
Modification de la mention de sexe à l'état civil : quand les juges remédient (ponctuellement) aux lacunes de la loi

Marie Mesnil

 <https://amplitude-droit.pergola-publications.fr/index.php?id=428>

DOI : 10.56078/amplitude-droit.428

Référence électronique

Marie Mesnil, « Modification de la mention de sexe à l'état civil : quand les juges remédient (ponctuellement) aux lacunes de la loi », *Amplitude du droit* [En ligne], 2 | 2023, mis en ligne le 09 octobre 2023, consulté le 10 octobre 2023. URL : <https://amplitude-droit.pergola-publications.fr/index.php?id=428>

Droits d'auteur

Licence Creative Commons – Attribution 4.0 International – CC BY 4.0

Modification de la mention de sexe à l'état civil : quand les juges remédient (ponctuellement) aux lacunes de la loi

Marie Mesnil

PLAN

Introduction

1. L'enfant trans, modification de la mention de sexe à l'état civil pour un mineur non émancipé
 - 1.1. Confirmation de l'interdiction législative implicite de changement du sexe pour les mineurs trans non émancipés
 - 1.2. Affirmation timide de la possibilité de changer de sexe à l'état civil pour les mineurs trans non émancipés
2. Le parent trans, établissement d'une filiation après modification du sexe à l'état civil
 - 2.1. L'établissement d'une filiation maternelle justifiée par l'identité sexuée du parent
 - 2.2. Deux filiations maternelles, en l'absence de contradiction
3. Le rôle limité du juge face aux lacunes du droit français
 - 3.1. La portée limitée du contrôle de proportionnalité
 - 3.2. L'auto-limitation des juges au profit du législateur

TEXTE

Introduction

- 1 La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au ^{xxi}e siècle a défini, au niveau législatif pour la première fois en droit français, les conditions suivant lesquelles il est possible de demander à faire modifier, en l'absence d'erreur¹, la mention de son sexe à l'état civil (Mesnil, 2017). Ces nouvelles dispositions législatives, applicables aux personnes trans², remplacent ainsi les critères qui avaient été auparavant dégagés par la jurisprudence. Le régime juridique relatif au changement d'état civil pour les personnes trans était jusqu'à cette date le résultat d'une construction jurisprudentielle entamée au début des années 1990.

- 2 À la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH³), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass.) a dégagé, dans deux arrêts en date du 11 décembre 1992, la règle selon laquelle :

« 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 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'apparence⁴. »

- 3 Ces décisions ont été rendues au visa de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et des articles 9 et 57 du Code civil (C. civ.), mais surtout du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes qui était auparavant interprété comme faisant obstacle à une telle modification.
- 4 Pendant près de vingt-quatre ans, les juges ont ainsi, au regard des critères jurisprudentiels que la Cour de cassation a déterminés et affinés, permis à des personnes de modifier la mention de leur sexe à l'état civil afin que celle-ci soit en accord avec leur apparence (Catto, 2021). La discordance entre l'identité sexuée à l'état civil et l'identité sociale est en effet source de grande vulnérabilité, soumettant les personnes trans à des discriminations (Beaubatie, 2022) – qui dépassent la question de l'accès à un emploi ou à un logement – et à des violences, verbales, physiques et psychologiques, y compris dans la sphère familiale. À propos de la discordance entre le sexe juridique et l'identité sexuée apparente, la Cour européenne des droits de l'homme constatait, dans son arrêt de 1992, que la requérante à laquelle les autorités françaises refusaient un changement de la mention de son sexe à l'état civil, « se trouv[ait] quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée⁵ ».
- 5 Au fil du temps, seuls deux critères de nature médicale sont demeurés, à savoir « la réalité du syndrome transsexuel dont [la personne qui demande le changement de mention de sexe est atteinte ainsi que

le caractère irréversible de la transformation de son apparence⁶ ». Par conséquent, le principal « critère du changement n'est toujours pas l'apparence ou l'identification mais l'irréversibilité » de la transformation de l'apparence (Catto, 2021, p. 171), y compris des organes génitaux⁷. Derrière le critère de l'irréversibilité est en fait visée la stérilisation directe ou résultant de l'ablation des organes génitaux d'origine⁸. Cette exigence a donné lieu à une – nouvelle – condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée⁹. Comme le rappelle la Cour, la vie privée est, en effet,

« une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre non seulement l'intégrité physique et morale de l'individu, mais aussi parfois des aspects de l'identité physique et sociale de celui-ci. Des éléments tels que, par exemple, l'identité ou l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention¹⁰ ».

6 La loi du 18 novembre 2016 a mis explicitement fin à toutes les exigences médicales qui étaient auparavant nécessaires pour modifier la mention de sexe à l'état civil. D'une part, tous les critères retenus par le législateur pour obtenir un changement de mention de sexe à l'état civil concernent désormais uniquement la sphère juridique et sociale, à savoir « une réunion suffisante de faits [démontrant] que la mention relative [au] sexe [d'une personne] dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue¹¹ ». D'autre part, il est explicitement affirmé que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande¹² ». La définition législative de critères pour le changement de la mention de sexe à l'état civil ne dépossède toutefois pas les juges de leur pouvoir d'appréciation. Bien au contraire, la compétence des juges a été réaffirmée pour apprécier l'opportunité des demandes de changement de la mention de sexe alors que certain·e·s revendiquaient, en plus de la démedicalisation de la procédure, sa déjudiciarisation.

7 Par ailleurs, de nombreuses questions, pourtant posées lors des débats parlementaires, sont restées sans réponse. Tel est en particulier le cas du champ d'application personnel de ces dispositions, avec la

question du changement de mention de sexe pour les mineurs trans, ou encore des conséquences d'un jugement en changement de sexe sur l'établissement de filiations postérieurement à celui-ci. Ces deux sujets ont donné lieu à des décisions inédites, rendues pour l'une par la Cour d'appel (CA) de Chambéry, le 25 janvier 2022¹³, et pour l'autre par la Cour d'appel de Toulouse, le 16 avril 2022¹⁴. Elles posent indirectement la question de l'état familial des personnes trans, en tant qu'enfants mineurs d'une part (1) et en tant que parents d'autre part (2), et elles interrogent, plus généralement, le rôle des juges face à l'incurie du législateur (3).

1. L'enfant trans, modification de la mention de sexe à l'état civil pour un mineur non émancipé

- 8 L'article 61-5 du Code civil définissant les conditions suivant lesquelles une personne peut demander à changer la mention de son sexe à l'état civil vise « toute personne majeure ou mineure émancipée ». Cette énumération exclut-elle pour autant les personnes mineures lorsqu'elles ne sont pas émancipées ? C'est à cette question que les juges chambériens ont dû répondre à la suite d'une requête présentée par les deux parents, représentants légaux, d'un jeune homme transgenre¹⁵ né en juin 2004¹⁶. Tant en première instance qu'en cause d'appel, les juges considèrent que le législateur a entendu interdire aux personnes mineures de modifier leur mention de sexe à l'état civil (1.1). Pour autant, à l'issue d'un contrôle de proportionnalité, la cour d'appel de Chambéry permet, dans sa décision du 25 janvier 2022¹⁷, le changement de la mention de sexe d'un mineur non émancipé (1.2)

1.1. Confirmation de l'interdiction législative implicite de changement du sexe pour les mineurs trans non émancipés

- 9 Le 22 janvier 2021, des parents d'un enfant mineur non émancipé introduisent, en leur qualité de représentants légaux, une demande en changement de mention de sexe à l'état civil au nom de leur fils trans.

Le tribunal judiciaire de Chambéry déclare la requête irrecevable aux motifs que la jeune femme (*sic*), mineure et non émancipée, n'a pas qualité pour agir¹⁸. Les parents interjettent alors appel en faisant valoir que le silence de la loi ne signifie pas l'exclusion des personnes trans mineures du dispositif mis en place par la loi du 18 novembre 2016 et que les représentants légaux d'un mineur peuvent agir en son nom. Ils soutiennent également que seule une telle lecture de l'article 61-5 du Code civil permet d'assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit au respect de la vie privée qui consiste à être reconnu de sexe masculin à l'état civil conformément à son état de fait, son apparence physique et son appartenance sociale. Le ministère public requiert également l'infirmité du jugement en faisant valoir qu'un tel changement, même s'il n'est pas prévu par les textes, répond à la fois à l'intérêt de l'enfant et au respect de sa vie privée.

- 10 La Cour d'appel de Chambéry se prononce dans cette affaire le 25 janvier 2022 en procédant en deux temps. Dans un premier temps, la recevabilité de l'action est examinée. Les juges d'appel confirment qu'il existe une « interdiction pour les mineurs non émancipés d'agir en modification de l'état civil telle que découlant des dispositions de l'article 61-5 du Code civil ». Une telle interprétation est justifiée en ce que ces dispositions « ont pour objectif de protéger les mineurs non émancipés d'une décision ayant d'importantes conséquences pour leur avenir afin de leur laisser le temps de la maturation de leur démarche ». Un rapide rappel relatif au régime juridique de l'émancipation autant que l'analyse des débats parlementaires permettent de relativiser cette prise de position des juges.
- 11 Concernant l'émancipation d'abord, elle met fin au régime de représentation du mineur par ses représentants légaux, titulaires de l'autorité parentale. Selon l'article 371-1 du Code civil, « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » et « elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». Autrement dit, l'émancipation – comme la majorité – mettent fin à ce régime protecteur des intérêts des mineurs. Pour Isabelle Corpart, « ni utile ni efficace,

presque tombée en désuétude, [l'émancipation] mérite d'être supprimée » (Corpart, 2003).

- 12 Concernant l'analyse des débats parlementaires ensuite, il en ressort que la question du changement de mention de sexe par des mineurs trans, notamment du fait de leur prise en charge médicale par une équipe au sein de l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière, a été discutée. Plusieurs amendements ont d'ailleurs été présentés pour que l'article 61-5 du Code civil ne désigne pas seulement les personnes majeures, comme cela était initialement prévu. Il a par exemple été proposé de supprimer le mot « majeures » afin de permettre également aux personnes mineures de demander à modifier la mention de leur sexe à l'état civil et, dans cette perspective, de viser explicitement les mineurs âgés de 6 à 16 ans, avec autorisation d'un des parents ou à partir de 16 ans, sans autorisation parentale. Ces amendements ont été présentés afin de permettre aux mineurs trans qui seraient en conflit avec leurs parents d'agir seuls (Carayon, Marguet, 2022).
- 13 *In fine*, l'article 61-5 du Code civil issu de la loi du 18 novembre 2016 vise, outre les personnes majeures, les personnes mineures émancipées. Cet ajout était-il nécessaire dans la mesure où, conformément à l'article 413-6 du Code civil, « le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile », sauf le mariage et l'adoption pour lesquels ce sont les mêmes règles que s'il n'était pas émancipé qui s'appliquent ? Les titulaires de l'action en justice doivent être distingués des conditions d'exercice de l'action en justice : en l'espèce, l'action étant attitrée, elle ne peut être mise en œuvre que par les catégories de personnes visées ; quant à l'exercice de l'action en justice, il nécessite lorsque l'on est mineur d'être représenté. Aussi, la seule mention des personnes majeures aurait-elle dû être interprétée comme une exclusion des personnes mineures et des personnes mineures émancipées. C'est d'ailleurs cette interprétation qui s'impose à propos du Pacte civil de solidarité (PACS) qui ne peut être conclu que par des personnes physiques majeures. Certains auteurs s'interrogent sur l'incohérence de ce système qui permet à des mineurs de se marier – le mariage emportant leur émancipation de plein droit – mais pas de se pacser ou de vivre en concubinage (Labbée, 2018). Ces différences de régime s'expliquent par le contexte dans lequel a été adoptée la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS, à savoir une hostilité à l'égard de la reconnaissance juri-

dique des couples de même sexe, à une époque où il s'agissait de préserver le mariage comme institution familiale réservée aux seuls couples formés d'un homme et d'une femme (Borrillo, Fassin, Iacub, 1999). Cette époque est toutefois révolue depuis l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe par la loi du 17 mai 2013 : les mineurs peuvent par conséquent être autorisés à se marier, y compris avec une personne du même sexe mais ne peuvent pas, même à titre exceptionnel, conclure un PACS !

- 14 L'interdiction faite aux mineurs trans non émancipés de changer de mention de sexe à l'état civil est également discutable. Plusieurs amendements, bien que non-adoptés, visaient justement à permettre aux mineurs de demander, seuls, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à l'émancipation ou au régime de représentation, à faire modifier la mention de leur sexe à l'état civil. Si ces dispositions avaient été adoptées, elles auraient permis d'accroître la sphère d'autonomie des personnes mineures, qui est déjà importante en matière sanitaire, médicale et de filiation, où la reconnaissance d'un enfant est définie comme un acte strictement personnel. L'identification sexuée des personnes n'est-elle pas, de la même manière que la filiation, une composante importante de l'identité personnelle ?
- 15 À l'issue des débats parlementaires, seuls les majeurs et les mineurs émancipés peuvent agir en justice pour demander à changer de mention de sexe à l'état civil. Les mineurs, qui ne sont pas visés par l'article 61-5 du Code civil, sont-ils alors exclus du bénéfice de ces dispositions ou ne peuvent-ils les mettre en œuvre que par le biais du régime de représentation ? C'est bien la première interprétation qui est retenue, autant par les juges de première instance que d'appel. Les personnes mineures n'étant pas mentionnées, elles ne peuvent pas demander à faire modifier leur mention de sexe à l'état civil. Autrement dit, l'action étant attitrée aux seuls majeurs et mineurs émancipés, les mineurs non émancipés n'en sont pas titulaires et ne peuvent pas faire une telle demande en justice, que ce soit par le biais de leurs représentants légaux qui agiraient en leur nom, grâce au régime de représentation, ou *a fortiori* seuls.
- 16 En l'absence de déjudiciarisation de la procédure de modification de la mention de sexe à l'état civil, il s'agit d'une action en justice et non d'un acte juridique, au contraire du mariage et de la reconnaissance

d'un enfant qui sont définis comme des actes strictement personnels. La comparaison semble toutefois plus pertinente avec les autres procédures visant à modifier un élément de l'état des personnes : le changement de prénom¹⁹, déjudiciarisé par la loi du 18 novembre 2016, et le choix du nom²⁰ doivent être faits par le représentant légal du mineur et son consentement est nécessaire si ce dernier a plus de 13 ans.

1.2. Affirmation timide de la possibilité de changer de sexe à l'état civil pour les mineurs trans non émancipés

- 17 Pour la cour d'appel de Chambéry, la représentation par les parents, titulaires de l'autorité parentale, n'est pas suffisante pour que la requête en modification de la mention de sexe d'un mineur trans soit jugée recevable puisque l'action n'est pas ouverte aux mineurs non émancipés. Aussi, la recevabilité de la requête n'est-elle acquise qu'à l'issue d'un contrôle de proportionnalité. Les juges d'appel procèdent en effet à un contrôle de proportionnalité *in concreto* de leur interprétation de l'article 61-5 du Code civil : au regard des éléments de fait tenant à la parfaite intégration familiale, scolaire et sociale du jeune homme, à son apparence masculine ainsi qu'à son changement de prénom en 2019, il est jugé que l'interdiction d'agir en modification de son état civil « ne permet pas de garantir en l'espèce le droit d[u mineur] au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Il est plus particulièrement souligné qu'« en l'obligeant à révéler son parcours personnel particulier du fait notamment de la mention de son genre féminin qui sera portée sur ses diplômes sanctionnant la fin de sa scolarité », il s'agirait d'une atteinte disproportionnée à ses droits.
- 18 À l'issue de ce contrôle de conventionnalité *in concreto*, la demande faite par les deux parents, représentants légaux, du mineur trans est jugée recevable. La cour d'appel de Chambéry se prononce, dans un deuxième temps, sur le fond de la demande. Elle fait alors application des critères de l'article 61-5 du Code civil et reprend les éléments factuels déjà mobilisés au stade de l'examen de la recevabilité de la requête, à savoir le changement de prénom du mineur, son intégration sous « son identité masculine dans ses milieux familiaux, scolaires et

sociaux, tel que cela ressort des photographies et attestations versées aux débats », son identification « sous son identité masculine qui est en concordance avec son apparence physique d'autant plus qu'il a entamé un traitement hormonal en parallèle de sa prise en charge médicale et psychologique ». Il est finalement fait droit aux demandes des parents, formées au nom de leur fils.

- 19 L'ouverture du changement de la mention de sexe à l'état civil pour les mineurs est timide : la recevabilité de l'action en justice, faite par les parents en représentation de leur fils mineur, repose sur un contrôle de conventionnalité *in concreto* de l'article 61-5 du Code civil. En l'espèce, l'interdiction de modifier la mention de son sexe emporterait des conséquences disproportionnées et plusieurs éléments sont mis en avant : l'âge du mineur, la constance de sa démarche et la prise en charge psychologique et médicale dont il fait l'objet, le soutien de ses parents, la mention de sexe sur le diplôme du baccalauréat qu'il obtiendra en fin d'année scolaire et qui va le suivre dans la suite de ses études. Autant d'éléments qui pourraient, au contraire, s'ils faisaient défaut, motiver une décision d'irrecevabilité de la demande. Autrement dit, le changement de mention de sexe à l'état civil pour les mineurs trans est loin d'être acquis, mais il peut intervenir, au cas par cas, en fonction de l'appréciation des éléments de fait présentés devant les juridictions du fond (Brunet, Mesnil, 2022b).
- 20 Il serait par ailleurs intéressant de se demander ce qu'il en serait si le mineur n'avait pas été soutenu par ses parents : s'il est peu probable qu'il puisse agir seul en justice sauf à considérer qu'il s'agit d'un acte strictement personnel, on peut se demander si l'action a toutefois besoin d'être introduite conjointement par les deux parents. L'accord des deux parents est nécessaire pour les actes non usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant : le changement de mention de sexe à l'état civil peut difficilement être considéré autrement. S'il est nécessaire que les parents soutiennent leur enfant mineur dans son parcours de transition, qu'en serait-il en l'absence d'adhésion des parents à la démarche de leur enfant mineur : pourrait-il être envisagé que les intérêts du mineur, en opposition avec ceux de ses représentants légaux, justifient la désignation d'un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter²¹ ? Qu'en est-il également de l'articulation de ces dispositions avec la création de la nouvelle infraction relative aux pratiques visant à modifier l'identité de genre par la loi n° 2022-

92 du 31 janvier 2022 dite d'interdiction des thérapies de conversion ? Désormais l'article 225-4-13, alinéa 1 du Code pénal dispose que « les pratiques, les comportements ou les propos répétés visant à modifier ou à réprimer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, vraie ou supposée, d'une personne et ayant pour effet une altération de sa santé physique ou mentale sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende » (Papillon, 2022). Dans l'hypothèse où les parents ne soutiendraient pas la démarche de leur enfant visant à modifier la mention de son sexe à l'état civil, voire s'y opposeraient vivement par des pratiques, comportements ou propos répétés qui auraient pour effet une altération de sa santé, l'infraction pourrait-elle être constituée ? L'alinéa 3, qui a pu être qualifié de « disposition interprétative » (Darsonville, 2022), précise que

« l'infraction prévue au premier alinéa n'est pas constituée lorsque les propos répétés invitent seulement à la prudence et à la réflexion, eu égard notamment à son jeune âge, la personne qui s'interroge sur son identité de genre et qui envisage un parcours médical tendant au changement de sexe ».

- 21 Cet alinéa viserait *a fortiori* une personne qui envisage une action en changement de la mention de son sexe à l'état civil. Tant que la santé de leur enfant n'est pas en cause, les parents ne peuvent pas être contraints, y compris du fait de cette nouvelle infraction, d'introduire une action en justice au nom de leur enfant mineur. Dans ces situations conflictuelles, la nomination d'un administrateur *ad hoc* pourrait être envisagée afin de s'assurer de la préservation des intérêts du mineur.
- 22 Ces interrogations restent sans réponse tant la portée de la décision rendue par la cour d'appel de Chambéry est incertaine. Il conviendra de scruter avec attention les prochaines décisions rendues par les juges du fond ; il s'agira en particulier de s'assurer que l'examen de la recevabilité de l'action, au titre du contrôle de conventionnalité *in concreto*, ne conduise pas à réintroduire d'autres critères que ceux définis par le législateur pour les majeurs et les mineurs émancipés, en particulier en exigeant un suivi psychologique et/ou médical. Cette exigence ne contreviendrait pas directement à l'alinéa 3 de l'article 61-6 du Code civil qui dispose que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérili-

sation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande ». En effet, il ne s'agit pas de traitements médicaux, opération chirurgicale ou stérilisation dont la mise en œuvre est discutée pour les mineurs (Brunet, Catto, 2022) mais d'un suivi psychologique et/ou médical. Au surplus, l'absence de prise en charge psychologique et/ou médicale n'entraînerait pas directement un refus de la demande de changement de sexe mais l'irrecevabilité de l'action en justice. Il nous semble peu probable que de tels éléments médicaux soient introduits compte tenu des controverses importantes qui existent en France à propos de la prise en charge médicale des enfants et adolescents trans (Condat *et al.*, 2022).

- 23 Par cette décision du 25 janvier 2022, la cour d'appel de Chambéry a précisé le champ d'application personnel de l'article 61-5 du Code civil en permettant, sous réserve d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*, aux mineurs trans de demander à changer de mention de sexe à l'état civil. La demande doit alors être présentée par les parents du mineur trans, en qualité de représentants légaux de leur enfant. D'autres questions relatives au statut familial des personnes trans n'ont pas été tranchées par la loi du 18 novembre 2016 et, en particulier, celles relatives à l'établissement d'une filiation postérieurement au jugement de changement de sexe à l'état civil.

2. Le parent trans, établissement d'une filiation après modification du sexe à l'état civil

- 24 L'article 61-8 du Code civil détermine une partie des conséquences du jugement accordant le changement de la mention de sexe à l'état civil : « La modification de la mention de sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification ». *Quid* des filiations qui pourraient être établies après cette modification ? (Mesnil, 2021). C'est à cette question que les juges toulousains ont dû répondre à propos d'une femme trans qui a conçu un enfant en fécondant son épouse avec ses spermatozoïdes. La cour d'appel de Toulouse s'est prononcée, le 16 avril 2022, à la suite d'un renvoi après cassation : l'autorité de la chose jugée faisant obstacle à la transcription de la re-

connaissance maternelle, elle établit judiciairement la filiation maternelle entre la femme trans et l'enfant qu'elle a conçu²². Avant de parvenir à une telle solution, les juges ont pris soin de justifier leur décision d'établir une filiation maternelle au regard de l'identité sexuée de la femme trans (2.1) et au regard des dispositions du Code civil, en particulier le principe chronologique qui est classiquement interprété comme faisant obstacle à l'établissement d'une double filiation maternelle (2.2).

2.1. L'établissement d'une filiation maternelle justifiée par l'identité sexuée du parent

25 Avant de présenter la solution de la cour d'appel de Toulouse, il convient de revenir sur les faits. En l'espèce, un homme marié a obtenu le changement de la mention de son sexe à l'état civil par un jugement en date du 3 février 2011. Même si le jugement est intervenu avant la loi du 18 novembre 2016 qui a mis fin à l'exigence d'avoir subi des traitements médicaux et opérations chirurgicales stérilisantes, la femme trans avait conservé ses organes sexuels masculins et leur fonctionnalité. Aussi a-t-elle pu concevoir avec son épouse une troisième enfant, née le 18 mars 2014, soit bien postérieurement à la modification de son état civil. Consciente des difficultés juridiques qui se posaient, elle a réalisé par acte notarié, le 14 mars 2014, soit quelques jours avant la naissance de sa fille, une « reconnaissance prénatale d'enfant, qu'elle déclare être de nature maternelle, non gestatrice ». La demande de transcription de la reconnaissance sur l'acte de naissance de l'enfant ayant été refusée par l'officier d'état civil de Montpellier, elle assigne le 31 juillet 2015 le procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Montpellier. Le 22 juillet 2016, le tribunal rejette la demande de transcription de la femme trans qui forme alors un appel. La cour d'appel de Montpellier, dans un arrêt remarqué du 14 novembre 2018, confirme le jugement et, constatant le lien biologique unissant l'enfant à cette femme, ordonne de retranscrire la mention « parent biologique » sur l'acte de naissance de l'enfant. Insatisfaits de cette création prétorienne, le procureur général près la cour d'appel de Montpellier et la femme trans forment un pourvoi en cassation. Le 16 septembre 2020, la Cour

de cassation a cassé et annulé l'arrêt précité, sauf en ce qu'il a rejeté la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance de maternité de la femme trans²³. Dans leur arrêt, les juges du Quai de l'Horloge invitent la cour d'appel de renvoi à faire application des « modes d'établissement de la filiation réservés au père » (§ 18). En effet, pour les juges de la Cour de cassation, les dispositions de l'article 320 du Code civil « s'opposent à ce que deux filiations maternelles soient établies à l'égard d'un même enfant, hors adoption » (§ 16) ; par ailleurs, elles ne portent pas atteinte à l'article 8 de la CEDH en ce qu'elles « poursuivent un but légitime, au sens du second paragraphe de l'article 8 précité, en ce qu'elles tendent à assurer la sécurité juridique et à prévenir les conflits de filiation » (§ 22).

26 Devant la cour d'appel de renvoi, la femme trans demande, tout comme la mère de l'enfant, la transcription de sa reconnaissance prénatale et, à titre subsidiaire, l'établissement judiciaire de sa maternité. Le ministère public, quant à lui, demande à la Cour de déclarer la demande de transcription irrecevable et d'établir judiciairement la maternité en mentionnant en outre, dans les événements relatifs à la filiation, le jugement du tribunal de grande instance de Montpellier du 3 février 2011 relatif au changement de mention de sexe. Les deux femmes, la mère légale et la femme trans, s'opposent à l'inscription de cette mention marginale.

27 Dans son arrêt du 16 avril 2022, la cour d'appel de Toulouse écarte d'abord la transcription de la reconnaissance maternelle aux motifs de l'autorité de la chose jugée : en effet, la Cour de cassation a jugé conforme au droit le rejet de la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance maternelle qui avait été effectuée en mars 2014. Aussi, la cour d'appel de renvoi estime-t-elle que, dans ces conditions, l'établissement de la filiation ne peut être que judiciaire. Il s'agit alors de déterminer le genre de la filiation : une filiation paternelle découle-t-elle nécessairement de la qualité de géniteur ou le sexe du parent, en l'espèce féminin, détermine-t-il le genre de la parenté, à savoir en l'espèce une maternité ? Pour répondre à cette question – qui semble première – pour la cour d'appel de Toulouse, les juges soulignent d'emblée que « l'ensemble des parties s'accorde sur l'exclusion de la filiation paternelle ». Il s'agit ensuite de justifier l'établissement d'une filiation maternelle, tant au regard des dispositions du Code civil relatives à la filiation que des en-

gagements conventionnels souscrits par la France. Les dispositions du Code civil relatives à la présomption de paternité sont jugées inadaptées en ce qu'elles ne peuvent trouver à s'appliquer à l'égard d'une épouse. Quant à la reconnaissance de paternité :

« [Elle] ne peut non plus être retenue dans la mesure où, d'une part, elle contraindrait [la femme trans] à nier sa nouvelle identité sexuelle, consacrée par le jugement définitif précité, et, d'autre part, serait contraire aux droits au respect de sa vie privée et à l'autodétermination sexuelle garantis par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

- 28 Les modes d'établissement de la filiation paternelle ainsi écartées, la cour d'appel de Toulouse considère les différentes manières d'établir une filiation maternelle : l'adoption est impossible du fait de l'opposition de la mère légale, la reconnaissance du fait de l'autorité de la chose jugée, la désignation de la femme comme mère dans l'acte de naissance du fait qu'elle suppose un accouchement... La maternité peut toutefois être reconnue en justice ; c'est la voie choisie par les juges toulousains qui se livrent à une analyse approfondie et originale des dispositions législatives applicables (Mesnil, 2022). En effet, les hypothèses suivant lesquelles il peut exister une double filiation maternelle sont limitées (Mesnil, 2023).

2.2. Deux filiations maternelles, en l'absence de contradiction

- 29 Les juges toulousains justifient leur jugement tenant à établir judiciairement une double filiation maternelle en faisant une lecture actualisée de l'article 320 du Code civil. Deux évolutions juridiques sont en particulier mises en avant. La première évolution résulte de la loi du 18 novembre 2016 qui, en démedicalisant le changement de la mention de sexe à l'état civil, permet à des personnes trans de disposer de capacités reproductrices qui ne correspondent pas – précisément plus – à leur sexe à l'état civil. Il en résulte, selon l'expression des juges toulousains, que la loi du 18 novembre 2016 « fait coexister des réalités juridique et biologique distinctes » : une femme peut concevoir un enfant charnellement avec ses spermatozoïdes comme, en l'espèce et à l'inverse, un homme peut aussi disposer d'un utérus

et/ou d'ovaires lui permettant d'être enceint et d'accoucher d'un enfant. Ces situations ont été ignorées par la loi du 18 novembre 2016 qui « laisse un vide juridique indéniable faute de disposition relative à la filiation des enfants nés postérieurement à la modification de la mention de sexe à l'état civil alors même que la maternité gestatrice n'est plus exclusive ». Par la suite, comme le souligne, à juste titre, la cour d'appel de Toulouse, « la loi de bioéthique du 2 août 2021 n'a pas apporté de précision sur ce point, laissant présumer que le législateur a préféré laisser au juge le soin de régler cette question dans le cadre de son appréciation souveraine de la situation des intéressés ». Les juges toulousains prennent alors acte de ce vide législatif et décident de le combler, au regard de

« l'intérêt supérieur de l'enfant et [du] droit au respect de la vie privée respectivement consacrés par la Convention de New York et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rend[ant] impérative la nécessité de permettre à l'enfant né d'un couple dont l'un de ses membres est transgenre, de voir sa filiation doublement établie à l'égard de ses deux parents, dès lors qu'il n'est pas contrevenu aux principes fondamentaux du droit national ».

- 30 En effet, au regard du droit national, il est souligné d'un côté l'absence de fraude à la loi et de l'autre l'absence d'atteinte à l'ordre public, dans la mesure où le droit français permet à des couples de femmes d'être mères hors adoption, à la suite de l'ouverture par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique de l'assistance médicale à la procréation (AMP) avec tiers donneur aux couples de femmes et la création de la reconnaissance conjointe anticipée (RCA). Les juges toulousains concluent

« en l'absence de tout conflit et de toute contradiction entre les filiations des deux parents biologiques, toutes deux de sexe féminin à l'état civil, la filiation maternelle entre [la femme trans et l'enfant] sera judiciairement établie ».

- 31 Le raisonnement est intéressant à plusieurs titres. Après avoir fait primer le respect de l'identité de genre de la femme trans, l'établissement d'une double filiation maternelle est justifié par l'absence de contradiction : la filiation maternelle repose en effet, pour l'une, sur

l'accouchement et pour l'autre, sur sa contribution biologique en tant que génitrice. Il n'existe pas de tiers pouvant revendiquer l'existence d'un lien de filiation à l'égard de l'enfant, fondé sur sa qualité de géniteur ou de coauteur du projet parental, et qui pourrait prétendre à compléter la branche de la filiation qui n'est pas fondée sur l'accouchement. C'est d'ailleurs parce que le géniteur est un tiers donneur auquel il est fait interdiction d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant que les couples de femmes peuvent établir un double lien de filiation maternelle à l'issue d'une AMP avec tiers donneur. La reconnaissance conjointe anticipée suppose toutefois le recours à un tiers donneur et ne devrait pas trouver à s'appliquer lorsque deux femmes procréent charnellement. Il ne s'agit par conséquent pas d'un mode d'établissement de la co-maternité mais bien de dispositions juridiques spécifiques et limitées à une seule hypothèse, celle du recours à une AMP avec tiers donneur. En l'absence de caractère rétroactif à la RCA, le législateur a été contraint d'envisager deux dispositifs de droit transitoire, valables uniquement pendant trois ans, et ne s'appliquant qu'aux couples ayant réalisé une AMP avec tiers donneur à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi (Brunet, Mesnil, 2022a). Ces dispositifs ignorent les autres hypothèses, comme la procréation charnelle par les couples de femmes dont l'une a changé de mention de sexe à l'état civil ou encore le recours à un donneur connu. En l'absence de dispositions législatives spécifiques, il reviendra aux juges, saisis de ces questions, de les trancher au regard du droit positif.

3. Le rôle limité du juge face aux lacunes du droit français

- 32 Plusieurs juges peuvent être amenés à se prononcer sur ces questions d'état des personnes et combler, notamment au regard des droits fondamentaux, les lacunes du droit existant. Dans les deux affaires étudiées, ce sont les juges ordinaires qui se sont prononcés en effectuant un contrôle de conventionnalité, mais le Conseil constitutionnel a également pu être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'accès à l'assistance médicale à la procréation des hommes trans. Si la portée de leurs décisions n'est pas comparable, il apparaît que les juridictions françaises font preuve d'auto-

limitation (3.1) en renvoyant au législateur le soin de définir les règles de droit applicables à ces questions de société (3.2).

3.1. La portée limitée du contrôle de proportionnalité

- 33 Si le contrôle de proportionnalité a pu être présenté comme une révolution (Jestaz, Marguénaud, Jamin, 2014 ; Chénéde, 2016), force est de constater qu'il est réalisé avec précaution par la Cour de cassation. Dans l'affaire relative à la filiation de la femme trans, la première chambre civile juge ainsi que :

« 24. En ce qu'elles permettent, par la reconnaissance de paternité, l'établissement d'un lien de filiation conforme à la réalité biologique entre l'enfant et la personne transgenre – homme devenu femme – l'ayant conçu, [l]es dispositions [du droit national] concilient l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale de cette personne, droit auquel il n'est pas porté une atteinte disproportionnée, au regard du but légitime poursuivi, dès lors qu'en ce qui la concerne, celle-ci n'est pas contrainte par là même de renoncer à l'identité de genre qui lui a été reconnue. »

- 34 Au contraire, pour la Cour d'appel de Toulouse :

« La reconnaissance de paternité ne peut non plus être retenue dans la mesure où, d'une part, elle contraindrait à nier sa nouvelle identité sexuelle, consacrée par le jugement définitif précité, et, d'autre part, serait contraire aux droits au respect de sa vie privée et à l'autodétermination sexuelle garantis par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

- 35 Ces deux décisions donnent à voir deux interprétations très différentes du droit national et de sa compatibilité avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le point de divergence tient en fait à la caractérisation, par la Cour de cassation, du but légitime poursuivi par les dispositions du droit de la filiation, et en particulier l'article 320 du Code civil en ce qu'il exclut l'établissement de deux filiations contradictoires. Une telle approche permet à la Cour de cassation d'affirmer que son interprétation du droit ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de l'iden-

tité de genre de la femme, reconnue comme telle dans son acte de naissance et désignée comme le père de l'enfant dans l'acte de naissance de ce dernier. La désignation du parent, comme père ou mère, pourrait être perçue comme un élément secondaire dans la mesure où les droits attachés au statut de parent sont aujourd'hui strictement identiques – au contraire du droit allemand²⁴ –, même si leurs mises en œuvre par les juges, notamment à la suite d'une séparation sont encore nettement différenciées (Haut Conseil de la famille, 2014). Ce n'est donc pas sur le terrain du droit et de l'établissement de la filiation que la question se pose mais sur celle de l'identité personnelle et de l'infra-normatif. N'est-il alors pas paradoxal pour les juges de demander que la personne se présente publiquement et soit connue de son entourage familial sous le sexe revendiqué pour ensuite lui en dénier le bénéfice ?

36 La Cour de cassation garantit la bonne interprétation des règles de droit et contrôle que son application ne s'avère pas disproportionnée, comme en l'espèce. Elle a ainsi refusé la mention de parent biologique et invité les juges du fond à établir une filiation selon les modes d'établissement de la filiation réservée au père. Les juges toulousains ont, quant à eux, adopté une approche différente sans que leur arrêt ne donne lieu à un second pourvoi, y compris dans l'intérêt de la loi comme l'y invitaient pourtant certains auteurs (Thevenot, Moron-Puech, 2022). La cour d'appel de renvoi, qui a très richement motivé sa décision, comble ainsi les lacunes de la loi, mais uniquement pour cette affaire : l'établissement judiciaire de la filiation maternelle n'est prononcé que pour cette famille. Le rôle créateur des juges du fond est limité par la Cour de cassation elle-même, mais aussi par le raisonnement et les solutions qu'ils adoptent, conformément à l'interdiction qui leur est faite de prendre des arrêts de règlement²⁵.

37 Dans l'affaire relative au changement de mention de sexe à l'état civil du mineur non émancipé, les juges de Chambéry ne changent pas la loi – contrairement à ce que certains auteurs ont pu avancer (Leroy, 2022). Ils soulignent simplement les effets disproportionnés que l'application de l'interdiction posée par la loi produirait dans le cas d'espèce qu'ils tranchent. En adoptant un raisonnement fondé sur le contrôle de proportionnalité, le législateur est d'ailleurs privé de la possibilité de contrer une telle approche : même s'il le souhaitait, il ne serait pas possible, ni d'ailleurs nécessaire, d'adopter un texte de loi

anti-changement de mention de sexe des mineurs trans. L'article 61-5 du Code civil est déjà interprété par les juges comme interdisant le changement de mention de sexe à l'état civil pour les mineurs et la décision rendue ne vaut que pour un seul mineur non émancipé, celui qui en a fait la demande.

3.2. L'auto-limitation des juges au profit du législateur

38 En dehors du contrôle de proportionnalité, lorsque leurs décisions pourraient avoir des conséquences bien plus importantes, les juges font preuve d'auto-limitation et renvoient au législateur le soin de faire évoluer l'état du droit. Avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), on s'attendait à une fondamentalisation importante du droit privé, mais il a été constaté au contraire, au fur et à mesure, un « étiolement [...] du contrôle de constitutionnalité pour le domaine du droit des personnes et de la famille » du fait du *self restraint* du Conseil constitutionnel (Gogos-Gintrand, 2020). Dès la décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 concernant l'adoption au sein d'un couple de personnes de même sexe, les juges de la rue de Montpensier expliquent que « cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur ». Le Parlement disposerait ainsi d'une compétence exclusive pour trancher les débats de société, sans que cette catégorie ne soit d'ailleurs définie.

39 Le gouvernement reprend lui-même cet argument pour appeler le Conseil constitutionnel à la réserve lors de l'instruction de la QPC relative à l'accès à l'assistance médicale à la procréation pour les hommes, plus spécifiquement pour certains hommes trans qui ont conservé leurs capacités gestationnelles et pourraient bénéficier d'un don de spermatozoïdes (Mesnil, Paricard, 2022) :

« La doctrine a même pu considérer que, dans le domaine du droit des personnes et de la famille, [le Conseil] interdis[ait] tout contrôle des choix discrétionnaires faits par le législateur, au point de dessiner une zone de non-contrôle constitutionnel^{26, 27}. »

40 Le Conseil constitutionnel semble avoir été sensible à cette position puisqu'il reconnaît effectivement que :

« 8. Il ressort des travaux préparatoires que, en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu permettre l'égal accès des femmes à l'assistance médicale à la procréation, sans distinction liée à leur statut matrimonial ou à leur orientation sexuelle. Ce faisant, il a estimé, dans l'exercice de sa compétence, que la différence de situation entre les hommes et les femmes, au regard des règles de l'état civil, pouvait justifier une différence de traitement, en rapport avec l'objet de la loi, quant aux conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, d'une telle différence de situation²⁸. »

41 Le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas, comme dans un certain nombre d'autres décisions, un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement. Certains juges ont également pu, comme dans l'affaire relative au sexe neutre, faire valoir que les questions relatives à l'état des personnes relèvent de la compétence que tire le législateur de l'article 34 de la Constitution (Ingall-Montagnier, 2017). Faut-il rappeler que l'article 34 définit les domaines de la loi par rapport à ceux du règlement ? Autrement dit, les juges ne peuvent pas se déclarer incompétents au profit du législateur et refuser d'interpréter les textes sauf à commettre un déni de justice. Ainsi, le vide législatif n'est pas synonyme de vide juridique. L'article 4 du Code civil n'est qu'une autre manière de l'affirmer : « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

42 Dans les deux arrêts étudiés, les cours d'appel pallient l'absence de dispositions législatives spécifiques par une interprétation des dispositions existantes. Pour autant, l'absence de possibilité de changer de mention de sexe pour les personnes mineures non émancipées tout comme l'incertitude quant à la filiation établie postérieurement à la modification de la mention de sexe à l'état civil ne sont pas satisfaisantes. Ces vides législatifs sont sources d'insécurité juridique pour les personnes et remettent en cause la pleine jouissance de leurs droits fondamentaux. Il ne s'agit pas seulement d'une question de

sources du droit mais d'une question plus générale, de fond, tenant à l'application des dispositions législatives spécifiques à un sexe aux personnes qui ont changé de mention de sexe à l'état civil. Les juges ne peuvent pas remédier entièrement à l'incurie du législateur et le législateur ne peut se contenter d'ajouter, au cas par cas, que « la modification de la mention de sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article²⁹ ». Faut-il, par un raisonnement *a contrario*, en déduire qu'en l'absence d'une telle précision, la modification de la mention de sexe à l'état civil fait obstacle à l'application des dispositions qui visent le sexe de naissance ?

- 43 Il semble difficile de continuer à faire l'économie d'une réflexion d'ensemble sur la question de l'application des règles de droit sexospécifiques aux personnes ayant changé de mention de sexe à l'état civil. Il faut s'assurer non seulement de la coordination des textes juridiques, mais surtout que toutes les personnes, y compris celles qui ont changé de mention de sexe à l'état civil, aient la pleine jouissance de leurs droits en matière procréative (interruption volontaire de grossesse, contraception, stérilisation, autoconservation de gamètes, AMP...) et familiale (prestations sociales et établissement de la filiation). Le Parlement ne s'est pas saisi de ces questions en 2016. Sera-t-il disposé à le faire aujourd'hui, notamment à l'occasion de l'évaluation de la mise en œuvre des dispositions de la loi du 18 novembre 2016 ? Nous ne pouvons qu'encourager les parlementaires en ce sens, tant les enjeux en termes de droits fondamentaux autour de ces questions sont un peu plus criants chaque jour.

BIBLIOGRAPHIE

BEAUBATIE E., 2022, « Apprendre à faire genre. Discriminations et stratégies d'usagers·ères trans dans les services publics », *Gouvernement et action publique*, vol. 11, n° 1, p. 109-130

BORRILLO D., FASSIN E., IACUB M. (dir.), 1999, *Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF

BRUNET L., CATTO M.-X., 2022, « Mineur·es trans. Intervenir sur les corps serait-il plus simple que sur l'état civil ? », *Délibérée*, vol. 15, n° 1, p. 50-56

BRUNET L., MESNIL M., 2022a, « D'un bricolage à l'autre : l'adoption forcée de l'enfant conçu par AMP au sein d'un couple de femmes aujourd'hui séparées », *AJ Famille*, n° 4, p. 190

- BRUNET L., MESNIL M., 2022b, « Changement de la mention de sexe à l'état civil : les mineurs trans également concernés ! », note sous Chambéry, *AJ Famille*, n° 5, p. 286
- CARAYON L., MARGUET L., 2022, « Changement de la mention de sexe à l'état civil pour un mineur trans », *Dalloz Actualité*
- CATTO M.-X., 2021, « Le critère de l'apparence physique dans les décisions de changement de sexe », p. 155-182, dans M.-X. CATTO, J. MAZALEIGUE-LABASTE (dir.), *La bicatégorisation de sexe, entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin
- CHÉNEDÉ F., 2016, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz*, p. 796
- CHÉNEDÉ F., DEUMIER P., 2013 « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, p. 5-18
- CONDAT A. ET AL., 2022, « La prise en charge des enfants, adolescentes et adolescents transgenres en France : controverses récentes et enjeux éthiques », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, vol. 70, n° 8, p. 408-426
- CORPART I., 2003, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *La semaine juridique notariale et immobilière*, p. 1523
- DARSONVILLE A., 2022, « Loi du 31 janvier 2022 : mettre fin aux thérapies de conversion », *Dalloz Actualité*
- GOGOS-GINTRAND A., 2020, « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », *Recueil Dalloz*, p. 2409
- HAUT CONSEIL DE LA FAMILLE, 2014, *Les ruptures familiales. État des lieux et propositions*, rapport
- INGALL-MONTAGNIER Ph., 2017, « Quelle mention est-il possible de porter en face de la rubrique "sexe" sur les actes d'état civil ? », avis sous Cass., *La semaine juridique. Édition générale*, p. 696
- JESTAZ P., MARGUÉNAUD J.-P., JAMIN C., 2014, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, p. 2061
- LABBÉE X., 2018, « Faut-il repenser l'émancipation », *Gazette du Palais*, n° 6, p. 12-13
- LEROYER A.-M., 2022, « Le mineur transgenre : quand la jurisprudence change la loi », *RTD Civ.*, p. 365
- MESNIL M., 2023, « Les obstacles à la parenté des couples de femmes », *Revue française des affaires sociales*, n° 2, p. 89-106
- MESNIL M., 2022, « Ni parent biologique ni père : la maternité d'une femme trans reconnue en justice », note sous Toulouse, *AJ Famille*, n° 4, p. 222
- MESNIL M., 2021, « Quel genre pour la parenté trans ? Les trois lectures de l'identité sexuée », p. 201-224, dans M.-X. CATTO, J. MAZALEIGUE-LABASTE (dir.), *La bicatégorisation de sexe, entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin
- MESNIL M., 2017, « La démedicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre », *Journal du droit de la santé et de l'Assurance maladie*, n° 16, p. 62-69
- MESNIL M., PARICARD S., 2022, « L'assistance médicale à la procréation pour les hommes trans : une exclusion

conforme à la Constitution », *AJ Famille*, n° 9, p. 435

PAPILLON S., 2022, « Thérapie de conversion, un Code pénal déjà converti », *AJ Pénal*, p. 111

THEVENOT M., MORON-PUECH B., 2022, « Parenté transgenre : la cour d'appel de Toulouse serait-elle devenue la Cour suprême de la France ? », *Recueil Dalloz*, p. 846

NOTES

1 Il existe une procédure de rectification des mentions du sexe à l'état civil, utilisée notamment par les personnes présentant une variation du développement génital (article 99 du Code civil modifié par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique).

2 Par personnes trans, il convient d'entendre une personne dont l'identité de genre diffère du sexe qui lui a été assigné à la naissance sur la base de l'apparence de ses organes sexuels.

3 Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n° 13343/87.

4 Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-12.373.

5 Cour EDH, 25 mars 1992, précit., § 63.

6 Cass., 1^{re} civ., 13 février 2013, n° 11-14515.

7 Cass., 1^{re} civ., 7 juin 2012, n° 11-22490 : « Mais attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention de sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; que la cour d'appel, après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits par Mme X... tendant à établir qu'elle présentait le syndrome de Benjamin, qu'elle avait subi une mastectomie totale avec greffe des aréoles et suivait un traitement hormonal, a estimé que le caractère irréversible du changement de sexe n'en résultait pas. »

8 Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, Ass. plén., 27 juin 2013, spéc. p. 4.

9 Cour EDH, 6 avril 2017, *A. P., Garçon et Nicot c/ France*, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

10 Cour EDH, 6 avril 2017, précit., § 92.

- 11 Article 61-5 C. civ.
- 12 Article 61-6, al. 3 C. civ.
- 13 CA Chambéry, 25 janvier 2022, n° 21/01282.
- 14 CA Toulouse, 9 février 2022, n° 20/03128.
- 15 Cette désignation tient compte de la mention de sexe revendiquée afin de respecter l'identité de genre du mineur.
- 16 Le Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles (GIAPS) a accompagné les requérants dans leur demande. L'autrice tient à signaler qu'elle a, à ce titre, contribué à la rédaction des conclusions.
- 17 CA Chambéry, 25 janvier 2022, n° RG 21/01282, inédit, [<https://asso-giaps.org/2022/03/29/changement-de-la-mention-du-sexe-pour-une-personne-trans-mineure/>], consulté le 17 avril 2023.
- 18 Tribunal judiciaire de Chambéry, 19 avril 2021, n° RG 21/00137, inédit.
- 19 Article 60 C. civ.
- 20 Article 61-3-1 C. civ.
- 21 Article 388-2 C. civ.
- 22 Cour d'appel de Toulouse, 9 février 2022, précit.
- 23 Cass., 1^{re} civ., 16 septembre 2020, n° 18-50.080.
- 24 Voir, en ce sens, CEDH, 4 avril 2023, *O. H. et G. H. c/ Allemagne*, n° 53568/18 et n° 54741/18 ; *A. H. et autres c/ Allemagne*, n° 7246/20.
- 25 Article 5 C. civ.
- 26 Chénéde, Deumier, 2013.
- 27 Service de la Première ministre, Observations relatives à la question prioritaire de constitutionnalité n° 2022-1003, 27 mai 2022 (non publiées).
- 28 Conseil constitutionnel, 8 juillet 2022, décision n° 2022-1003 QPC.
- 29 Article L. 2141-11, I., al. 6 du Code de la santé publique.

RÉSUMÉ

Français

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle permet aux personnes majeures et mineures émancipées de demander à changer de mention de sexe à l'état civil même sans « avoir subi des traitements

médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ». Il en résulte de nombreuses interrogations dans le silence de ce texte. Qu'en est-il des personnes mineures non émancipées : peuvent-elles prétendre à un changement de mention de sexe à l'état civil ? Qu'en est-il des conséquences du changement de la mention de sexe à l'état civil : une femme à l'état civil qui a conservé ses organes reproducteurs peut-elle être reconnue comme la mère de l'enfant lorsqu'elle a conçu l'enfant charnellement avec son épouse ? Qu'en est-il des hommes qui ont toujours la possibilité de mener une grossesse : peuvent-ils prétendre à un don de spermatozoïdes et être bénéficiaires, comme les femmes, d'une assistance médicale à la procréation ? Le législateur n'ayant apporté aucune réponse à ces questions, ce sont les juges qui ont été amenés à se prononcer dessus. Deux cours d'appel ont rendu des décisions remarquées au début de l'année 2022, dans lesquelles elles acceptent de pallier, ponctuellement, l'incurie du législateur. En dehors de ces deux cas d'espèce, la Cour de cassation, tout comme le Conseil constitutionnel refusent de se substituer au législateur et lui renvoient le soin de définir, de manière générale, les règles applicables en la matière.

INDEX

Mots-clés

état civil, mention de sexe, trans, filiation, majeur, mineur, mineur émancipé, majorité, minorité, sources du droit, question prioritaire de constitutionnalité, contrôle de proportionnalité

AUTEUR

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences, Université Paris-Saclay ; marie.mesnil@universite-paris-saclay.fr