soit « Female to Male ».

²³ P. REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *La Semaine Juridique*, éd. gén., n° 42, 17 octobre 2011, 1140, pp. 1883-1890, p. 1886.

²⁴ Nous ne pouvons développer ici la question des protocoles liés au transsexualisme mis en place en France en 1989 – question qui sera abordée par ailleurs dans la suite de cet article – ni du choix délibéré de certaines personnes trans de ne pas entrer dans ces protocoles.

dans le mauvais corps. Dans une telle perspective, le chirurgien est chargé du rôle quasi démiurgique de « corriger cette erreur de la nature », ainsi que l'affirment elles-mêmes certaines personnes trans. Ce rôle de réengendrement qu'opère le chirurgien explique que, même lorsque le geste chirurgical est raté – comme ce serait, semble-t-il, très souvent le cas en France, et en particulier à Paris, d'après les récits que nous avons recueillis auprès de personnes trans²⁵ – les personnes concernées ne se plaignent pas et ne portent pas plainte, compte tenu du sentiment de dette incommensurable que la « créature » éprouve vis-à-vis de son « créateur ». Ainsi que le remarquent Alexandra Augst-Merelle et Stéphanie Nicot : « Les Trans que l'on présente adhèrent généralement à leur “maladie” et remercient le chirurgien français qui les a mutilées d'en avoir fait de “vraies femmes”. »²⁶

À l'expression médicale de « réassignation sexuelle » répond l'expression juridique de « rectification » de la mention du « sexe » sur l'état civil, comme si, là encore, les juges venaient corriger « une erreur de la nature », celle non plus d'être née dans le mauvais corps sexué, mais celle d'être née dans la mauvaise catégorie juridique de sexe. Le juge, qui détient le pouvoir de changer l'état civil, possède un pouvoir aussi démiurgique que celui du chirurgien qui a le pouvoir de changer les corps. Les personnes trans parlent d'ailleurs très souvent de la « rectification » de leur prénom et/ou de leur état civil comme d'une « renaissance »²⁷. Ce terme est aussi parfois employé par certaines personnes trans à la suite de leur opération sexuelle, ce qui tient sans doute au fait que leur reconnaissance juridique découle encore très majoritairement en France de cette opération, à l'exception de quelques rares cas qui seraient au nombre de cinq à l'heure où nous écrivons.

§ 2. La « vérité » du sexe

Le changement d'état civil, en l'absence de réglementation spécifique, relève exclusivement de l'appréciation du juge, qui s'inspire de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui conduit, selon les juridictions, à des différences d'appréciation²⁸, sans que la personne trans qui en a connaissance ne puisse s'adresser au tribunal dont elle

²⁵ Cela s'expliquerait par plusieurs facteurs : peu d'opérations réalisées, absence de moyens, manque d'actualisation des compétences. On peut se reporter à ce sujet au rapport de la Haute Autorité de santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », 2008, http://www.has-sante.fr/portail/plugins/ModuleXitiKLEE/types/FileDocument/doXiti.jsp?id=c_894407.

²⁶ A. AUGST-MERELLE et S. NICOT, *Changer de sexe – Identités transsexuelles*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2006, p. 33.

²⁷ À ce sujet, voy. également J. COURDURIERS, « Re-naître à l'autre sexe – Changement de prénom et de sexe à l'état civil », in *États civils en questions – Nom, papiers et sentiment de soi*, sous la direction de A. Fine, Paris, éd. du CTHS, 2008, pp. 225-242.

²⁸ Pour plus de précisions, voy. *infra*, chapitre 2.

pense qu'il lui sera le plus favorable, devant nécessairement s'adresser au tribunal de grande instance de son domicile ou de son lieu de naissance.

Dans la mesure où, jusqu'à aujourd'hui, l'obtention de la modification de l'état civil pour une personne trans en France passe par le fait d'être opérée, beaucoup « passent sur le billard » dans le but ultime de se voir accorder le changement de leur mention de sexe. En effet, si pour certains, cette opération est fondamentalement nécessaire, pour d'autres elle ne l'est devenue que parce que c'est le seul moyen d'obtenir la reconnaissance juridique de leur identité sexuée. L'obtention par une personne trans d'un nouvel état civil est chère payée, puisqu'elle exige le sacrifice de ses organes sexuels et reproducteurs. Si, pour certains, comme nous l'avons déjà dit, elle représente une « renaissance », pour d'autres elle s'apparente à une « mutilation » à laquelle ils doivent silencieusement consentir pour obtenir ce qu'ils convoitent le plus. L'opération de sexe relève d'un choix personnel propre à chaque individu, qui ne devrait pas être institué comme le sésame donnant accès au changement d'état civil, cette opération ne concernant au demeurant que la personne impliquée et non la société dans son ensemble. On mesure là, l'ampleur du biopouvoir²⁹ qu'exerce le droit sur les corps individuels.

Colette Chiland, psychiatre qui a pourtant participé de près aux protocoles transsexuels tels qu'ils sont établis en France, reconnaît elle-même leur « absurdité », leur « hypocrisie », et leur caractère « mutilant », dans la mesure où ils veulent graver dans les corps comme on graverait dans le marbre un changement qui est avant tout juridique et social : « *Tout en s'en défendant on s'est engagé dans la voie du choix libre du sexe social, en se cachant derrière la fiction d'un changement de sexe corporel. Accorder le choix du sexe social serait-il anodin ? On peut s'interroger, ce serait en tout cas moins absurde, moins mutilant, moins hypocrite.* »³⁰ Ainsi que le souligne le juriste Philippe Reigné : « [...] il fallait [...] inscrire les corps dans les catégories de sexe au moyen des qualifications juridiques ; il faut maintenant inscrire les catégories de sexe dans les corps par la seringue ou le bistouri. »³¹

On peut tracer un parallèle entre la détermination juridique du sexe et celle de la filiation, telles qu'elles existent aujourd'hui en France. Alors que la reconnaissance de la paternité reposait traditionnellement sur la parole du père³², ou

²⁹ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. 1, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1976.

³⁰ C. CHILAND, *ibid.*, p. 209.

³¹ P. REIGNÉ, *ibid.*, p. 1887.

³² Cf. C. FORTIER, « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique », in *Droit et cultures, Actualités du droit musulman : genre, filiation et bioéthique*, 59, sous la direction de C. Fortier, 2010, pp. 11-38, <http://droitcultures.revues.org/1923>, et C. FORTIER, « Filiation versus inceste en islam : parenté de lait, adoption, P.M.A., reconnaissance de paternité, De la nécessaire conjonction du social et du biologique », in *L'argument de la filiation aux fondements des sociétés méditerranéennes et européennes*, sous la direction de P. Bonte, E. Porqueres et J. Wilgaux, Paris, MSH, 2011, pp. 225-248.

encore, sur la notion juridique de « possession d'état »³³, cette filiation d'ordre social est de plus en plus remise en cause par une filiation d'ordre biologique qui s'enracine dans une prétendue « vérité génétique » décelable grâce aux progrès de la science et en particulier aux tests A.D.N., et cela au mépris d'une autre « vérité » bien moins « naturelle » et « démontrable », mais non moins réelle et primordiale pour tout individu, celle des liens affectifs et sociaux tissés entre un enfant et ses parents.

De même que le droit, en se fondant sur les progrès de la génétique, est en train de réduire la filiation à du biologique alors que la filiation est fondamentalement sociale et affective comme l'ont toujours montré les anthropologues et les psychanalystes, le droit, en se fondant sur les progrès médicaux en matière de changement de sexe, est en train de réduire l'identité sexuée au sexe anatomique, alors que nous savons tous qu'elle est bien plus que ça du fait de son caractère fondamentalement psychosocial.

Ces nouvelles techniques, qu'on qualifie de « progrès scientifique », aboutissent-elles véritablement à un « progrès social », surtout quand elles viennent conforter et apporter une caution scientifique à des représentations communes qui accordent plus de vérité au biologique qu'au social³⁴? Les juges pourraient-ils abandonner cette croyance positiviste, partagée également par le sens commun, selon laquelle la « vérité » de la filiation ou de l'identité sexuée réside dans le biologique? Pourquoi ne pas renoncer à cette vieille idée chère à Descartes, selon laquelle on pourrait lire dans la nature comme dans un livre ouvert, de la même façon qu'on pourrait lire dans les corps des individus la vérité de leur filiation et de leur identité sexuée? Les juges ne peuvent-ils reconsidérer en la matière cette notion juridique qui semble avoir perdu de sa superbe en matière de filiation, celle de la « possession d'état », mais qui pourrait probablement renaître de ses cendres, si on l'appliquait à la reconnaissance de l'identité sexuée d'un individu?

Ce type de preuve apparaît sans doute à beaucoup comme plus relative et plus incertaine que la preuve anatomique inscrite dans les corps. Mais revenons à l'essentiel, qu'est-ce que l'humain? Est-il réductible à son A.D.N. ou à ses organes, même sexuels, ou est-il avant tout un sujet psychosocial? Si l'on s'accorde sur cette dernière perspective, dans le cas du changement d'état civil, c'est moins le changement d'organe sexuel qui est déterminant que le changement identitaire de la personne. Aussi, pourquoi le droit ne pourrait-il pas

³³ Cf. L. BRUNET, « Des usages protéiformes de la nature, Essai de relecture du droit français et de la filiation », *ibid.*, pp. 285-323.

³⁴ Cf. C. FORTIER, « Quand la ressemblance fait la parenté », *Défis contemporains de la parenté*, sous la direction de E. Porquieres, éd. de l'EHESS, coll. Cas de figure, 2009, pp. 251-276 ; C. FORTIER, « "Des gamètes de couleur" : phénotype, race ou ethnie ? », *L'Autre – Cliniques, cultures et sociétés, Revue trans-culturelle, Parentalité*, 12(3), 2011, pp. 289-303, et C. FORTIER, « Tentation eugénique et ethnicisation biologique de la différence physique : le cas du don de gamètes », in *Éthique et famille*, sous la direction de E. Rude-Antoine et M. Pievic, Paris, L'Harmattan, coll. Éthique en contextes, t. 2, 2011, pp. 186-207.

prendre en considération lors d'une demande de changement d'état civil, non seulement le sentiment intime d'être une femme ou un homme, mais l'inscription de ce sentiment dans la vie sociale de l'individu. La notion juridique de « possession d'état » pourrait, en la matière, avoir de beaux jours devant elle.

Mais une décision de la Cour d'appel de Nancy du 11 octobre 2010 dont nous venons de prendre connaissance, après avoir proposé l'usage juridique de la notion de possession d'état en matière d'identité sexuée, témoigne de la forte résistance des juges à concevoir « le sexe » comme « possession d'état » : « Une personne transidentitaire avait sollicité la modification de son acte de naissance à raison de la mention du sexe et du prénom, en invoquant, à titre principal, la possession d'état du sexe féminin. La Cour d'appel de Nancy [...] avait refusé de fonder le changement d'état civil sur la possession d'état du sexe et avait enjoint à la demanderesse de prouver l'irréversibilité³⁵ de la transition entreprise. »³⁶ En l'espèce, le commentateur que le juriste Philippe Reigné fait de cette décision vient conforter notre analyse : « En refusant de faire produire des effets de droit à la possession d'état, il fait du sexe une catégorie ontologique et non sociologique, dans l'ignorance des enseignements des sciences sociales »³⁷.

Il est par ailleurs intéressant de reproduire ici le contenu des faits et la procédure qui ont conduit la Cour d'appel de Nancy à refuser le changement d'état civil à une personne trans MtoF de 52 ans, ici nommée « M.S.N », faute de preuve médico-chirurgicale alors que celle-ci avait attesté qu'elle vivait comme une femme et qu'elle était reconnue comme telle par son entourage familial :

« M.S.N a fait valoir que bien qu'ayant été marié durant seize ans, il s'est néanmoins considéré dès sa petite enfance comme une fille ; M.S.N. a expliqué qu'il avait été contraint durant plusieurs années de cacher sa nature intime par crainte qu'on lui retire la garde de sa fille et qu'en raison des difficultés croissantes à se comporter comme un homme, il avait été atteint en 1989 d'une grave dépression nerveuse ; que depuis la majorité de sa fille, il avait adopté une attitude sociale et comportementale féminine en adéquation avec son identité de genre féminin et a indiqué qu'il était désormais considéré comme tel par son entourage familial et amical ; qu'il devait cependant combattre la discrimination au quotidien tant au niveau professionnel (refus de modifier sa civilité sur les fiches de paie) que dans sa vie privée, puisqu'il s'était trouvé dans l'impossibilité d'acquiescer un bien sauf à dévoiler sa vie privée ; après jugement avant dire droit du 7 novembre 2008, M.S.N. a refusé de produire tous documents médicaux, estimant avoir suffisamment apporté de preuves attestant de son attitude psychique et physique de sa parfaite intégration sociale dans le genre féminin ;

³⁵ Nous reviendrons dans la suite de cet article sur la notion d'irréversibilité si chère aux juges.

³⁶ P. REIGNÉ, « Modification de l'état civil d'une personne transidentitaire en raison de l'irréversibilité des effets du traitement hormonal suivi », *La Semaine juridique*, éd. gén., n° 6, 6 février 2012, p. 124.

³⁷ *Ibid.*

M.S.N. a ajouté que son médecin généraliste lui avait prescrit un traitement hormonal lui permettant de présenter les caractères sexuels secondaires féminins tels que la poitrine [...]. Par jugement en date du 13 mars 2009, le T.G.I. de Nancy a constaté que M.S.N. ne produisait pas la preuve médico-chirurgicale du changement de sexe qu'il demande voir figurer sur son état civil, en conséquence, a rejeté la requête de M.S.N. en rectification de son acte de naissance [...]. M.S.N. a interjeté appel de cette décision par déclaration en date du 3 avril 2009 ; [...] Dans ses dernières conclusions en date du 3 juin 2010, le procureur de la République soutient que l'existence d'un traitement hormonal administré à M.S.N. ne saurait être suffisant pour conférer à la personne toutes les caractéristiques du sexe féminin revendiqué de sorte qu'il y a nécessité d'une intervention chirurgicale notamment par l'ablation des organes génitaux d'origine ; M. le procureur de la République explique qu'en l'absence de pièces démontrant l'irréversibilité du processus du fait d'une hormonothérapie et d'opérations de chirurgie plastique telles que la pose de prothèses mammaires, il ne peut dès lors être fait droit aux prétentions de M.S.N.»³⁸

À travers ce cas, on voit clairement combien le droit pousse la personne qui veut changer d'état civil dans la voie d'une médicalisation à outrance.

§ 3. Le visible du sexe

Certains juges français n'hésitent pas par ailleurs à demander une expertise médicale après l'opération³⁹, surtout quand celle-ci a été effectuée à l'étranger, l'attestation des chirurgiens ne suffisant pas à les convaincre de la réalité de l'opération. Aucune attestation médicale ne semble avoir la même force probatoire que celle du voir. Tout se passe comme s'il fallait « juger sur pièce », comme si là encore le visible du corps sexué constituait la preuve ultime de la « vérité du sexe », conformément à la croyance qui confond le visible avec le réel. Or, comme l'explique très justement Beatriz Preciado :

« Curieusement, les critères d'assignation de genre et ceux de réassignation en cas de transsexualité travaillent selon deux modèles métaphysiques du corps quasi irréconciliables. D'un côté, les critères d'assignement du sexe permettent de décider si un corps est "féminin" ou "masculin" au moment de la naissance (ou *in utero*, par l'échographie) dépendent d'un modèle de reconnaissance visuelle prétendument empirique, où les signifiants (chromosomes, taille des organes génitaux etc.) se présentent comme des vérités scientifiques. Ici, rendre visible un corps implique qu'on lui assigne, de manière univoque et définitive, le genre masculin ou féminin. Nous sommes face à une ontologie optique : le réel c'est le visible. À l'opposé, l'idée selon laquelle il existe un véritable "sexe psychologique" distinct de celui qui a été assigné à la naissance, la conviction intime d'être un "homme" ou une "femme" relève d'un modèle

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Expertise médicale qui est par ailleurs à la charge de la personne.

de l'invisibilité radicale, du non représentable, paradigme proche de celui de l'inconscient freudien, c'est-à-dire d'une ontologie immatérielle. Le réel ne s'offre pas aux sens, il est par définition ce qui échappe à l'appréhension sensorielle.»⁴⁰

On peut s'interroger sur les motivations voyeuristes inconscientes d'une telle procédure d'expertise. Et surtout, on peut imaginer les conséquences traumatisantes que celle-ci peut avoir sur la personne, puisqu'il s'agit ni plus ni moins d'un viol de son intimité. D'ailleurs, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, dans son rapport du 29 juillet 2009 intitulé « Droits de l'homme et identité de genre »⁴¹, souligne le caractère « discriminatoire » des « procédures de reconnaissance du genre » qui se « caractérisent par de longues séries de tests physiques, psychiatriques et psychologiques au cours desquels l'intégrité de la personne n'est pas toujours respectée, comme par exemple lorsque un psychiatre procède à un examen génital ».

Cette expertise est effectivement vécue comme une ultime humiliation par les personnes trans, même si celles-ci sont obligées de s'y plier pour obtenir ce qu'elles désirent. Il existe, d'une part, une violence symbolique dans le fait de ne pas s'en tenir à la parole de la personne concernée et aux certificats médicaux des chirurgiens attestant de l'opération. D'autre part, il existe une violence psychologique dans le fait d'avoir à montrer son sexe à un expert qui va l'inspecter « sous toutes les coutures », alors même que la personne qui vient d'être opérée n'assume pas encore totalement, bien souvent, son nouveau corps sexué.

Enfin, il existe une violence sexuelle dans le fait de subir, à l'occasion de cette expertise, certains gestes intrusifs, notamment un attouchement pour les femmes, qui atteste de l'existence d'un orifice vaginal pensé comme « fonctionnel ». Les chirurgiens entendent par ce terme un sexe féminin pénétrable, conformément à une représentation stéréotypée de la sexualité féminine à laquelle de nombreuses personnes trans n'adhèrent par ailleurs pas. Ainsi que le souligne également Beatriz Preciado : « Les équivalences entre masculinité et érection, féminité et pénétrabilité continuent de prévaloir. »⁴² On peut en outre s'interroger sur le caractère légal d'un tel examen, qui ne se limite pas au visuel, mais y associe le tactile, puisqu'en termes de preuve juridique, la jurisprudence s'en tient à l'aspect visible du sexe anatomique, soit à son caractère « esthétique » et non « fonctionnel ». Ainsi que l'explique Philippe Reigné : « La loi ne donne aucune définition du sexe. La jurisprudence suppléa avec quelques hésitations au silence de la loi. On tire de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903, rendu en matière de mariage, l'enseignement selon lequel le sexe est déterminé par l'apparence extérieure des organes génitaux ; c'est

⁴⁰ B. PRECIADO, *ibid.*, pp. 98-99.

⁴¹ T. HAMMARBERG, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet>.

⁴² B. PRECIADO, *ibid.*, p. 247.

toujours le critère général d'assignation des nouveaux nés en vue de l'établissement de l'acte de naissance.»⁴³

Section 3

Le puzzle du corps sexué

§ 1. De « l'avoir sexué » à « l'être sexué »

Comme le rappelle Priscille Touraille : « ... les individus *ne sont pas leur sexe* quand ils naissent, et que c'est *en les nommant par leur sexe* (fille, garçon) qu'on fait d'eux “des sexes” »⁴⁴. Les juges devraient méditer cette phrase qui opère une distinction fondamentale entre l'être sexué et l'avoir sexué pourrait-on dire, en distinguant la catégorie « d'être de sexe » masculin ou féminin, de celle « d'avoir un sexe » masculin ou féminin. Cette remarque révèle en outre le tour de passe-passe cognitif par lequel on passe du fait « d'avoir un sexe » à « être ce sexe », processus cognitif que reproduit le droit lorsqu'il fait découler la catégorie juridique de sexe, qui ressort de « l'être » du fait « d'avoir » un sexe masculin ou féminin.

Cette distinction entre l'être et l'avoir s'applique à tout individu, mais en particulier aux personnes trans chez lesquelles l'être sexué peut ne pas coïncider avec l'avoir sexué, puisqu'elles peuvent « être de sexe féminin » tout en « ayant un sexe masculin », ou inversement. Cette dernière possibilité, « être de sexe masculin » tout en « ayant un sexe féminin » est par ailleurs de plus en plus reconnue par les juges, non parce que ceux-ci auraient finalement intégré la logique différentielle de l'être et de l'avoir sexué, mais pour des raisons purement techniques : les opérations de phalloplastie ne sont pas encore suffisamment au point pour donner aux trans FtoM un pénis érectile qui signerait leur masculinité, conformément à une certaine représentation stéréotypée de ce que doit être la sexualité masculine. En conséquence, le changement d'état civil peut être accordé à des personnes qui ont conservé leur vagin, à condition d'avoir pratiqué sur leur corps d'autres transformations que nous détaillerons ultérieurement.

Puisque la possibilité de devenir un homme sans phalloplastie est autorisée tant du point de vue médical que du droit, on pourrait envisager, dans un souci d'équité, que la situation symétriquement inverse, la possibilité de devenir une femme sans « castration » soit également acceptée. Mais cet argument est sans doute plus éthique que juridique, puisqu'il n'est jamais avancé par les juges, ceux-ci préférant toujours s'appuyer, selon la logique que nous avons mise au jour précédemment, sur une preuve visible dite « apparente », quand les techniques médicales le permettent, et comme l'opération de vaginoplastie est

⁴³ P. REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *La Semaine juridique*, éd. gén., n° 42, 17 octobre 2011, 1140, pp. 1883-1890, p. 1883.

⁴⁴ P. TOURAILLE, *ibid.*, p. 61.

considérée comme plus facile et plus aboutie que l'opération inverse, les juges se fondent encore majoritairement sur cette opération pour accorder le changement d'état civil à une personne trans MtoF.

Comme le remarquait Robert Stoller auprès des personnes intersexuées : « Chez les petits garçons, la présence d'un pénis accroît grandement le sentiment d'être un mâle mais ne constitue pas une condition *sine qua non* ; il en va de même pour les petites filles : l'absence de vagin ne les empêche pas de se sentir incontestablement femmes. »⁴⁵ De manière plus globale, le fait de « posséder » (logique de l'avoir) ou non certaines fonctions ou caractéristiques anatomiques censées « faire » (logique de l'être) la femme ou l'homme, n'est pas spécifique aux personnes trans ou intersexuées, mais se retrouve plus largement dans le reste de la population. Ainsi, un homme ne peut être réduit à son sperme et à sa faculté d'engendrer, et la femme à son utérus, à ses ovaires et à sa faculté d'enfanter, comme le montre le fait qu'aujourd'hui, dans notre société, des hommes et des femmes ne se sentent plus obligés de procréer pour être considérés, et se considérer, comme tels. De même, ce n'est pas le vagin qui « construit » la femme, et on sait que certaines femmes, qui naissent sans cet organe à la suite du syndrome de Rokitansky-Kuster, ne se perçoivent pas moins comme des femmes. Ce n'est pas non plus la fonction réceptive de cet organe qui constitue la femme, puisque certaines femmes, qu'elles aient ou non un vagin, ne seront pas pénétrées.

Les seins ne font pas non plus la femme, puisque certaines femmes qui n'ont naturellement pas de poitrine, ou tout au moins très peu, peuvent même devenir des icônes féminines, ainsi que le montre le cas de Jane Birkin qui chantait « je suis aussi plate qu'un garçon ». Le poil ne détermine pas par ailleurs nécessairement l'homme, puisque quelques hommes sont naturellement glabres, tandis que d'autres s'épilent pour le devenir. L'absence de poils n'est pas non plus un trait distinctif de la femme, puisque certaines femmes sont très poilues et ne s'épilent pas, tandis que d'autres leur font systématiquement la chasse. En outre, avoir des cheveux longs ou courts n'est plus un critère genré depuis que les « garçonnnes » dans les années 1930 se sont coupé les cheveux, et que des hommes « hippies » dans les années 1970 les ont laissés pousser. Comme on le voit, réduire une femme ou un homme à des éléments anatomiques qui varient non seulement selon la constitution naturelle de l'individu, mais aussi selon les goûts, les modes, et les cultures, c'est toujours prendre le risque de trouver « qu'un homme n'est pas vraiment un homme, et qu'une femme n'est pas vraiment une femme » selon la formule consacrée. Les éléments anatomiques qu'on pense comme immuables, dans la mesure où ils relèvent de la nature, sont en réalité extrêmement relatifs et ne peuvent donc servir de critère absolu pour définir l'identité sexuée d'un individu quel qu'il soit, trans ou pas.

⁴⁵ R.J. STOLLER, *ibid.*, p. 80.

§ 2. L'extérieur et l'intérieur du corps sexué

L'identité sexuée d'un individu est complexe comme on l'a vu, et ne se réduit pas à certains éléments de son anatomie sexuelle tels son pénis, son sperme⁴⁶ et sa pilosité pour un homme⁴⁷, son utérus, son vagin, ses ovocytes, ses menstrues, ses seins et sa chevelure pour une femme, même si ces éléments contribuent à composer l'image qu'on se fait de cette identité, et sont donc souvent incorporés par les personnes trans cherchant à se masculiniser ou à se féminiser dans les limites de ce que peuvent offrir les techniques médicales et cosmétiques en la matière, soit, dans le premier cas, par la prise d'hormones masculinisantes, la mamectomie, la phalloplastie, ou, dans le second cas, par l'épilation, le port de perruque, la greffe de cheveux, la prise d'hormones féminisantes, l'implant de prothèses mammaires, l'opération sexuelle, la chirurgie de la pomme d'Adam (chondroplastie), la chirurgie faciale.

En revanche, il est clair que toutes ces techniques concernent l'apparence du corps, et non son intérieur. Ainsi, aucune technique à ce jour ne permet de changer d'organes reproducteurs ni de chromosomes. D'une certaine manière, on observe une adéquation entre les techniques médicales et cosmétiques qui modifient l'apparence de la personne, et le droit, qui exige également un changement de « l'apparence sexuée » du demandeur, puisque la Cour de cassation affirme que « le changement d'état civil des personnes transidentitaires conduit à indiquer, sur leur acte de naissance, un sexe apparent »⁴⁸.

Ce critère juridique du « sexe apparent » amène à s'interroger sur la légalité réelle de la condition de stérilisation qui est le plus souvent exigée par les tribunaux français pour modifier l'état civil, dans la mesure où l'hystérectomie d'une personne trans FtoM ne modifie en rien son « sexe apparent ». Il nous semble que cette exigence, qui est davantage d'ordre médical que légal découle de la difficulté déjà soulignée à différencier le sexe anatomique de l'identité sexuée. Cela passe, entre autres, par le fait de réduire l'individu à sa fonction reproductive, et cela est particulièrement vrai pour les femmes dont on a longtemps admis que *tota mulier in utero*, selon la formule latine. Aussi, a-t-on du mal à considérer qu'une personne trans FtoM puisse conserver son utérus et ses ovaires. Pourtant, le cas récent de Thomas Beatie aux États-Unis, qui, à 37 ans, a porté et donné naissance à trois enfants entre 2008 et 2010, grâce à un don de sperme et après avoir arrêté temporairement la prise de testostérone, témoigne qu'il est possible d'être un homme, et de surcroît d'être le « mari de sa femme » et le « père de ses enfants », tout en ayant gardé et même

⁴⁶ C. FORTIER, « Le don de sperme et le don d'ovocyte ou "trois font un", Sexualité, inceste et procréation », in *Anthropologie et psychanalyse : regards croisés*, sous la direction de P. Bidou, J. Galinier et B. Juillerat, Paris, EHESS, 2005, pp. 59-80.

⁴⁷ C. FORTIER, « La barbe et la tresse, Marqueurs de la différence sexuée (société maure de Mauritanie) », in *Les cahiers du laboratoire d'anthropologie sociale, Poils et sang*, 6, sous la direction de D. Karadimas, Paris, L'Herne, 2010, pp. 94-104.

⁴⁸ P. REIGNÉ, *ibid.*, p. 1884.

utilisé sa fonction reproductive dite « féminine » ainsi que ses ovaires. Rappelons que Thomas Beatie avait eu recours à sa propre fonction utérine à la place de sa femme, car celle-ci avait subi une hystérectomie.

On connaît les vives réactions provoquées par cette situation inédite dans les médias, puisque Thomas Beatie venait de donner corps à une figure qui demeurait auparavant dans les limbes de l'imaginaire, mais qui n'en était pas moins vivement présente dans les représentations, les contes, et les mythes, celle de « l'homme enceint »⁴⁹. Le titre d'un article de journal : « Mon père est aussi ma mère »⁵⁰, témoigne de la difficile dissociation dans les esprits entre la fonction parentale, en l'occurrence celle d'être père, et le fait de l'être devenu en ayant utilisé pour ce faire des fonctions reproductives biologiques qui caractérisent traditionnellement la maternité. Dans le cas de Thomas Beatie, on voit que la fonction utérine de reproduction peut être déconnectée de l'identité sexuée, même si cette fonction reste genrée, et ce y compris dans l'esprit de Thomas Beatie lui-même, qui parle de son rôle reproductif en terme de « mère porteuse » (*surrogate mother*)⁵¹.

§ 3. La hantise du deux en un

Chez l'homme, c'est le pénis érectile et le sperme qui sont considérés comme l'insigne du masculin⁵², ainsi que le montre le traitement médical proposé aux trans MtoF marqué par la « castration », terme qui est employé officiellement par les médecins eux-mêmes⁵³. Et comme ce n'est pas le pénis en soi qui représente l'emblème du masculin, mais bien le pénis en érection, la castration proprement dite va être précédée par une castration chimique qui va mettre à mal la fonction érectile de la personne. En effet, l'endocrinologue, que ce soit dans le cadre du protocole officiel ou dans le privé, prescrit tout d'abord à l'individu chez qui le psychiatre a constaté une « dysphorie de genre », des hormones dévirilisantes qui vont bloquer toute érection, en l'occurrence de l'androcure qui neutralise la production de testostérone, avant même de prescrire les hormones féminisantes tant attendues par la personne qui souhaite se féminiser.

Dans le cas des trans MtoF, la procédure hormono-chirurgicale vise à les démasculiniser avant de les féminiser. On voit donc que la logique à l'œuvre consiste, dans un premier temps, à débarrasser l'individu de ses caractéristiques anatomiques originelles avant même de lui faire acquérir celles de son

⁴⁹ R. ZAPPERI, *L'homme enceint*, Paris, PUF, 1983.

⁵⁰ « Deux en un – Mon père est aussi ma mère », *Courrier International*, 11 février 2012, <http://www.courrierinternational.com/article/2008/08/01/mon-pere-est-aussi-ma-mere>.

⁵¹ Thomas Beatie affirme : « D'un certain point de vue, je me considère comme ma propre mère porteuse », *ibid.*

⁵² Cf. C. FORTIER, « Le don de sperme et le don d'ovocyte ou "trois font un", Sexualité, inceste et procréation », in *Anthropologie et psychanalyse : regards croisés*, sous la direction de P. Bidou, J. Galinier et B. Juillerat, Paris, EHESS, 2005, pp. 59-80.

⁵³ Cf. Haute Autorité de santé, *ibid.*, 2008, pp. 123.

identité sexuelle actuelle. Il en est de même pour les trans FtoM aussi bien sur le plan hormonal que chirurgical, puisque la personne doit d'abord avoir réalisé une mamectomie et une hystérectomie avant d'envisager une phalloplastie. Il s'agit de s'assurer que l'individu a bien perdu ce qui fait sa féminité d'un point de vue social, à savoir ses seins et son utérus, avant de lui permettre d'acquérir éventuellement l'insigne du masculin qu'est le pénis. Le terme même de « phalloplastie » qui renvoie au phallus en tant que symbole, et non au pénis en tant qu'organe, témoigne de la surdétermination de cet organe sexuel en tant qu'il est associé à la virilité.

Cette logique qui consiste à enlever certaines caractéristiques anatomiques propres au sexe de la personne avant de lui fait acquérir celles de l'autre sexe, témoigne de la crainte qu'un même individu puisse posséder les caractéristiques visibles des deux sexes en même temps. Il existe une peur phobique à se représenter un individu qui cumulerait certains caractères physiques des deux sexes, comme si cela faisait partie de l'irreprésentable. Thomas Beatie, qu'on a vu poser dans les journaux avec un ventre de femme et une barbe d'homme, a incarné cette figure sidérante pour l'imagination en tant qu'elle rejoint une figure fantasmagorique de l'imaginaire occidental qui est celle de l'« homme enceint ».

On retrouve cette hantise de l'indifférenciation dans le traitement des personnes intersexuées où, devant l'indétermination sexuée qui est ici l'œuvre de la nature et non de la culture, les médecins vont intervenir pour corriger cette « erreur de la nature » en « sexuant » l'enfant, soit en lui donnant un sexe déterminé, comme s'ils ne pouvaient le laisser dans cet état d'indifférenciation sexuelle. Le traitement de l'intersexuation en France témoigne très nettement d'une hantise de l'indifférenciation sexuée, le nouveau-né ne pouvant entrer dans aucune des deux cases prévues par l'état civil ou, ce qui est pire, du point de vue des représentations fantasmagoriques, dans les deux, les médecins vont trancher dans le vif de sa chair et lui assigner une identité monosexuée. Tout se passe comme si on ne pouvait penser l'identité sexuée qu'en termes exclusifs : « Soit c'est un garçon, soit c'est une fille », mais non de façon conjointe. Ainsi que le remarque Philippe Reigné : « On peut s'étonner de la faible place tenue, dans la jurisprudence contemporaine, par l'intersexuation ; celle-ci n'apparaît plus dans les prétoires du fait des traitements médicaux souvent appliqués en vue de modifier les organes génitaux des nouveau-nés intersexués afin d'insérer plus facilement ceux-ci dans l'une ou l'autre des catégories de sexe admises par le droit. Le corps est maintenant placé sous la contrainte du sexe juridique. »⁵⁴

⁵⁴ P. REIGNÉ, *ibid.*, p. 1887.

Section 4

Figier l'identité sexuée**§ 1. Effets pervers du diagnostic psychiatrique**

Le 26 mars 2007, un collègue d'experts internationaux présentait auprès de l'ONU les principes dits « de Jogjakarta », dont le principe n° 3 qui déclare que : « Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre. »⁵⁵ Et le 29 juillet 2009, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, dans son rapport sur les « Droits de l'Homme et identité de genre », recommandait : « Dans les textes encadrant le processus de changement de nom et de sexe, [de] cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux. »⁵⁶

Déjà, certaines législations européennes, comme celle de l'Angleterre depuis 2004, et de l'Espagne depuis mars 2007, ainsi que, plus récemment, celle de l'Allemagne en janvier 2011, du Portugal en mars 2011, ou encore du canton suisse de Zurich en mars 2011, ont renoncé à la stérilisation comme condition au changement d'état civil. Les pays les plus progressistes en la matière sont l'Angleterre et l'Espagne qui n'exigent plus d'opération chirurgicale⁵⁷. L'Angleterre, en l'occurrence, va plus loin que l'Espagne, car elle ne requiert pas de traitement hormonal. Donc, si on observe dans des pays d'Europe une certaine démedicalisation et une certaine dépsychiatisation, celles-ci ne sont néanmoins pas totales.

En effet, en Angleterre comme en Espagne, le changement d'état civil se fonde sur un « diagnostic de dysphorie de genre ». En Angleterre, un médecin ou un psychologue spécialiste, ainsi qu'un médecin non spécialiste, doivent attester du « diagnostic de dysphorie de genre persistante » (*diagnosis of persistent gender dysphoria*), et c'est un comité d'experts constitué de membres du corps médical et judiciaire (*Gender Recognition Panel*) qui accordent ou non, à partir des documents fournis par le demandeur, et sans nécessairement exiger de le voir, le changement d'état civil. En Espagne, à la différence de l'Angleterre, le médecin doit attester d'un traitement hormonal et d'un suivi psychiatrique de deux ans.

Le projet de loi le plus progressiste en la matière ne vient pas d'un pays européen, mais d'un pays d'Amérique latine, l'Argentine, où aucun diagnostic psychiatrique ni médical n'est exigé pour le changement d'état civil ; au moment

⁵⁵ <http://www.yogyakartaprinciples.org/index.php?lang=fr>.

⁵⁶ T. HAMMARBERG, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet>.

⁵⁷ En Espagne, comme en Angleterre, le demandeur doit être âgé de plus de 18 ans.

où nous écrivons ce texte, il semble que cette loi du 30 novembre 2011 n'ait pas encore été votée par le Sénat, mais elle a déjà été approuvée par une majorité de députés en décembre 2011. Cette loi sur « l'identité de genre » (*gender identity law*) affirme très clairement dans son article 4 qu'aucun traitement médical ou psychiatrique n'est nécessaire pour changer à la fois « d'identité de genre », de prénom, et de photo sur ses documents d'identité : « En aucun cas il ne sera nécessaire d'attester de la réalisation d'une procédure chirurgicale de réassignation génitale totale ou partielle, de thérapies hormonales, ou de tout autre traitement psychologique ou médical. »⁵⁸ Si cette loi est effectivement votée par le Sénat argentin, elle marquera une vraie rupture avec la manière classique et médico-psychiatrique d'aborder la transidentité, et plus largement l'identité sexuée, et pourrait légitimement inspirer d'autres législations, y compris européennes.

La notion de « dysphorie de genre » sur laquelle se fondent les différents droits européens aurait été élaborée par Norman Fisk de Paolo Alto en Californie dans les années 1970⁵⁹. En France, les psychiatres se réfèrent à cette notion ainsi qu'à celles de transsexualisme primaire et secondaire héritées de Robert Stoller. En effet, encore récemment, dans les protocoles officiels français, seules les personnes ayant eu le sentiment de leur « dysphorie de genre » dans leur enfance étaient diagnostiquées comme « transsexuelles primaires » et étaient alors considérées comme de « vraies transsexuelles », mais non les « transsexuelles secondaires » qui auraient pris conscience de leur « dysphorie de genre » plus tardivement. Ce n'est que très dernièrement que les psychiatres sont un peu revenus sur cette distinction, incluant dans leur protocole des personnes qu'ils diagnostiquaient comme « transsexuelles secondaires »⁶⁰.

L'annonce par la ministre de la Santé de l'époque qu'était Roselyne Bachelot de la dépsychiatisation du transsexualisme en France, avait été suivie, le 8 février 2010, par un décret supprimant les « troubles précoces de l'identité de genre » de la liste des « affections psychiatriques de longue durée » du Code de la sécurité sociale. Reste, on le voit, que si la transidentité ne figure plus dans les « affections psychiatriques de longue durée », elle est toujours nommée par le terme de « troubles précoces de l'identité de genre », expression qui renvoie implicitement à la catégorie du transsexualisme primaire de Robert Stoller. Le dernier *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), le « DSM 4 », manuel de psychiatrie édité par l'Association américaine de psychiatres faisant référence internationalement, continue à parler du transsexualisme en termes de « syndrome de dysphorie de genre » et de « trouble de l'identité sexuelle ou

⁵⁸ Cf. <http://reloaded.e-llico.com/article.htm?articleID=27597> et www.transactivists.org. La personne doit être âgée de plus de 18 ans, mais la loi prévoit aussi une procédure particulière pour les mineurs. « In no case will it be needed to prove that a surgical procedure for total or partial genital reassignment, hormonal therapies or any other psychological or medical treatment has taken place ».

⁵⁹ Cf. C. CHILAND, *Changer de sexe – Illusion et réalité*, Paris, Odile Jacob, 2011, p. 65.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 222.

de l'identité de genre», soit en des termes psychiatriques, même si une révision de ces notions est prévue pour sa cinquième édition qui doit paraître en mai 2013. Il en est de même dans la classification internationale des maladies de l'O.M.S. où la transsexualité figure parmi «les troubles mentaux et du comportement»⁶¹, même si la «résolution du Parlement européen du 28 septembre 2011 sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre aux Nations unies» «demande à la Commission et à l'Organisation mondiale de la santé de retirer les troubles de l'identité de genre de la liste des troubles mentaux et du comportement, et de veiller à la reclassification desdits troubles en troubles non pathologiques lors des négociations sur la onzième version de la classification internationale des maladies (CIM-11).»⁶²

Malgré l'annonce de Roselyne Bachelot et la récente résolution du Parlement européen, les juges s'appuient toujours en France, et plus généralement en Europe, comme on l'a vu, sur le diagnostic de dysphorie de genre pour établir le changement d'état civil. Nos recherches nous ont montré que le fait même de «poser un diagnostic» en nommant la personne comme «transsexuelle» ou «dysphorique de genre» l'enfermait dans une catégorie et prononçait de façon définitive son destin, au lieu de lui procurer un espace d'élaboration qui lui permette de formuler librement ses pulsions, ses désirs, ses choix, mais aussi ses doutes, ses angoisses, sa «mélancolie de genre», comme le dit Judith Butler. Le diagnostic vient assigner une identité à l'individu, alors que personne mieux que lui ne peut savoir ce qu'il éprouve et dans quelle direction il souhaite aller⁶³.

§ 2. Le leurre de l'irréversibilité médicale

Dans toutes les législations européennes, la notion de dysphorie de genre reste importante, ainsi que celle d'irréversibilité. Sous la pression des recommandations européennes issues du rapport de Thomas Hammarberg, l'État français a publié au *Journal officiel* du 25 mars 2010 une réponse à des questions de parlementaires qui incite les tribunaux à plus de souplesse, mais où revient de manière itérative l'impératif juridique «du caractère irréversible du changement de sexe» : «Le principe du respect dû à la vie privée justifie que l'état civil indique le sexe dont la personne a l'apparence. Il ressort de cette jurisprudence qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier au cas par cas les demandes de changement de sexe, au regard du caractère *irréversible* de celui-ci.»⁶⁴

⁶¹ Cf. le site de l'O.M.S., <http://www.who.int/whr/2001/chapter2/fr/index1.html>.

⁶² Point n° 16 de cette résolution, consultable en ligne sur le site du Parlement européen : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0427+0+DOC+XML+V0//FR>.

⁶³ En revanche, il nous semble judicieux qu'une lettre d'un psychologue accompagne la demande de changement de sexe, non pour «prononcer un diagnostic», mais pour s'assurer que la personne qui demande son changement d'état civil n'est pas schizophrène ou délirante.

⁶⁴ <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-65760QE.htm>. Pour plus de détails sur ces sources du droit, voy. *infra*, chapitre 2.

Ici, la notion d'irréversibilité peut être entendue dans plusieurs sens : s'agit-il d'une irréversibilité d'ordre psychique, liée à la « conviction irréversible » de son identité sexuée, ou d'une irréversibilité d'ordre physique référée aux traitements médicaux ? Une circulaire (n° CIV/07/10) du 14 mai 2010 est venue préciser le caractère physique de cette notion d'irréversibilité, puisqu'on peut y lire que les magistrats « [pourront] donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique *définitive*, associés, le cas échéant, à des opérations de chirurgie plastique (prothèses ou ablation des glandes mammaires, chirurgie esthétique du visage...), ont entraîné un *changement de sexe irréversible*, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux »⁶⁵. Dans ce texte, il est clair que la notion d'irréversibilité n'est plus associée à l'opération de sexe, mais à d'autres modifications corporelles telles qu'un traitement hormonal jugé irréversible.

Tout se passe comme si le droit cherchait une caution médicale dans l'hormonothérapie ou dans la chirurgie sexuelle afin de fonder en nature la notion d'irréversibilité du « sexe ». Mais, quand on y regarde de plus près, on constate que l'irréversibilité recherchée par le droit dans les traitements médicaux suivis par les trans est une fiction. En premier lieu, l'hormonothérapie, pourtant qualifiée de « définitive » dans cette circulaire ne l'est pas, puisqu'il s'agit d'un traitement à vie, et il suffit que les personnes arrêtent leur traitement pour que leurs caractéristiques physiques d'origine refassent surface⁶⁶. Il en est de même des prothèses mammaires, citées dans cette circulaire, et qui peuvent toujours être ajoutées puis enlevées : on peut imaginer qu'une personne trans MtoF ayant des prothèses mammaires puisse un jour vouloir les retirer, tout comme une personne trans FtoM ayant pratiqué une mastectomie se fasse plus tard poser des prothèses mammaires. L'opération de sexe elle-même n'a pas le caractère absolu qu'on lui prête.

On peut considérer que la seule opération irréversible qui existe, mais dont parlent peu les juges alors même qu'elle a son importance pour les personnes MtoF, est l'épilation laser, puisqu'une fois accomplie, les poils ne repoussent plus. Mais le poil est sans doute un critère auquel les juges ne pensent pas en termes d'irréversibilité, car il apparaît comme un élément corporel extrêmement manipulable. De plus, ce n'est pas un critère qui est d'ordre médical, mais esthétique. Pourtant, cette opposition entre médical et esthétique est en soi extrêmement poreuse et relative. Il existe, par exemple, des hommes qui incorporent des œstrogènes pour avoir la peau plus douce, soit pour des raisons esthétiques et non médicales. Ou encore, des personnes peuvent prendre de la testostérone à titre d'« expérimentation » et non pour « devenir un homme », comme le raconte Beatriz Preciado dans son livre *Testo Junkie*. De la même

⁶⁵ www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf.

⁶⁶ Le cas de Thomas Beatie qui a pu retrouver sa fonction ovarienne en ayant arrêté la testostérone en est un exemple.

façon, chez les personnes trans, on peut s'interroger sur le caractère thérapeutique et non strictement esthétique d'une chirurgie faciale, tout comme on peut s'interroger sur le caractère esthétique et non strictement thérapeutique d'une chirurgie de sexe. D'ailleurs, dans de nombreux pays, comme c'est le cas du Québec ou de la Thaïlande, ces deux opérations, dans le cas des personnes trans MtoF, sont souvent accomplies en une seule fois.

§ 3. Le droit à l'indécision de son identité sexuée

S'il n'y a pas d'irréversibilité médicale en matière de « sexe », faudrait-il fonder la notion d'irréversibilité juridique sur la volonté définitive de l'individu de changer d'état civil, soit sur la notion de conviction ? C'est ce que fait le *Gender Recognition Act* où le demandeur est sommé de convaincre de son intention de vivre dans sa nouvelle identité sexuée le reste de sa vie. Mais on peut aussi s'interroger sur la fluctuation possible de tout ce qui relève de la volonté individuelle. Même si la personne déclare très sincèrement à un moment donné que son identité sexuée est définie et arrêtée, rien ne prouve que, plus tard, elle éprouvera aussi sincèrement que la première fois la conviction opposée, son identité ayant évolué avec le temps, l'expérience, les rencontres, et les circonstances de la vie. Toute conviction très claire à un moment donné peut s'estomper, se changer en son contraire, et toute résolution ou engagement n'existe jamais une fois pour toutes. Comme on le dit parfois : « Il ne faut jamais dire toujours ou jamais ». Le droit lui-même reconnaît le caractère réversible de toute conviction, puisque « l'article 9 de la Convention EDH garantit la liberté des convictions et, conséquemment, le droit d'en changer, sans que cette liberté ne puisse faire l'objet d'aucune restriction de la part des États »⁶⁷.

Tout individu est un sujet en devenir. Et, de même que le diagnostic qui pose le sujet comme « transsexuel » le met sur les rails du « parcours transsexuel » et tue toute possibilité pour la personne qui s'interroge sur son identité sexuée de revenir en arrière, le fait de changer d'état civil de façon définitive n'autorise pas l'individu à éprouver des doutes ou à exprimer des remords, hésitations qui seraient interprétées comme un démenti de sa conviction irréversible à changer de « sexe ». Ce cadre médico-juridique empêche l'individu d'être dans une élaboration de soi authentique ; or on devrait pourtant lui permettre d'expérimenter une voie qu'il croit être la sienne à un moment donné, tout en lui laissant aussi la possibilité d'y renoncer si jamais il venait à s'apercevoir, après s'y être engagé, qu'il s'est trompé, possibilité qui n'est jamais envisagée compte tenu du fait qu'il doit convaincre les psychiatres comme les juges, et donc se convaincre lui-même, de sa volonté inébranlable de changer de « sexe ». Comme le souligne Beatriz Preciado : « Dans le protocole médical, changer de

⁶⁷ P. REIGNÉ, *ibid.*, p. 1890.

sexe implique de prendre une décision unique, un choix fait une fois pour toutes. Mais les choses sont plus complexes. »⁶⁸

Pourtant, la croyance en la fixité de l'identité sexuée est largement partagée par de nombreux psychiatres, médecins, juges, ou psychologues. Et on peut d'ailleurs se demander si le fait que cette notion revienne avec autant d'insistance sous la plume des juges n'est déjà pas l'indice qu'ils doutent de sa véracité, comme s'il fallait à tout prix sauver le dogme de l'irréversibilité du « sexe » au moment même où celui-ci commence à être mis à mal. Ainsi que le souligne la Haute Autorité de santé : « En France, l'état civil est régi par le principe "d'indisponibilité de l'état des personnes". Appliqué à la lettre, ce principe signifie que la mention du sexe dans l'état civil (sexe déterminé à la naissance par l'examen des organes génitaux externes) ne peut faire l'objet d'une modification. La seule exception à la règle serait celle de "l'erreur manifeste". Ainsi, la demande de modification du sexe dans l'état civil ne peut reposer sur la seule volonté du demandeur. »⁶⁹

On peut aussi s'étonner du fait que le critère de l'irréversibilité auquel tiennent tant les juges lorsqu'il s'agit de changer de « sexe » ne soit pas exigé lorsqu'il s'agit de changer de prénom, alors qu'on pourrait s'attendre à ce que ces deux mentions soient considérées identiquement du point de vue de leur caractère réversible ou irréversible, dans la mesure où elles concernent toutes deux l'identité sexuée de l'individu. En effet, à la différence du changement de « sexe », un individu qui a déjà changé de prénom, peut demander à le modifier une nouvelle fois. Comme le signale la Haute Autorité de santé : « De plus, d'une façon générale, la Cour de cassation n'a jamais admis, en matière de changement de prénom, une situation irréversible, ayant reconnu que l'intérêt pouvait varier avec le temps, l'intéressé pouvant changer d'avis et demander à nouveau un changement de prénom. »⁷⁰

Cette dernière phrase qui reconnaît que « l'intérêt pouvait varier avec le temps », pourrait tout autant être appliquée à l'identité sexuée qu'au changement de prénom. Car si l'état civil exige que l'individu se définisse comme « homme » ou « femme » et lui demande de trancher définitivement relativement à son identité sexuée, le sujet peut néanmoins demeurer dans une certaine indécision. Ces catégories peuvent se révéler insatisfaisantes, ainsi que le montre le cas de Norrie May-Welby qui s'est battue pour voir figurer la mention « X » ou « indéterminée » sur son passeport australien après avoir obtenu son changement d'identité en femme. La mention légale nouvellement introduite en Australie de « sexe indéterminé » vient elle-même contredire la notion juridique de fixité de l'identité sexuée, érigée en croyance.

⁶⁸ B. PRECIADO, *ibid.*, p. 199.

⁶⁹ Haute Autorité de santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », avril 2009, p. 40 (http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_894315/situation-actuelle-et-perspectives-devolution-de-la-prise-en-charge-medicale-du-transsexualisme-en-France).

⁷⁰ *Ibid.*, p. 39.

Nos sociétés ont par ailleurs beaucoup de mal à envisager l'indétermination de l'identité sexuée. Le terme de *queer*, qui signifie « bizarre » en anglais, renvoie à l'« étrangeté » que peuvent susciter des personnes qui refusent d'être cataloguées dans un genre particulier ou dans une identité sexuée définie, et qui revendiquent une certaine indécision de leur identité. Ces personnes ont repris ce terme péjoratif à leur compte, dans une entreprise de détournement du stigmate en un élément de fierté, comme l'ont fait également les homosexuels avec les termes de « pédé » ou de « gouine ». Le mouvement *queer* est iconoclaste – au sens étymologique du terme qui signifie briser les icônes – en tant qu'il atteste que la croyance au caractère nécessairement fixe de l'identité sexuée est un leurre, une idole⁷¹. Si l'on admet l'indétermination possible de l'identité sexuée, rajouter une case « X » pour « indéterminé », ou « T » pour « trans », ne règle pas entièrement le problème, puisque, l'enjeu ici, n'est pas le contenu de la case proprement dit, mais bien l'existence même d'une telle case, soit le fait d'avoir à se définir. Problème qui serait en partie résolu si la mention du sexe ne figurait plus sur l'état civil.

Section 5

L'épreuve (les preuves) de l'expérience de vie

§ 1. Un *passing* inégal

Un critère non plus médico-psychiatrique, mais social de l'identité sexuée est aussi pris en considération par le droit, comme le montre l'arrêt fondateur de la Cour de cassation du 11 décembre 1992 venu encadrer les demandes de changement de sexe à l'état civil, qui mentionne l'importance du « comportement social » de la personne : « Lorsqu'une personne a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect de la vie privée justifie que son état civil mentionne désormais le sexe dont elle a l'apparence. »⁷² Ce critère, qui est plus généralement pris en compte par le droit européen, est celui de l'expérience de vivre socialement dans sa nouvelle identité sexuée. La durée de cette expérience peut varier selon les pays ; selon le droit anglais, elle est fixée à deux ans, et selon le droit espagnol, à un an. Cette notion a une certaine analogie avec le « test de vraie vie » (*test of real life*) requis dans le « parcours transsexuel » avant la prise d'hormones pour s'assurer que l'individu n'exprime pas un fantasme passager sans inscription dans le réel, et pour qu'il puisse ainsi prendre conscience des

⁷¹ Le mouvement *queer* joue avec les stéréotypes de genre pour mieux les déconstruire, qu'on pense par exemple aux *drag queen* ou aux *drag kings*, mouvement dont Judith Butler, *ibid.*, et Marie-Hélène Bourcier analysent la dimension subversive. Cf. M.-H. BOURCIER, *Queer zones, Politique des identités sexuelles des représentations et des savoirs*, Paris, Balland, coll. Modernes, 2011.

⁷² M. FRIANT-PERROT, « Transsexualisme : une modification des conditions du changement de sexe ? » in *Recueil Dalloz*, n° 35 du 7 octobre 1999, jurisprudence, pp. 497-512, http://syndromedebenjamin.free.fr/juridique/etatcivil/cec/cec_sans_vagino-rennes1998-10-26.htm.

effets occasionnés par son changement d'identité sexuée dans la vie de tous les jours. La notion d'« expérience de vie » pourrait constituer un critère sur lequel fonder le changement d'état civil, sans que cette notion soit nécessairement reliée à un parcours médical particulier, sans qu'elle soit définie dans le temps, et sans qu'elle soit exigée dans toutes les sphères sociales où évolue le demandeur, notamment au travail. Cette notion devrait, en effet, tenir compte du cheminement psychosocial de la personne au sein d'un environnement familial, amical et professionnel singulier.

À partir de la déclaration du demandeur et de témoignages, la notion juridique de « possession d'état » permettrait de convenir que son existence dans sa nouvelle identité sexuée ne se limite pas à son espace privé ou à certains moments particuliers, mais qu'elle se prolonge dans sa vie quotidienne. La Cour d'appel de Reims a rendu un jugement le 4 octobre 2001 qui va dans ce sens, non pas en matière de changement d'état civil, mais de changement de prénom : « Dès lors qu'il (le requérant) a le sentiment d'être une femme et la volonté de transformer son sexe, que son apparence physique est conforme à ce sentiment et cette volonté, que le public et son entourage immédiat le perçoivent non comme un homme mais comme une femme. Il importe dans ces conditions, de lui conférer une identité en rapport avec l'image qu'il a de lui et qu'il renvoie. »⁷³ Cependant, la notion d'image que la personne renvoie doit être prise avec beaucoup de prudence. L'acceptation du changement d'état civil ou du prénom ne doit pas reposer uniquement sur le regard que les autres portent sur le demandeur et sur la reconnaissance sociale qu'ils lui accordent, car elle risque de favoriser un certain type de personne dont l'apparence physique sera davantage conforme à l'image qu'on se fait d'une femme ou d'un homme.

Le concept de *passing* ou le fait de « passer » en public est très important pour les personnes trans, aussi bien pour l'image qu'elles donnent à voir aux autres que pour l'image qu'elles ont d'elles-mêmes. Mais ce critère est aussi très inégal selon les caractéristiques morphologiques des individus, par exemple, une personne MtoF qui est petite « passera » plus inaperçue dans la rue en tant que femme que si elle est grande. Ainsi, introduire la notion de *passing* dans le droit risquerait de renforcer des inégalités naturelles entre les individus, là où celui-ci doit au contraire tendre à les égaliser. De plus, cette notion de *passing* véhicule des représentations genrées sur ce à quoi doit ressembler une femme ou un homme qui sont extrêmement relatives comme on l'a vu. Il est clair que, plus la société acceptera des personnes différentes du point de vue de leur genre et de leur apparence physique, et moins la notion de *passing* sera nécessaire.

⁷³ [Legimobile.fr/fr/jjp/j/ca/51454/2001/10/4/6938310/](http://legimobile.fr/fr/jjp/j/ca/51454/2001/10/4/6938310/).

§ 2. Changer de photo, puis de prénom, et enfin de « sexe »

Sachant qu'elles ont plus de chance de parvenir à changer leur prénom que leur changement d'état civil, de nombreuses personnes trans en France entament la première procédure avant la seconde⁷⁴. En général, le changement de prénom est effectivement plus aisé à obtenir puisqu'il ne requiert pas d'opération de sexe, mais la preuve qu'il est réalisé dans l'intérêt de la personne. En 2009, la Haute Autorité de santé faisait l'état des lieux de cette situation qui était encore confuse pour certains tribunaux : « En effet, si la plupart des tribunaux de grande instance (T.G.I.) procèdent de façon quasi automatique au changement de prénom, une fois démontré l'intérêt légitime de celui-ci (la dysphorie de genre) et sans tenir compte de l'existence d'une opération de réassignation sexuelle, d'autres (une minorité) sont réticents et n'accèdent à la demande de changement de prénom qu'une fois la modification de la mention du sexe effectuée sur l'état civil. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation n'oblige à une opération de réassignation sexuelle qu'en cas de demande de modification de la mention du sexe à l'état civil, et n'a jamais imposé une telle obligation à une demande de changement de prénom. »⁷⁵

De plus, depuis le 30 septembre 2010, le garde des Sceaux a déclaré que le changement de prénom des personnes trans devait se fonder sur leur conviction intime : « Enfin, pour faciliter la vie quotidienne des personnes transsexuelles durant la période où s'opère le changement de genre, il leur est possible d'obtenir la modification du prénom sur le fondement des dispositions de l'article 60 du Code civil. En effet, la jurisprudence reconnaît que la conviction d'appartenance à l'autre sexe constitue l'intérêt légitime requis pour ce changement de prénom. »

Beaucoup de personnes trans, avant même d'entamer une procédure de changement de prénom, font remplacer la photo de leur carte d'identité ou de leur passeport au motif qu'elle n'est plus conforme avec la réalité de leur apparence physique, motif qui est généralement admis par les services de l'état civil de la mairie ou de la préfecture. La photo est en effet la première chose que l'on regarde lors d'une vérification d'identité, et le constat de la dissemblance entre l'image figurant sur le document d'identité, et l'image que donne à voir la personne peut lui causer de nombreux désagréments. Toutes les personnes trans que nous avons rencontrées ont par ailleurs connu des situations désagréables liées au fait que leur prénom et leur identité sexuée n'étaient pas modifiés sur leurs documents administratifs ou bancaires. Une personne trans MtoF nous décrivait sa frayeur devant l'employé de la poste lorsqu'elle devait montrer sa carte d'identité pour retirer un colis. Une autre nous racontait que lorsqu'elle payait avec sa carte bleue et qu'on lui posait des questions

⁷⁴ Bien que cela exige deux procédures au lieu d'une qui demandent chacune un certain temps (dix-huit mois environ) et chacune un certain coût (2.000 EUR environ).

⁷⁵ *Ibid.*, p. 39.

relativement au prénom masculin qui y figurait, elle expliquait que c'était la carte bleue de son mari. Une autre avait décidé de ne plus effectuer de paiement par chèque pour ne plus avoir à sortir sa pièce d'identité. Une autre avait été terrifiée quand un policier avait exigé de voir ses papiers dans le métro. Une autre, alors qu'elle conduisait, avait failli ne pas s'arrêter sur la route lors d'un contrôle de la gendarmerie, de crainte d'avoir à présenter son permis de conduire. Une autre nous signalait la différence de regard qu'elle avait perçue entre le policier français ayant vérifié son passeport à l'aéroport et celui du policier thaïlandais à son arrivée dans le pays des *lady boy* et des opérations sexuelles.

Les complications sont multiples : pour s'inscrire à la faculté, passer son permis de conduire, trouver un emploi, un logement... La mention explicite du « sexe » dans le numéro de sécurité sociale, par le biais du 1 pour un individu de « sexe masculin » ou du 2 pour un individu de « sexe féminin », est aussi vécue de façon persécutoire par les personnes trans. La discordance entre l'apparence physique de la personne et les renseignements figurant sur ses documents d'identité, la met dans une situation de grande vulnérabilité. Elle doit souvent affronter des regards moqueurs, interrogateurs, suspicieux, et entendre des paroles blessantes. Elle est parfois confrontée à des questions intrusives qui ressortissent à sa vie privée et à laquelle elle ne devrait pas avoir à répondre.

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu officiellement les désagréments rencontrés par les personnes trans vivant en France suite au fait que « de nombreux documents officiels révèlent “la discordance entre [le] sexe légal et [le] sexe apparent” », ce qui place l'individu concerné « dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée » :

« Avec l'arrêt *B. c. France* (25.03.1992), la Cour conclut pour la première fois à la violation de l'article 8 dans une affaire relative à la reconnaissance des transsexuels. Transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin, Mlle B. se plaignait du refus des autorités françaises de lui accorder la modification d'état civil qu'elle sollicitait.

Violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)

La Cour prend en considération des éléments distinguant l'affaire B. des affaires *Rees* et *Cossey*, notamment les différences entre les systèmes anglais et français d'état civil. Alors qu'il existait en effet au Royaume-Uni des obstacles majeurs à la modification des actes de naissance, ils ont en France vocation à être mis à jour tout au long de la vie des citoyens. Par ailleurs, la Cour souligne qu'en France, de nombreux documents officiels révèlent “la discordance entre [le] sexe légal et [le] sexe apparent” d'un transsexuel (§ 59), qui apparaît également sur les documents émanant des caisses de sécurité sociale et sur les feuilles de paye. La Cour dit ainsi que le refus de modifier l'état civil de la requérante la plaçait quotidiennement “dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée”. »⁷⁶

⁷⁶ Cour eur. D.H., juin 2011, www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/.../FICHES_Identite_genre_FR.pdf.

Bien que la France ait obtempéré aux injonctions de la Cour européenne, elle est encore loin de se conformer aux recommandations du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, qui, dans son rapport du 29 juillet 2009 intitulé « Droits de l'Homme et identité de genre », demandait d'« instaurer des procédures rapides et transparentes de changement de nom et de sexe sur les extraits d'acte de naissance, cartes d'identité, passeports, diplômes et autres documents officiels »⁷⁷. Reste à savoir si les juges français appliqueront ces recommandations européennes, et plus profondément, changeront leur regard sur la transidentité, cet article ayant pour objectif d'y contribuer.

Chapitre II

Point de vue juridique – L'évolution du droit français : déconstruction anatomique et reconstruction sociale du « sexe »⁷⁸

Section 1

Introduction : le chemin parcouru et celui qu'il reste à parcourir

En droit français, comme dans nombre de droits occidentaux, la mention du sexe est obligatoire dans l'acte de naissance, au même titre que la date et le lieu de naissance (article 57 du Code civil). Ce sont là traditionnellement pour le droit trois « vérités historiques qui résistent à toute manipulation ultérieure »⁷⁹. Pas besoin cependant de présenter le nouveau-né pour vérification à l'officier d'état civil. Le camouflage des garçons pour les faire échapper à la conscription a cessé depuis longtemps, et le rattachement d'un enfant à l'un ou l'autre sexe s'appuie sur le certificat d'accouchement délivré par le médecin ou la sage-femme. Ce classement de départ à partir de critères anatomiques apparents est tenu pour une opération simple par le droit, en dépit de cas ambigus depuis toujours rapportés. En règle générale le sexe d'une personne est considéré comme une caractéristique évidente, une réalité incontestable, un élément stable qui permet l'identification des personnes. Aussi le sexe est-il vu comme un aspect de l'état des personnes, entendu comme la catégorie multiséculaire forgée par les juristes pour fixer l'identité civile de la personne de manière permanente, indépendamment du temps qui passe et des événements qui surviennent. D'où le caractère indisponible que l'on associe à cette clef de répartition entre les hommes et les femmes : on ne peut changer de sexe. Que le sexe soit attribué sur déclaration d'un tiers – parent ou autre – (art. 56

⁷⁷ T. HAMMARBERG, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet>.

⁷⁸ Par Laurence Brunet.

⁷⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction – Les personnes – La famille*, PUF, Quadrige, 2004, p. 502.

C. civ), sur le fondement d'un constat médical de conformation physiologique externe mâle ou femelle, est une règle ancestrale commode, au soutien du bon fonctionnement des registres de l'état civil, et sur laquelle, longtemps, on a rien trouvé à redire.

En 2010, deux instances du Conseil de l'Europe, dont la France est partie, adoptent des textes visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre⁸⁰. Ce dernier terme, encore peu courant dans les textes juridiques, peut surprendre, même si divers comités de protection des droits de l'homme œuvrent depuis plusieurs années pour imposer son usage. La référence à de tels travaux est ainsi implicite. Il s'agit par cette expression de se démarquer de la notion de sexe : là où celle-ci « renvoie essentiellement à la différence biologique entre les femmes et les hommes, celle de genre intègre les aspects sociaux de la différence des genres, sans se limiter à l'élément biologique »⁸¹. Le sens de l'identité de genre a été définie en 2007, par un groupe d'experts du droit international des droits de l'homme, dans les Principes de Jogjakarta comme « faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire »⁸². Cette définition de l'identité de genre cherche à appréhender l'ensemble de la communauté transgenre, d'une grande diversité, qui inclut toutes les personnes qui désirent vivre et être reconnues comme des personnes appartenant au sexe opposé à leur sexe de naissance, qu'elles aient ou non subi une intervention chirurgicale de réassignation du sexe, qu'elles aient ou non suivi un traitement hormonal, pour modifier leur corps, qu'elles entrent ou non strictement dans les catégories homme ou femme⁸³. Ces textes du Conseil de l'Europe invitent les États membres à garantir le droit des personnes transgenre à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie au terme d'une procédure « rapide, transparente et accessible »⁸⁴.

⁸⁰ Conseil de l'Europe, recommandation CM/Rec (2010)5 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010 ; Conseil de l'Europe, résolution 1728 (2010) de l'Assemblée parlementaire relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010. Ces textes n'ont bien sûr aucune valeur contraignante. Voy. *Droit de la famille*, 2010, mai, alerte n° 29, et juin, alerte n° 37, obs. M. BRUGGEMAN.

⁸¹ Rapport du commissaire aux droits de l'homme, T. HAMMARBERG, « Droits de l'homme et identité de genre », 29 juillet 2009. Il s'agit d'un organisme indépendant du Conseil de l'Europe.

⁸² Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Bien que n'étant pas une norme internationale officielle, ces principes sont d'ores et déjà mentionnés par des organes de l'ONU et des tribunaux de différents pays.

⁸³ Rapport du commissaire aux droits de l'homme précité, p. 5.

⁸⁴ Conseil de l'Europe, recommandation CM/Rec(2010)5 précitée, annexe à la recommandation CM/Rec(2010)5, § 21.

De l'article 57 du Code civil français aux recommandations du Conseil de l'Europe, on peut mesurer le chemin parcouru en ce qui concerne la détermination de l'identité sexuée⁸⁵ de la personne. Là où le sexe attribué à la naissance se voulait le reflet d'une réalité biologique intangible et immuable, échappant à la sphère d'autonomie de la personne, l'identité de genre fait place, à l'inverse, à l'idée que le rattachement à la catégorie homme ou femme doit s'analyser sur le mode d'une appartenance choisie et faire place au ressenti de l'individu.

Où se situe le droit français à l'horizon de ces perspectives européennes qui bouleversent la règle d'une assignation non interchangeable du sexe à la naissance, sauf à ce qu'il soit momentanément indéchiffrable? Si la question du changement de la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transsexuelles occupe le droit français depuis de nombreuses années, le législateur est demeuré étrangement silencieux, préférant s'en remettre aux médecins et aux juges du soin de traiter au coup par coup des demandes en rectification de leur état civil introduites par des transsexuels. La réticence initiale des juges français à acquiescer à de telles demandes a fait long feu, mais les conditions imposées au changement de la mention du sexe sont restées jusqu'à maintenant très rigoureuses. Si la définition biologique du sexe a fini par être abandonnée, ce changement ne s'est pas fait sans contrepartie. Ce qui a été perdu sur le terrain de l'essentialisme biologique a été récupéré sur le terrain médical : on y a en effet assuré la préservation, par voie de reconstruction chirurgicale et hormonale des corps, de la différence des sexes. Telle est la première étape de l'évolution juridique.

La seconde est beaucoup plus radicale et conduit à ne plus soumettre les corps des personnes transidentitaires à autant de contraintes. L'attention est accordée prioritairement au choix de l'identité sexuée avec laquelle la personne se sent à l'aise et en adéquation. Un tel mouvement de démedicalisation de la question transsexuelle est aujourd'hui nettement perceptible en France. S'agit-il pour autant de s'affranchir totalement de toute référence naturelle en la matière et de laisser à l'expérience intime et profonde de la personne la détermination de son identité sexuée? Le sexe pourrait-il désormais être l'objet d'une possession d'état? La question n'est pas aussi iconoclaste qu'on pourrait le croire.

Section 2

L'abandon de la définition biologique du sexe au prix de la reconstruction médicale de la différence des sexes

Les revendications des personnes transsexuelles ont abouti à une transaction juridique d'une nature particulière à laquelle la médecine a été forcée de se

⁸⁵ On emploie ici ce terme dans l'acception que lui a donnée Corinne Fortier au chapitre 1 et à laquelle on souscrit pleinement.

porter caution : le droit a accepté de débiologiser le sexe (§ 1^{er}) sous la garantie que les corps soient « re-naturalisés » par des traitements médicaux (§ 2).

§ 1. « Dé-biologiser » le sexe

Les acquis scientifiques commandaient depuis longtemps de se défaire d'une définition exclusivement biologique du sexe. Il a été d'abord montré que les différentes composantes biologiques, couramment admises, du sexe ne concordent pas forcément entre elles : non seulement la formule chromosomique du sexe est parfois difficile à déchiffrer et ne permet pas un classement binaire, mais cette formule peut être en contradiction avec les autres indicateurs du sexe que sont les hormones, d'un côté, et l'appareil génital et le phénotype, de l'autre. D'où la large palette des situations d'intersexe, d'hermaphrodisme et d'anomalie de l'identité sexuée répertoriées⁸⁶. Mais surtout, au milieu des années 1950, les travaux des sexologues nord-américains sur les états intersexués et le transsexualisme ont progressivement introduit le terme de « genre » pour distinguer les traits biologiques du sexe des composants psychologiques de l'identité sexuée, comme cela a également été montré par Corinne Fortier au début de cet article⁸⁷. L'idée que le sexe social (ou psychosocial) et le sexe biologique puissent être en discordance a commencé à se répandre⁸⁸. La philosophie féministe viendra ensuite conférer à la théorie des genres et à la dissociation entre supports organiques et processus de sexualité et d'identité une portée qui dépassera le cadre de la problématique transsexuelle⁸⁹.

L'incertitude affectant la classification dichotomique entre les hommes et les femmes, manifeste lorsque le sexe biologique de certaines personnes demeure indéchiffrable, ainsi que la reconnaissance d'un possible clivage entre le sexe anatomique et le genre renouvelèrent profondément le contexte scientifique. Au nom de la nécessité thérapeutique, par souci compassionnel d'éviter que les transsexuels ne mettent fin à leur jour ou ne sombrent dans la dépression, les endocrinologues et les chirurgiens, en France comme ailleurs, entreprirent avec prudence d'intervenir sur les corps des personnes transsexuelles pour

⁸⁶ Voy. l'article très documenté de C. KRAUS, « La bicatégorisation par sexe à l'épreuve de la science – Le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains », in *L'invention du naturel – Les sciences et la fabrication du féminisme et du masculin*, sous la direction de D. Gardey et I. Löwy, éd. des Archives contemporaines, Paris, 2007, pp. 187-214. Voy. aussi P. REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *J.C.P.*, éd. G, 2011, II, 1140.

⁸⁷ Cf. I. Löwy, *L'emprise du genre – Masculinité, féminité, inégalité*, La Dispute, Paris, 2006, chap. 4 : « La Masculinité, la Féminité et "le sexe en flacon" ».

⁸⁸ Cf. I. Löwy, « Intersexe et transsexualités, les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre, La distinction entre sexe et genre – Une histoire entre biologie et culture*, n° 34, 2003, L'Harmattan, pp. 81-104.

⁸⁹ Cf. sur la notion de genre, la première partie écrite par Corinne Fortier. Pour une analyse très synthétique des enjeux de la théorie « des genres », voy. M. IACUB, « Transsexualisme et société », contribution au rapport de la Haute Autorité de santé (H.A.S.), « Situation actuelle et perspective d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, pp. 25-37.

tenter de les mettre en conformité avec leur sexe d'élection⁹⁰. La réassignation sexuelle réalisée par les médecins devait-elle trouver son achèvement sur le terrain juridique, dans la mise en concordance de la mention du sexe à l'état civil avec les transformations corporelles opérées? Si certains juges du fond le pensaient et avaient admis la rectification du sexe et un changement corrélatif du prénom, d'autres, et en particulier les juges de la Cour de cassation, avaient fermement opposé une position de refus, ou de demi-mesure en permettant seulement le choix d'un nouveau prénom⁹¹. Pour les plus hauts magistrats de France, l'indisponibilité de l'état, dont le sexe attribué à la naissance est un élément, commandait de retenir une acception strictement biologique de ce facteur d'identification de la personne⁹². Dès lors, aussi complète que puisse être la conversion morphologique intervenue, la Cour de cassation considérait qu'elle n'avait pu permettre « l'acquisition de tous les caractères du sexe opposé »⁹³.

Il fallut attendre la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme le 25 mars 1992⁹⁴, pour que la Cour de cassation opérât un revirement de sa jurisprudence. Dans le conflit entre le principe du respect de la vie privée et le principe de l'indisponibilité de l'état, elle fut donc contrainte, par l'injonction de la Cour européenne, de faire prévaloir le premier sur le second : la fréquence avec laquelle, dans leur vie quotidienne, les individus en France sont amenés à produire des documents officiels mentionnant leur sexe emportait, selon la Cour, une atteinte globale injustifiée à la vie privée des transsexuels, dès lors que la modification de leur sexe d'origine leur était refusée. Faute de pouvoir réformer l'usage et le contenu des divers documents d'identité, la Cour de cassation choisit donc d'autoriser la rectification de la mention du sexe sur l'acte de naissance. Mais elle s'y résolut à contrecœur. La règle dégagée solennellement, dans deux décisions d'assemblée plénière du 11 décembre 1992, est une solution de compromis qui laisse transpirer la réticence de la Cour de cassation : « Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe

⁹⁰ Voy. A. DEBET, « Le sexe et la personne », *Petites Affiches, La personne dans tous ses états*, n° 131, 1^{er} juillet 2004, pp. 23-24. Selon la H.A.S. (rapport précité, p. 20) on sait qu'il y a par an environ une centaine de demandes de prise en charge de chirurgie de réassignation pour les assurés du régime général. Mais il n'existe aucune donnée épidémiologique précise et récente.

⁹¹ La seule exigence d'« un intérêt légitime » conditionne le changement de prénom (art. 60 C. civ.). Cet intérêt est laissé à l'appréciation des juges. Alors même qu'ils refusaient de modifier la mention du sexe portée sur l'acte d'état civil, ils autorisaient beaucoup plus largement une substitution des prénoms masculins/féminins. Cf. Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 16 décembre 1975, *D.*, 1976, p. 397, note R. LINDON.

⁹² Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 16 décembre 1975, *op. cit.*

⁹³ Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 21 mai 1990, *J.C.P.*, éd. G., 1990, II, 21588, rapp. J. MASSIP, concl. F. FLIPO, « Le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pourtant acquis ceux du sexe opposé »).

⁹⁴ Cour eur. D.H., 25 mars 1992, *B. c. France*, *D.*, 1993, p. 101, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *J.C.P.*, éd. G., 1992, II, 21955, note T. GARÉ.

d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification.»⁹⁵

À première vue, la Cour de cassation manifeste sa volonté de ne plus restreindre la définition juridique du sexe à sa seule dimension biologique et de prendre en considération sa composante psychosociale. En se référant au comportement social de la personne transsexuelle, elle valide l'idée que l'identité sexuée n'est pas le simple produit de données physiologiques, mais qu'elle est aussi le résultat d'une construction intime. En écartant expressément l'application du principe de l'indisponibilité de l'état, la Cour de cassation semble bien se défaire de tout fixisme biologique et reconnaître, sous certaines conditions, la part de la conscience personnelle dans la détermination du sexe. Mais à regarder de plus près les précautions dont la Cour de cassation entoure sa décision, on perçoit son manque de conviction : loin de reconnaître explicitement la conversion de sexe et de faire une place à l'identité de genre, elle insiste seulement sur le changement d'apparence, comme pour sous-entendre qu'il n'y aurait qu'une apparence de changement, qui laisserait l'identité d'origine intacte. Et ce d'autant que le changement de la mention du sexe sur l'acte de naissance n'a d'effet que pour l'avenir, il ne modifie pas l'identité passée⁹⁶. Certes, la Cour n'était pas forcée de faire du zèle ; la condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme de la France ne l'obligeait qu'à empêcher les révélations intempestives sur le parcours intime des personnes transsexuelles, pas à se prononcer de manière générale, à la place du législateur, sur les critères de détermination du sexe. En retrait sur une possible nouvelle définition du sexe, elle n'hésite pas en revanche à élaborer un cadre rigide et contraignant auquel les transsexuels devront se soumettre s'ils veulent obtenir la rectification à l'état civil de leur sexe de naissance. Les strictes limites dans lesquelles le changement juridique de la mention du sexe est circonscrit témoignent des difficultés de la Cour de cassation à renoncer à l'ancrage anatomique du sexe et à promouvoir la seule identité de genre. L'autorisation du changement juridique de sexe est en effet subordonnée au constat médical de l'existence d'un syndrome de dysphorie de genre⁹⁷ et à la

⁹⁵ Cass. fr., ass. plén., 11 décembre 1992, *J.C.P.*, éd. G, 1992, II, 21991, concl. JÉOL, note G. MÉMETEAU ; *R.T.D. civ.*, 1993, p. 97 et p. 325, obs. J. HAUSER.

⁹⁶ Il s'agit en effet d'une action en réclamation d'état et non d'une simple action en rectification d'état (article 99 du Code civil). Le jugement est donc constitutif et non déclaratif. Il n'a pas d'effet rétroactif. L'acte de l'état civil est seulement modifié au moyen d'une mention marginale. « Il n'y a pas de substitution de sexe, ni de suppression du sexe biologique » : L. MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. fam.*, 2005, étude, n° 18, p. 10. En ce sens, voy. Paris, 2 juillet 2008, *J.C.P.*, éd. G, 1999, II, 10005, obs. T. GARÉ ; *Dr. fam.*, 1999, comm., n° 13, note P. MURAT : les énonciations de l'acte de naissance de l'enfant de la personne transsexuelle ne sont pas modifiées.

⁹⁷ Ce terme au spectre plus large que celui de transsexualisme s'est imposé dans la nosographie médicale depuis les années 1970 ; voy. P.-H. CASTEL, v° « Transsexualisme », *Dictionnaire de la pensée médicale*, D. LECOURT (éd.), PUF, 2004.

réalisation par des traitements médico-chirurgicaux d'une réassignation corporelle du sexe en adéquation avec le comportement déjà adopté.

Par où se lit la volonté de la Cour de cassation de s'assurer que la personne transsexuelle, une fois transformée, sera bien conforme aux canons de l'autre sexe et qu'elle ne restera pas dans un genre indéterminé, en dehors de la classification binaire, comme cela a été bien montré par Corinne Fortier au début de cet article. Ce serait en effet remettre en cause la pérennité de la division entre les hommes et les femmes. L'enjeu est donc de taille : il s'agit d'empêcher que l'instabilité qui peut affecter le sexe d'origine, dès lors qu'on abandonne sa définition biologique, ne mette à mal la différence entre les sexes. Voilà ce à quoi le dispositif très circonstancié de la Cour de cassation se montre très attentif : si la priorité doit être accordée au sexe social sur le sexe biologique, il importe de sauvegarder la *summa divisio* entre les hommes et les femmes en imposant une (re)normalisation du corps des transsexuels dont la charge est confiée à la médecine⁹⁸.

§ 2. « Re-naturaliser » les corps par le truchement de la médecine

La décision de la Cour de cassation, qui va tenir lieu de cadre juridique faute d'intervention législative, atteste d'une soumission du droit à la science et aux techniques médicales pour décider du sexe des personnes transsexuelles. La définition retenue du transsexualisme est directement importée du champ médical. La Cour de cassation indique ainsi qu'elle se décharge sur les médecins de la responsabilité du changement de sexe et que l'intervention du juge n'a lieu qu'après coup, une fois les traitements hormono-chirurgicaux entrepris, pour autoriser la rectification à l'état civil.

Le premier effet de cette décision est de confirmer la licéité des actes médicaux réalisés. Il faut en effet bien reconnaître que la légalité des opérations chirurgicales de réassignation sexuelle est toujours demeurée fragile⁹⁹ : celles-ci sont intégrées dans une sorte de « protocole » élaboré en 1989, en concertation avec la caisse nationale de sécurité sociale, et qui ouvre droit à la prise en charge financière de la chirurgie de réassignation sexuelle¹⁰⁰. Aucune disposition légale

⁹⁸ Cf. C. EZIE, « Deconstructing the Body : Transgender and Intersex Identities and Sex Discrimination -The need for Strict Scrutiny », 2011, 20 *Columbia Journal of Gender and Law*, 141.

⁹⁹ Cf. C. MASCRET, « Les aspects juridiques liés à la prise en charge du transsexualisme en France », *Rev. dr. sanit. et soc.*, 2008, p. 502.

¹⁰⁰ Voy. rapport H.A.S., pp. 70-71. Trois conditions sont posées par ce protocole :

- nécessité d'un suivi pendant une période minimale de deux ans, par une équipe « hautement qualifiée » comportant un psychiatre, un endocrinologue et un chirurgien plasticien ;
- rédaction par ces trois praticiens d'un protocole concluant au caractère indispensable des interventions médicales et chirurgicales envisagées ;
- une lettre ministérielle en date du 4 juillet 1989 accompagnait ce protocole, autorisant la prise en charge de l'intervention chirurgicale si et seulement si elle était effectuée dans un établissement public, au motif du caractère non lucratif de l'opération.

ou réglementaire n'est ensuite venue régulariser la validité d'une telle procédure. On peut tout de même s'étonner que dans un domaine où les interventions sur le corps sont graves et dangereuses, entraînant des mutilations irréversibles dont la finalité thérapeutique reste contestée¹⁰¹, l'appréciation du juge vienne ainsi se substituer à l'autorisation par une norme écrite de portée générale¹⁰². Ce sont au demeurant les magistrats de la Cour de cassation qui sont venus amender ce protocole qui réservait le remboursement aux opérations chirurgicales réalisées dans un établissement public¹⁰³. Désormais cette prise en charge s'effectue quelle que soit la structure juridique de l'établissement médical où la chirurgie de réassignation a eu lieu¹⁰⁴.

Le second effet de la décision de la Cour de cassation est de laisser aux seules équipes médicales le poids de la décision de pratiquer une réassignation du sexe. Le pouvoir de refaçonner les corps qui est ainsi octroyé aux médecins peut paraître exorbitant. L'Ordre national des médecins en est lui-même embarrassé : dans son commentaire du Code de déontologie médicale (article 41), celui-ci incite toujours à une grande prudence avant de pratiquer ces interventions chirurgicales qu'il qualifiait de « mutilations considérées comme illégitimes et interdites » jusqu'à la version remaniée en 2010. Dans les éditions antérieures, l'Ordre national des médecins émettait même le souhait que « le chirurgien pressenti n'intervienne pas avant qu'une décision du tribunal ait accordé la possibilité de changer d'état civil ». L'affaire *Oyac* était encore dans les mémoires : elle avait abouti à la condamnation pénale du chirurgien qui avait procédé à une réassignation sexuelle sur un jeune élève infirmier trois mois seulement après la première consultation. Celui-ci s'était suicidé huit ans

Les grandes lignes de ce protocole de soins sont communes et se réfèrent pour la plupart aux standards de la World Professional Association for Transgender Health, internationalement reconnu (WPATH : précédemment baptisée « the Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association »).

¹⁰¹ Voy. notamment C. CHILAND, *Changer de sexe – Illusion et réalité*, O. Jacob, 2011 et P.-H. CASTEL, *La métamorphose impensable – Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, Gallimard, 2003. Rappelons qu'en l'absence de finalité thérapeutique, les mutilations permanentes sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 1.500 EUR d'amende (article 222-9 du Code pénal). L'ablation des organes génitaux peut aussi tomber sous la qualification d'acte de barbarie (article 222-1 du Code pénal).

¹⁰² Pour une analyse critique, voy. D. ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », in D. Borillo et E. Fassin (dir.), *La bioéthique en débat : angles vifs et points morts, Raison publique*, 2012, à paraître. Précisément le rapport de la H.A.S. précité préconise précisément la définition d'un protocole national de diagnostic et de soin afin d'améliorer la prise en charge des personnes atteintes de dysphorie de genre et la création de centres de référence.

¹⁰³ Cass. fr., 2^e ch. civ., 27 janvier 2004, R.G. n° 02-30.163.

¹⁰⁴ Sur les obligations imposées aux États par la Cour européenne des droits de l'homme de permettre l'accès des transsexuels aux opérations chirurgicales de changement de genre, associé à la prise en charge par les assurances santé des traitements « médicalement nécessaires » dont font partie ces opérations, voy. l'arrêt du 12 septembre 2003, *Van Kück c. Allemagne*, et celui du 11 septembre 2007, *L. c. Lituanie*. Il faut mentionner que le délai de deux ans de suivi médical préalable, exigé en Suisse aussi, pour bénéficier d'une prise en charge des frais de conversion sexuelle a été remis en cause par la Cour européenne dans un arrêt du 8 janvier 2009, *Schlumpf c. Suisse* : ce délai ne doit pas être appliqué de manière mécanique et, en l'espèce, compte tenu de l'âge avancé de la requérante, il y avait lieu d'admettre une exception.

plus tard, après que plusieurs autres opérations complémentaires eurent été nécessaires, suivies d'une grande période de dépression. La chambre criminelle avait considéré qu'en l'espèce le chirurgien avait agi davantage pour « satisfaire sa curiosité scientifique » que l'intérêt thérapeutique du patient¹⁰⁵. Depuis cette affaire, l'observance des trois séquences du parcours de soins semble avoir mis les chirurgiens à l'abri de toute poursuite pénale et civile, et ce d'autant qu'en 1999 la loi est venue élargir le champ des atteintes légitimes à l'intégrité du corps (article 16-3) : la nécessité qui peut les justifier, de thérapeutique, est devenue médicale¹⁰⁶. Le médecin qui intervient sur le corps n'est plus tenu, *stricto sensu*, de soigner une maladie, il peut chercher à procurer un bien-être, tant psychique que physique.

La Cour de cassation a donc mis en place en 1992 une procédure médico-juridique de changement de sexe qui semble laisser le juge en retrait. Aux équipes médicales revient la charge complexe du travail diagnostique et thérapeutique, puis de la décision chirurgicale ; le juge se contenterait de parachever le traitement, en conférant un enregistrement officiel au changement de sexe. Ce qui apparaît comme une « démission des juges » devant « le règne des experts » est aujourd'hui dénoncée avec vigueur : est-il acceptable de « confier à des experts médicaux le soin de dire quel doit être le sexe de l'individu ? »¹⁰⁷

S'agit-il vraiment d'une démission des juges ? Aussi bien l'évaluation de l'opportunité de pratiquer des traitements médico-chirurgicaux de réassignation du sexe que la mise en œuvre de ces traitements relèvent à n'en pas douter de la compétence d'une équipe médicale. La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion à deux reprises de le préciser : « La détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle n'est pas une affaire d'appréciation juridique. »¹⁰⁸ La gravité des opérations d'amputation et de reconstruction génitales projetées pourrait-elle justifier une autorisation préalable par le juge ? On peut en douter, aucune des conditions de licéité de l'atteinte à l'intégrité du corps ne faisant défaut.

Pourtant, loin de rester à l'écart de la phase thérapeutique dont l'action d'état en changement de sexe est l'aboutissement, il semble, au contraire, que la haute cour judiciaire cherche rétrospectivement à y étendre son contrôle. Il faut être attentif à la formulation de la solution énoncée en 1992 : chacune des étapes de la « thérapie triadique » (phase du diagnostic, séquence de l'expérience en vie réelle et de l'hormono-substitution sous contrôle médical, moment de la réassignation chirurgicale¹⁰⁹) a, plus ou moins directement, été

¹⁰⁵ Cass. fr., ch. crim., 30 mai 1991, *J.C.P.*, 1991, IV, 348.

¹⁰⁶ D. THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du Code civil », *D.*, 2000, chron., p. 485.

¹⁰⁷ P. REIGNÉ, *op. cit.*, p. 1888.

¹⁰⁸ Cour eur. D.H., *Van Kück c. Allemagne*, *op. cit.*, § 54, et Cour eur. D.H., 8 janvier 2009, *Schlumpf c. Suisse*, *op. cit.*, § 57.

¹⁰⁹ On a pu considérer que ce parcours s'apparentait à « un véritable parcours du combattant » : A. DEBET, *op. cit.*, p. 23.

visée dans le dispositif de la Cour de cassation. Par là, la Cour enjoint aux juges du fond de s'assurer que le processus de changement de sexe a été opportunément conduit et surtout mené jusqu'à bout avant d'autoriser le changement de sexe à l'état civil. Il faut par ailleurs rappeler que dans la seconde espèce jugée en 1992, la Cour de cassation a reproché aux juges du fond de n'avoir pas prescrit une expertise judiciaire démontrant l'état de transsexualité¹¹⁰. Une telle exigence de preuve peut paraître bien excessive, dans la mesure où aura déjà été fourni à la caisse nationale d'assurance maladie, lors de la demande de remboursement de l'opération, un certificat cosigné de l'équipe médicale ayant assuré la prise en charge complète de la personne transsexuelle¹¹¹. Ce surcroît de précautions témoigne du souci de la Cour de cassation de s'assurer que l'inversion de sexe est la plus complète possible, comme on l'a déjà souligné, et que l'inscription dans une des deux catégories sexuelles ne demeure pas incertaine¹¹². Il s'agit de vérifier que la morphologie du transsexuel a bien été renormalisée, en conformité avec les standards naturels de l'autre sexe. Faute de quoi la différence entre les sexes serait mise à mal¹¹³. Le passage d'un sexe à l'autre doit se faire à « sexe constant », afin de ne pas brouiller la distinction entre les hommes et les femmes placée au fondement de nos sociétés occidentales. Aussi la Cour veut-elle placer haut le niveau de reconstruction des corps qui ouvrira droit à la rectification du sexe à l'état civil. Elle entend le faire savoir aux médecins et à leurs patients en encourageant les juges à se montrer zélés dans l'inspection des corps. L'intention de la Cour de cassation n'est donc pas de démissionner face aux experts médicaux, mais de les inciter à des performances dans la reconstruction des corps sexués. La préservation de ce qui est communément pensé comme la division naturelle des sexes est à ce prix. Incombe finalement aux endocrinologues et aux chirurgiens plasticiens qui soignent les transsexuels rien moins, aux yeux de la Cour de cassation, que la sauvegarde des catégories binaires de genre censées fonder l'espèce humaine... Face à la demande des transsexuels de changer la mention de leur sexe à l'état civil, la réponse du droit, dont la Cour de cassation a été le porte-parole exclusif, a donc consisté à conditionner l'autorisation par le juge à l'injonction faite aux médecins de reconstruire des corps conformes aux standards de chaque genre sexué. Mais l'ambition de concilier, d'une part, l'abandon d'une définition strictement biologique du sexe et, d'autre part, la prohibition de l'hybridation des corps au nom de la défense de la différence des sexes n'est-elle pas

¹¹⁰ Cass. fr., ass. plén., 11 décembre 1992 (deuxième espèce) : « La réalité du syndrome transsexuel ne peut être établie que par une expertise judiciaire ».

¹¹¹ Voy. rapport H.A.S., *op. cit.*, p. 44.

¹¹² Pour autant, la Cour devra reconnaître la limite des interventions de réassignation et leurs échecs : Cass. fr., 1^{er} ch. civ., 29 septembre 2004 : le défaut de l'opération de reconstruction des organes sexuels, après la castration, ne constitue pas une voie de fait.

¹¹³ Cf. L. HÉRAULT, « Le mari enceint : construction familiale et disposition corporelle », *Critique*, n^{os} 764-765, janvier-février 2011, pp. 48-60, spéc. pp. 52-53 ; M. MÉMETEAU, « Transsexualisme et débat de société », *Médecine et droit*, 2007, pp. 141-148, spéc. p. 145.

une gageure ? La lourde mise à l'épreuve des corps qu'une telle solution impose est-elle légitime ? Permettre de changer de sexe dans le respect des droits de la personne ne conduit-il pas, en plus de « dé-biologiser » le sexe, à le dénaturer, en n'obligeant plus à retailler les chairs selon ce que l'on pense être les cotes ordinaires et naturelles du masculin et du féminin ?

Section 3

« Dé-naturaliser » le sexe : vers une reconnaissance de la possession d'état pour l'identité sexuée ?

Les autorités publiques ont été conduites à amender sensiblement le cadre juridique fixé par la Cour de cassation à la demande de changement de sexe à l'état civil. Voyons comment cette évolution conduit le droit à s'affranchir de la conformation naturelle des corps sexués (§ 1) avant de s'interroger sur une éventuelle reformulation de l'identité sexuée comme un état dont on a l'appartenance (§ 2).

§ 1. S'affranchir de la conformation naturelle des corps sexués

Aussi strictes qu'aient été les conditions posées par la Cour de cassation, elles n'en ont pas moins laissé une certaine marge d'appréciation aux juges du fond. Ainsi, l'exigence de traitement médico-chirurgical n'a pas été interprétée de la même manière par les tribunaux. Certains ont considéré que la réassignation sexuelle devait être totale, comprenant à la fois l'hormonothérapie, l'ablation des organes génitaux d'origine et la création de nouveaux organes sexuels. D'autres en ont retenu une application moins radicale et n'ont pas exigé une reconstruction complète des organes sexuels¹¹⁴. L'hormonothérapie et l'ablation des organes sexuels d'origine suffisent. Cette solution est en réalité commandée par une raison objective. Pour les femmes qui cherchent à devenir des hommes, les opérations de phalloplastie connaissent de nombreux échecs et sont très peu fonctionnelles (absence de sensibilité érogène et déficience sexuelle de l'organe reconstruit). Les limites de la chirurgie plastique conduisent donc à une différence de traitement entre les transsexuels, à l'avantage des femmes qui veulent devenir des hommes, comme cela a déjà été souligné par Corinne Fortier au début de cet article. Comme le suggère également cette dernière, pourquoi ne pas simplement supprimer la condition de

¹¹⁴ Nîmes, 1^{re} ch. civ., sect. A, 20 juin 2006, Jurisdata 2006-313844 : hormonothérapie depuis sept ans, mastectomie et hystérectomie ; l'opération de phalloplastie est seulement prévue : les modifications du prénom et du sexe ont été autorisées. Aix-en-Provence, 6^e ch., sect. A, 9 novembre 2001, Jurisdata 2001-157510 : l'aspect morpho-psychologique est de sexe masculin (mammectomie, hystérectomie et annexectomie) même si l'appareil génital externe reste de type féminin ; une intervention chirurgicale est seulement envisagée ; le prénom a déjà été modifié : le changement de sexe est accordé.

reconstruction des organes sexuels¹¹⁵ ? Certains tribunaux l'ont admis¹¹⁶, et ce d'autant que les opérations de génitoplastie féminisante sont elles aussi difficiles et aléatoires¹¹⁷. Il n'est pas étonnant que quelques tribunaux se soient davantage encore soustraits aux conditions posées par la Cour de cassation en invoquant des contre-indications médicales ou en s'adaptant aux circonstances de l'espèce. Ils se sont contentés de traitements hormonaux, souvent accompagnés de chirurgie mammaire, pour mettre en correspondance la mention du sexe à l'état civil avec l'apparence et le comportement adopté par la personne¹¹⁸.

Les mêmes variations existent entre les tribunaux concernant l'exigence d'une expertise judiciaire : l'encadrement très rigoureux du parcours de soins proposé par les équipes médicales atteste, pour nombre de juges, de manière fiable et suffisante de la réalité du syndrome de dysphorie de genre et des transformations opérées. Nul besoin de commettre un nouvel expert pour un contrôle inutile, coûteux et vexatoire pour la personne transsexuelle¹¹⁹. Au final, l'état du droit sur la question transsexuelle demeure incertain et entraîne une réelle inégalité juridique, selon le tribunal saisi, entre les demandeurs transsexuels.

Une telle insécurité juridique ne pouvait manquer d'entrer en résonance avec le changement décisif apporté par la Cour européenne des droits de l'homme, le 11 juillet 2004, dans son analyse de la question transsexuelle¹²⁰ : d'une appréciation, au cas par cas, des ingérences et des humiliations subies par les transsexuels dans leur vie quotidienne, elle passe à la reconnaissance, sous certaines

¹¹⁵ S. PARICARD, « Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Dr. fam.*, janvier 2012, étude n° 2 ; L. HÉRAULT, *op. cit.*, p. 53 ; M. IACUB, contribution précitée dans le rapport de la H.A.S., p. 36.

¹¹⁶ Metz, ch. fam., 24 mars 2010, R.G. n° 09/01183 : ablation des testicules sans amputation pénienne ; hormonothérapie contre-indiquée de façon formelle et réserve médicale sur une éventuelle vaginoplastie compte tenu des antécédents médicaux ; pose de prothèses mammaires : le changement de sexe et de prénom est accordé.

¹¹⁷ Pour un échantillon des inconvénients et des limites de la chirurgie : voy. C.A.A. Bordeaux, 1^{er} ch., 28 octobre 2010, R.G. n° 10BX00398 ; C.A.A. Bordeaux, 2^e ch., R.G. n° 10BX00420 ; C.A.A. Bordeaux, 21 décembre 2010 : dans chacun des cas les juges administratifs bordelais ont considéré que les interventions avaient eu lieu selon les règles de l'art. Ils n'ont pas retenu la responsabilité des chirurgiens, considérant que les patients avaient été correctement informés des risques inhérents à ce type de chirurgie.

¹¹⁸ Poitiers, 4^e ch. civ., 20 décembre 2006, Jurisdata n° 2006-330972 : les expertises psychologiques et médicales concluent à un comportement social, une sensibilité et une apparence physique féminine, même si la présence d'un pénis reste une caractéristique du sexe d'origine, dès lors que la personne envisage une opération retardée pour raisons financières : le changement de sexe et de prénom est accordé. Rennes, 6^e ch., 26 octobre 1998, *D.*, 1999, p. 508, note M. FRIANT-PERROT : les juges se sont appuyés sur l'existence d'un comportement féminin précoce, une morphologie générale très féminine et sur l'atrophie des attributs sexuels mâles ; le traitement chirurgical initialement envisagé n'a pu être réalisé en raison de l'état de santé du requérant, qui était séropositif, ce qui était incompatible avec une intervention de ce type : le changement de sexe et de prénom est autorisé.

¹¹⁹ Voy. S. PARICARD, *op. cit.*, p. 14 ; rapport H.A.S. pp. 44-45.

¹²⁰ Cour eur. D.H., 11 juillet 2004, aff. *Goodwin c. Royaume-Uni et l. c. Royaume-Uni*, *Dr. fam.*, 2002, comm. n° 133, note A. GOUTTENOIRE ; *R.T.D. civ.*, 2002, p. 862, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.*, 2003, p. 2032, note S. CHAVENT-LECLÈRE.

conditions de transformation morphologique, d'un véritable droit pour les transsexuels à obtenir la rectification de la mention de leur sexe à l'état civil. Aussi, la Grande-Bretagne, qui avait réussi jusqu'alors à échapper aux remontrances de la Cour européenne des droits de l'homme en raison de sa souplesse administrative en matière de documents d'identité, est-elle cette fois condamnée. La solution de la Cour européenne des droits de l'homme est fondée sur la notion d'autonomie personnelle, induite de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui protège « la sphère personnelle de chaque individu et lui garantit le droit d'établir les détails de son identité d'être humain ». À ses yeux, « la situation insatisfaisante des transsexuels opérés qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne peut plus durer » (§ 90). Certes, la Cour européenne laisse aux États l'appréciation des conditions et traitements médicaux auxquels est subordonné le changement de sexe, mais elle énonce fermement que les transsexuels doivent pouvoir « jouir, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ». Sans doute, la préservation de l'intégrité physique vise d'abord la sécurité des personnes transsexuelles, souvent victimes de violences, mais la Cour, qui a insisté dans son arrêt sur « les nombreuses et pénibles interventions entraînées par la chirurgie » (§ 25), ne joue-t-elle pas sur cette expression pour insinuer ses doutes sur la légitimité de telles interventions, à commencer par les opérations d'ablation des organes génitaux? Quoi qu'il en soit, la matrice de l'autonomie personnelle dans laquelle la question transsexuelle est désormais placée invite à une attention croissante au respect « des décisions très intimes et très personnelles concernant la manière dont on souhaite agir sur son propre corps et donner un sens à ses propres organes sexuels »¹²¹.

La légitimité de la stérilisation par ablation des organes génitaux imposée aux transsexuels pour autoriser la rectification administrative de leur sexe va aussi être remise en cause au regard des dispositions juridiques qui autorisent la stérilisation médicale. Que sa finalité soit thérapeutique ou, à titre exceptionnel, contraceptive¹²², la stérilisation suppose toujours un consentement libre et éclairé de la personne qui en fait la demande¹²³. Dans la mesure où le changement de sexe est en principe conditionné par le droit, au minimum, à l'amputation des organes génitaux d'origine, peut-on considérer que le consentement de la personne transsexuelle est libre, faute d'autre choix possible pour voir

¹²¹ M. IACUB, contribution au rapport de la H.A.S., p. 36.

¹²² La loi du 4 juillet 2001, relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, est venue autoriser la contraception par stérilisation d'une personne majeure apte à « exprimer une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences » (article L. 2123-1 du Code de la santé publique).

¹²³ Toutefois, une exception a été apportée à ce principe par la loi du 4 juillet 2001 qui a autorisé, sous de strictes conditions, la stérilisation des personnes majeures placées sous tutelle en cas de contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou d'impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement (article L. 2123-2 du Code de la santé publique).

reconnaître son sexe d'élection à l'état civil? Pour toutes les personnes qui souhaiteraient changer juridiquement de sexe sans recourir à l'étape chirurgicale, leur consentement n'est-il pas forcé? On a pu parler d'une « sorte de chantage organisé par l'État pour octroyer aux personnes transsexuelles le droit de s'intégrer dans la société avec le genre qu'elles souhaitent »¹²⁴. « La chirurgie figurerait au nombre des obligations, certes indirectes, de soins¹²⁵. »

C'est précisément au moment où la question se déplaçait sur le terrain des droits de l'homme et s'élargissait à la diversité des situations transidentitaires que la nécessité des opérations chirurgicales de réassignation de sexe a été définitivement remise en cause. L'impulsion en ce sens est clairement venue du rapport de Thomas Hammarberg, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, publié en octobre 2009, dont le titre à lui seul marque un renversement de perspective : « Droits humains et identité de genre ». Insistant sur la pluralité des profils des personnes transgenres, qui ne souhaitent pas toutes subir de telles interventions, le rapport dénonce à la fois l'atteinte à l'intégrité physique que constitue le fait d'exiger comme « préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou toute autre opération chirurgicale » et « le caractère disproportionné » d'un traitement imposé à tous de manière identique, indépendamment des besoins de chacun. Le rapport s'interroge de manière incisive sur la nécessité de prescrire une stérilisation et d'autres traitements « pour décider de l'appartenance d'une personne à un sexe ou à l'autre »¹²⁶. Aussi, dans ses recommandations finales à destination des États membres du Conseil de l'Europe, le rapport préconise-t-il de « cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux » et « d'instaurer des procédures rapides et transparentes de changement de nom et de sexe » sur les documents d'état civil, comme cela été déjà noté par Corinne Fortier¹²⁷.

Cette recommandation prend une formulation encore plus impérieuse dans le nouveau rapport rédigé en décembre 2011 par Thomas Hammarberg qui fait une synthèse des difficultés rencontrées dans leur exercice des droits de l'homme par les personnes gay, lesbiennes, bisexuelles et transgenres. En effet, pour renforcer la portée de ses propositions, sur ce point notamment, le rapport invoque à la fois l'autorité des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et des textes des instances représentatives du Conseil de l'Europe : l'abolition de l'obligation de stérilisation et d'autres traitements préalables à la reconnaissance légale du genre choisi par la personne transgenre est seule conforme au « respect de l'autonomie, de la santé et du bien-être de la personne ». Nulle nécessité

¹²⁴ M. IACUB, p. 36. Dans le même sens, voy. aussi S. PARICARD, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁵ F. VIALLA, *J.C.P.*, éd. G, 2012, aperçu rapide, p. 122.

¹²⁶ Rapport Hammarberg, *op. cit.*, pp. 18-20.

¹²⁷ T. HAMMARBERG, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, éd. Conseil de l'Europe, décembre 2011, p. 13 et pp. 90-94.

donc de mettre à l'épreuve les corps des personnes transgenres avant de leur permettre de changer de sexe légal : la transformation de leur corps doit être une option offerte à ceux qui le souhaitent, non une obligation. Peu importe que la facture des corps s'éloigne des deux modèles que l'on dit naturels. Pour le commissaire aux droits de l'homme, l'identité sexuée de la personne n'est pas de l'ordre du stigmaté, mais de l'expérience intime.

La mobilisation du commissaire aux droits de l'homme a eu un effet d'entraînement immédiat sur les institutions du Conseil de l'Europe : saluant le travail de suivi déjà accompli, le conseil des ministres de cette organisation a dans la foulée adopté le premier texte juridique traitant expressément des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, tandis que l'Assemblée parlementaire votait quelque temps plus tard une résolution relative à la « discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre »¹²⁸. Ces deux textes s'inspirent des recommandations du commissaire aux droits de l'homme concernant les conditions préalables à la reconnaissance juridique du changement de sexe¹²⁹.

En France aussi, la réflexion audacieuse menée par le commissaire aux droits de l'homme a fait écho. Elle a au demeurant été rendue publique à un moment où la dénonciation par les associations transgenres du cadre obligé du parcours de soins et l'incertitude des solutions judiciaires françaises nécessitaient une réponse des pouvoirs publics. L'initiative en a été confiée à la Haute Autorité de santé (H.A.S.) qui, pour la première fois en France, a dressé un rapport très approfondi sur « la situation actuelle et les perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme »¹³⁰. Certes, le rapport est sans surprise nourri de considérations médicales, et son principal apport consiste à élaborer un nouveau parcours de soins et une nouvelle offre de santé pour les personnes transgenres. Il n'en reste pas moins que la Haute Autorité de santé s'engage, même si ce n'est pas par voie de recommandation, en faveur d'une intervention législative qui viendrait à la fois unifier et sécuriser les procédures de changement de sexe¹³¹. Même sur la question du seuil à partir duquel les transformations corporelles peuvent conduire à un changement juridique du sexe, elle fait nettement sentir, même si elle reste discrète¹³², que sa position rejoint celle du commissaire aux droits de l'homme. Elle insiste

¹²⁸ Références mentionnées en introduction.

¹²⁹ La résolution de l'Assemblée parlementaire reprend expressément à son compte la recommandation invitant les États à ne plus subordonner la délivrance « de documents officiels reflétant l'identité de genre choisie » à « l'obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale » (point 16.11.2).

¹³⁰ Rapport précité.

¹³¹ *Id.*, p. 45.

¹³² La Haute Autorité de santé a ainsi précisé qu'elle n'était pas engagée par les conclusions de M. Iacub, qui a rédigé le chapitre sur « transsexualisme et société » et qui défend une pleine consécration de l'identité genre et, éventuellement la disparition de la mention du sexe sur les documents courants d'identité. « Il ne s'agit pas d'une position formelle de la H.A.S. ».

en effet à la fois sur l'imperfection des réassignations génitales proposées aux personnes transsexuelles et sur le décalage entre cette solution chirurgicale et les attentes de certaines personnes transgenres qui ne souhaitent pas y recourir¹³³.

L'effet le plus immédiat de ce rapport n'a pas été le plus direct. Peu de temps après la sortie du rapport de la H.A.S., était adopté le décret du 8 février 2010 qui déclassifie la transsexualité des affections psychiatriques de longue durée¹³⁴. La mesure ne doit pas faire illusion ; cette déclassification ne signifie pas une « dépsychiatriation » : le guichet d'entrée du parcours triadique qui mène à la rectification de l'état civil reste la consultation psychiatrique¹³⁵. L'influence conjuguée du rapport de Thomas Hammarberg et de celui de la H.A.S. a été activée par une série de questions parlementaires interrogeant le ministre de la Justice sur la conformité de l'exigence de l'ablation des organes génitaux et de la réassignation chirurgicale au droit européen¹³⁶. L'interpellation du garde des Sceaux, qui portait aussi sur les pratiques judiciaires fluctuantes s'agissant de l'expertise probatoire, a conduit à la publication par le ministère de la Justice et des Libertés de la circulaire du 14 mai 2010¹³⁷. Elle invite le ministère public à ne prescrire l'expertise qu'en cas de « doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur » et à donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil dès lors que les traitements hormonaux ayant pour effet une transformation physique ou physiologique définitive, associés, le cas échéant à des opérations de chirurgie plastique [...], ont entraîné un changement de sexe irréversible, sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux ». On pourra à nouveau s'étonner qu'une question intéressant l'état des personnes, de la compétence exclusive de la loi en principe, continue à être disqualifiée de la sorte, et que ce soit désormais par voie de circulaire qu'on entende la régler¹³⁸. Qu'il y ait là un expédient subreptice, qui permet de faire

¹³³ *Id.*, p. 155.

¹³⁴ Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du Code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », *J.O.*, 10 février 2010.

¹³⁵ En ce sens, voy. D. ROMAN, *op. cit.* La dépsychiatriation est aujourd'hui une des fortes revendications de certaines associations trans. Leur mobilisation a commencé à produire des effets : voy. la résolution du Parlement européen du 28 septembre 2011 sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre aux Nations unies (en ligne sur le site du Parlement européen, *op. cit.* en note 62). Il y est demandé de « dépsychiatiser le parcours transsexuel, transgenre, le libre choix de l'équipe soignante, la simplification du changement d'identité et une prise en charge des coûts par la sécurité sociale » (point 13).

¹³⁶ Réponse min. n° 08325, *J.O. Sénat Q*, 19 mai 2010, p. 3402 (voy. aussi *Dr. fam.*, 2010, juillet-août, alerte, n° 50, obs. M. BRUGGEMAN) ; à l'Assemblée nationale, une même réponse ministérielle est apportée à la longue liste des questions écrites posées par différents députés (voy. <http://recherche2.assemblee-nationale.fr/questions/resultats-questions.jsp>) : réponse min. *J.O. Assemblée nationale*, 6 mai 2010, p. 4048.

¹³⁷ Circulaire de la D.A.C.S. n° CIV/06/10 du 10 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.

¹³⁸ Voy. S. PARICART, *op. cit.*, p. 13.

l'économie du débat démocratique que l'enjeu en cause requerrait, ne doit pas dissimuler la mutation ainsi opérée dans le droit français¹³⁹.

La procédure de changement de sexe est désormais fermement dissociée de la nécessité de faire procéder au retrait des organes génitaux, qui sont communément considérés comme les attributs naturels déterminants de l'identité sexuée. Si l'apparence physique de la personne transgenre la rattache suffisamment à son genre d'élection pour en obtenir la reconnaissance à l'état civil, peu importe l'état d'inachèvement de sa conversion corporelle. Elle pourra conserver certains de ses attributs génitaux de son sexe d'origine si elle présente assez de caractéristiques physiques inverses, qui l'inscrivent dans l'autre sexe. La hantise de l'hybridation, d'un corps entre-deux qui emprunterait aux deux catégories de sexe, paraît donc pour la première fois évacuée des préoccupations du droit français. Il est désormais toléré que le sexe anatomique puisse demeurer en contradiction partielle avec le sexe ressenti, sans que la présence du second sur le premier ne soit remise en cause. La circulaire du ministère de la Justice libère de la contrainte d'une imitation artificielle, par réassignation chirurgicale, de la nature. L'identité sexuée s'affranchit ainsi de manière radicale d'une conformation naturelle du corps.

Après la première étape, celle de la « dé-biologisation » du sexe, une seconde est donc sur le point d'être franchie, celle de sa « dé-naturalisation ». Reste à savoir comment les juges appliquent les nouvelles directives sur les demandes de changement de sexe.

§ 2. « Le sexe » comme appartenance

Si la circulaire fait le saut de l'ange, il n'est pas sûr pour autant qu'elle permette aux juges de retrouver un juste équilibre pour répondre aux requêtes en rectification de leur état civil des personnes transidentitaires. En effet, le texte du ministère de la Justice, s'il exempte de toute intervention chirurgicale, ne dispense pas de vérifier que l'apparence corporelle de la personne a définitivement et irrémédiablement été modifiée. La circulaire y insiste, il faut que le changement de sexe soit « irréversible »¹⁴⁰. Mais qu'entendre par ce terme, comme se le demandait aussi Corinne Fortier? Aucune des opérations de chirurgie plastique mentionnées dans la circulaire n'est irréversible, à l'exception de l'ablation des glandes mammaires, laquelle cependant peut être ultérieurement compensée par la pose de prothèses. Lorsqu'aucune réassignation chirurgicale n'a eu lieu, et que la conversion a été induite seulement par

¹³⁹ *Contra* : M. BRUGGEMAN, obs. précitées, qui considère que la circulaire apporte « de petites évolutions qui devraient simplifier les démarches des personnes transsexuelles et garantir une certaine harmonisation des pratiques sur le territoire ».

¹⁴⁰ Le critère est repris du premier texte européen sur cette question : recommandation 1117 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la condition des transsexuels.

hormonothérapie, les juges peuvent-ils considérer que le changement physique est irréversible et accorder la rectification de l'état civil ? La circulaire n'a fait que déplacer le curseur de l'incertitude. Quel critère fiable trouver de l'irréversibilité autre que l'ablation des organes génitaux¹⁴¹ ? D'où la réticence des juges du fond à prononcer le changement juridique de sexe sans certification médicale d'un changement physiologique irréversible¹⁴². Pour de nombreuses juridictions, l'opération chirurgicale, assortie d'expertises médicales, a semblé rester une condition indépassable¹⁴³. Une nouvelle fois, le ministre de la Justice a été saisi de questions écrites pour sortir de l'impasse. Le garde des Sceaux est venu ainsi préciser que la notion de changement de sexe irréversible était « médicale et non juridique : le caractère irréversible peut résulter de l'hormonosubstitution, ce traitement gommant certains aspects physiologiques, notamment la fécondité »¹⁴⁴. Poursuivant sa réponse, à l'occasion d'une seconde question, il a souligné que « l'existence d'un traitement hormonal ne saurait être en soi suffisant pour faire droit à la demande » et qu'il « appartient au demandeur de démontrer que les traitements pris sur une longue période ont produit des effets physiologiques et biologiques irréversibles »¹⁴⁵. Une telle réponse est-elle éclairante ? Il s'en faut de beaucoup. On rappellera que dans son rapport, la H.A.S. a été prudente sur les effets du traitement hormonal sur la fécondité : il peut y avoir une altération des fonctions reproductrices, mais on ne peut affirmer qu'en cas d'arrêt du traitement, la personne ne retrouvera pas sa capacité d'engendrement. Il semble ainsi que la réserve ovocytaire des hommes « trans » (FtoM) demeure intacte, malgré l'hormonothérapie, alors que pour les femmes « trans » (MtoF), ce traitement conduit à une azoospermie irréversible au bout d'un certain temps¹⁴⁶.

Au demeurant, faire de la stérilisation par traitement hormonal le curseur du changement irréversible ne tombe-t-il pas sous les mêmes critiques que celles suscitées par l'ablation des organes génitaux exigée auparavant ? Même si l'atteinte à l'intégrité corporelle n'est pas aussi lourde que dans les hypothèses de castration *stricto sensu*, elle est de nouveau partiellement contrainte et faire de la perte de la fertilité le prix à payer pour changer de sexe contrevient de la même manière aux droits fondamentaux de la personne¹⁴⁷.

¹⁴¹ Voy. en ce sens S. PARICARD, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴² Voy. notamment Nancy, 3^e ch. civ., 11 octobre 2010, R.G. n° 10/2477, *J.C.P.*, éd. G, 2010, II, 1205, note P. REIGNÉ.

¹⁴³ Voy. par exemple, Paris, pôle 1, 1^{er} ch., 23 septembre 2010, Jurisdata 2010-026965.

¹⁴⁴ Question écrite n° 14524 de Mme M. Blondin, *J.O. Sénat*, 22 juillet 2010, p. 1904, réponse min., *J.O. Sénat*, 30 décembre 2010, p. 3373.

¹⁴⁵ Question écrite n° 16166 de Mme M. Blondin, *J.O. Sénat*, 25 novembre 2011, p. 3065, réponse min., *J.O. Sénat*, 3 mars 2011, p. 253.

¹⁴⁶ Communication de P. De Sutter, directrice du Centre de médecine reproductive, hôpital de Gand, en Belgique, au colloque « Regards croisés sur l'expérience transgenre de la parenté », 18-19 octobre 2011, M.M.S.H., Aix-en-Provence.

¹⁴⁷ En ce sens, P. REIGNÉ, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », note sous Nancy, 1^{er} ch. civ., 3 janvier 2011 et sous Paris, pôle 1, 1^{er} ch., 27 janvier 2011, *J.C.P.*, éd. G, 2011, II, 480 ;

S'il faut trouver des effets irréversibles des traitements médicaux, c'est ailleurs que dans la stérilité ou l'infécondité que l'on doit les trouver, si tant est qu'il faille les rechercher, ce que remet en cause Corinne Fortier au début de cet article. En tout cas, à lecture du rapport de la Haute Autorité de santé, il ne semble pas impossible d'en trouver. Pour les FtoM, « le développement mammaire et l'atrophie testiculaire induits par l'œstrogénothérapie peuvent avoir du mal à régresser à l'arrêt du traitement » ; pour les MtoF, « les modifications de la voix, la pilosité faciale, la calvitie et l'hypertrophie clitoridienne induites par la testostérone sont irréversibles »¹⁴⁸. Des attestations de médecins devraient donc pouvoir établir de manière suffisante, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la fertilité, que les changements physiologiques sont irréversibles¹⁴⁹. C'est bien sur cette voie, après la nouvelle période d'embarras déclenchée par la circulaire, que des juridictions semblent s'être très récemment engagées. La comparaison de deux décisions de la Cour d'appel de Nancy est à cet égard éloquent : le 3 janvier 2011, elle rend un arrêt dans lequel elle refuse d'autoriser le changement juridique de sexe au motif que le caractère irréversible du processus de changement n'est pas établi. Elle considère que « l'appelant ne rapporte pas une telle preuve de nature intrinsèque et qui en aucun cas ne saurait résulter du fait qu'il appartient au sexe féminin aux yeux des tiers »¹⁵⁰. La cour se prononce en sens inverse quelques mois plus tard. Le 2 septembre 2011, elle autorise dans une autre espèce la rectification d'état civil, estimant qu'est établie l'irréversibilité du processus de changement de sexe engagé¹⁵¹. Sur quoi se fonde cette fois son appréciation ? Deux certificats médicaux sont produits, l'un d'un psychiatre, l'autre d'un médecin traitant généraliste. Le premier atteste que l'intéressé a eu un « traitement hormonal depuis quatre ans, et est en inversion de genre depuis cette date, et ceci de façon irréversible » ; le second confirme que « le traitement hormonal substitutif féminisant a induit des modifications corporelles féminines parfaitement avérées ».

C'est donc le psychiatre qui certifie que la conversion est irréversible, ce qui est tout de même surprenant s'il s'agit d'apprécier des transformations physiologiques. Les compétences du psychiatre s'exercent plutôt sur le registre psychique que biologique ou anatomique. De quelle irréversibilité le psychiatre pourrait témoigner, sinon celle de l'engagement psychologique et du ressenti

F. BELLIVIER, « Le sexe doit-il encore faire partie de l'état de personnes ? », colloque Yan Thomas, Buenos Aires, 27-28 avril 2010, actes à paraître.

¹⁴⁸ Rapport précité, pp. 104-105.

¹⁴⁹ Voy. toutefois C.E., 28 avril 2004, n° 252621, *Préfet de police*, Jurisdata n° 2004-066722, *Jurisclasser administratif*, fasc. 233-65 : l'interruption du traitement hormonal, dont les effets sont en grande partie réversibles, est possible sur le plan physiologique, sans conséquence d'une exceptionnelle gravité : il n'y a donc pas d'obstacle à la mesure d'éloignement envisagée.

¹⁵⁰ Nancy, 1^{er} ch. civ., 3 janvier 2011, *op. cit.* ; voy. dans le même sens Paris, pôle 1, 1^{er} ch., 27 janvier 2011, *op. cit.* Les juges parisiens paraissent plus exigeants en se référant de surcroît à la chirurgie plastique.

¹⁵¹ Nancy, 3^e ch. civ., 2 septembre 2011, n° 11/02099, *J.C.P.*, éd. G, 2012, aperçu rapide, par F. VIALLA, p. 122 ; zoom, par P. REIGNÉ, p. 124.

personnel ? Pourtant, comme l'a montré Corinne Fortier, ni le psychiatre ni surtout la personne concernée ne peuvent être définitivement assurés de cette irréversibilité d'ordre psychique. On attendrait donc plutôt que ce soit le médecin traitant qui garantisse de l'irréversibilité des changements corporels. Mais lui se contente de préciser qu'elles sont « parfaitement avérées », ce qui n'est tout de même pas aussi extrême que l'irréversibilité exigée par la circulaire du 14 mai 2010. À l'évidence, les juges du fond commencent à retenir une interprétation assez libérale des conditions imposées aux personnes transgenres pour changer de sexe à l'état civil. L'inquisition des corps n'est plus poussée aussi loin qu'avant, et les juges semblent de moins en moins disposés à mesurer que les transformations opérées sont bien conformes à l'étalonnage réglementaire. C'est encore l'impression qui ressort de la lecture de l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes en date du 7 juin 2011¹⁵² : la motivation est lapidaire, les juges reproduisent la formule de la circulaire et ne détaillent pas les pièces médicales auxquelles ils se réfèrent. Se pourrait-il que les juges s'orientent vers un contrôle de plus en plus formel et social, et partant, de moins en moins médical et physiologique, du changement de sexe ? Sont-ils prêts à relâcher l'exigence des preuves tangibles sur le corps pour prendre prioritairement en compte les preuves comportementales du changement de catégorie de sexe ? En bref, la possession d'état pourrait-elle être utilement invoquée en matière d'identité sexuée comme le propose Corinne Fortier dans le chapitre précédent ?

Posséder un état, c'est en jouir dans les faits et passer publiquement pour l'avoir. La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui rattachent une personne à une communauté (couple conjugal, famille, nation). La notion, d'un usage courant en droit de la famille, pourrait-elle s'étendre au sexe ? Certes, un tel usage a toujours été expressément rejeté par les tribunaux. Ainsi, de la décision précédemment analysée de la Cour d'appel de Nancy où les juges énoncent fermement que le comportement social et l'apparence donnée en public ne sont pas des preuves suffisantes pour accorder le changement de sexe à l'état civil. Pourtant ils reconnaissent bien que « l'état civil d'une personne doit indiquer le sexe dont elle a l'appartenance », et non l'apparence, comme l'énonçait la Cour de cassation en 1992¹⁵³. Or quelle meilleure preuve de l'appartenance que la possession d'état ? Certains juges audacieux paraissent y avoir eu implicitement recours. On en trouve une illustration dans le jugement du Tribunal de grande instance de Toulouse, en date du 6 décembre 2010¹⁵⁴ : les juges ne s'attardent pas sur le fait de savoir si les transformations physiques (traitement hormonal et chirurgie faciale) sont ou non irréversibles. Ils s'appuient essentiellement sur le comportement de la personne, les

¹⁵² Rennes, 6^e ch., 7 juin 2011, R.G. n° 682/03953. Pour un commentaire, voy. l'article de S. PARICARD, *op. cit.*

¹⁵³ Cf. F. VIALLA, *op. cit.*

¹⁵⁴ Décision non publiée : communication personnelle.

témoignages de l'entourage et sur sa bonne intégration dans sa nouvelle identité féminine dans le cadre de son activité professionnelle. Le curseur du changement semble être ici la constatation d'une possession d'état. Cette initiative isolée pourrait trouver un relais dans la proposition de loi, déposée le 22 décembre 2011 à l'Assemblée nationale, visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil¹⁵⁵. L'objectif est de permettre un tel changement dès lors que « trois témoins capables, sans lien ni d'ascendance ni de descendance avec l'intéressé », « témoignent de la bonne foi du fondement » de la requête en rectification de la mention du sexe. Des attestations de proches sont nécessaires et suffisantes pour faire preuve de la nouvelle identité sexuée de la personne. Le procédé est assimilable aux actes de notoriété, comme il est précisé dans l'exposé des motifs, qui sont précisément les modes de formalisation légale de la possession d'état en matière de filiation¹⁵⁶. Une telle procédure paraît offrir les garanties de stabilité et de sécurité requises par les actes de l'état civil¹⁵⁷. S'il est possible de recourir à la possession d'état en matière de filiation, et d'en disposer d'une preuve fiable via l'acte de notoriété, pourquoi la même solution ne serait-elle pas envisageable pour le sexe ? En tout cas, une telle option signerait un net recul, sinon la fin, de la discipline médicale et de la gestion judiciaire de l'identité sexuée.

Conclusion

La question du respect de l'identité sexuée ne s'épuisera pas dans le vote d'une loi, même si l'intervention du législateur paraît de plus en plus nécessaire, en dépit du relâchement du carcan médico-psychiatrique qui a longtemps pesé sur le devenir des personnes « trans ». En effet, l'évolution juridique est trop aléatoire et inégale entre les tribunaux pour ne pas souhaiter le vote d'un régime général qui respecte la diversité des expériences « trans », tout en inventant des procédures rapides et transparentes pour rendre compte de l'identité sexuée de la personne.

¹⁵⁵ Doc. Ass. nat. n° 4127.

¹⁵⁶ Articles 71 et 317 du Code civil. L'acte de notoriété qui fait foi de la possession d'état est établi à la suite des déclarations de trois témoins. « La filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant » (article 317, alinéa 3).

¹⁵⁷ Par sa dimension fortement procédurale, le projet français s'éloigne radicalement de la proposition de loi allemande, qui est en cours d'examen en Allemagne, envisageant de changer de sexe sur simple déclaration (« Entwurf eines Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung des Geschlechtzugehörigkeit », n° 17/2211, Deutscher Bundestag, 16 juin 2010). La situation allemande est particulière, dans la mesure où la Cour constitutionnelle allemande (Bundersverfassungsgericht) a censuré plusieurs dispositions de la loi du 19 septembre 1980 sur le transsexualisme (voy. notamment la décision du 11 janvier 2011, 1 BvR 3295/ 07, qui a déclaré contraire à la Loi fondamentale l'obligation légale de se soumettre à une opération de réassignation chirurgicale). Cette loi est devenue en grande partie inapplicable et une nouvelle réglementation est donc en attente.

Au-delà de la loi, ce sont toutes nos représentations sur le sexe, le genre et l'identité sexuée qui doivent être repensées et renouvelées. Il est à cet égard important d'introduire l'analyse de ces notions dans l'enseignement au lycée afin, d'abord, de dénouer des interrogations qui peuvent être douloureuses et dommageables pour les adolescents en construction identitaire et afin, ensuite, d'élargir le champ de la réflexion sur les catégories binaires de genre et modifier les comportements qui en découlent.

La (r)évolution juridique qui est attendue constitue un rouage essentiel d'une révolution culturelle d'ensemble, dans la mesure où les juges participent à ce mouvement en agissant sur les situations individuelles et les catégories de pensée. De cette révolution sociojuridique puisse notre contribution, qui allie le regard de l'anthropologue et celui du juriste, constituer les prémisses.