

# Dis papa, pourquoi j'ai deux mamans ?

*Sam Bouvier*

*Doctorant en droit privé*

*OMIJ (UR 14476) – Université de Limoges*

« C'est une fille ! » s'exclama le médecin à la naissance de l'enfant.

Nous avons toutes et tous en tête cette image digne des meilleures séries américaines. Mais derrière les premières émotions, une réalité souvent omise se cache. En effet, cette qualification de « fille » va devenir la référence pour inscrire, à l'état civil, le sexe de l'enfant qui vient au jour ; plus encore, un genre va lui être assigné. Avant d'aller plus loin dans cette histoire à travers l'état civil, un effort définitionnel doit être fait afin de dissocier les notions de « sexe » et de « genre ». D'un côté, le sexe se rapporte aux « *différences biologiques entre l'homme et la femme* »<sup>1</sup>. De l'autre, le genre « *renvoie aux constructions sociales et culturelles qui différencient, sur la base de leur sexe, les femmes et les hommes, en leur prêtant des caractéristiques personnelles et des fonctions sociales différenciées* »<sup>2</sup>. Bien que beaucoup de personnes ne fassent pas la distinction entre le sexe et le genre auxquels elles appartiennent, certaines ne ressentent pas un sentiment d'appartenance au genre correspondant à leur sexe biologique : les personnes transgenres.

---

<sup>1</sup> CoEDEF, 16 déc. 2010, *Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, CEDAW/C/GC/28, § 5.

<sup>2</sup> Diane Roman, « Genre », in D. Tharaud & C. Boyer-Capelle (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, p. 198.

## I. D'une reconnaissance législative nécessaire...

Durant plus de 20 ans, à défaut de dispositions légales, la Cour de cassation a construit de toute pièce la possibilité pour ces personnes de changer de sexe sur le registre de l'état civil. Selon cette juridiction, dans des termes pouvant être vieillissants en 2024, « *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'apparence* »<sup>3</sup>. Par ailleurs, dans deux arrêts du 7 juin 2012, elle est venue préciser que « *pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence* »<sup>4</sup>. En d'autres termes, les personnes souhaitant changer de sexe à l'état civil doivent justifier médicalement de la réalité psychologique du « *syndrome transsexuel* », mais également du fait qu'elles ont subi une opération irréversible de changement de sexe.

En 2016, ces dispositions jurisprudentielles, jugées contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH) par la Cour de Strasbourg<sup>5</sup>, ont laissé place à une véritable concrétisation législative de la procédure de changement de sexe. La loi du 18 novembre 2016<sup>6</sup> intègre, au sein du Code civil (article 61-5), la possibilité pour « *toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par la réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue* » d'en obtenir sa modification. Ainsi, une véritable évolution du droit en matière de changement de la mention du sexe à l'état civil a eu lieu. Depuis lors, les personnes transgenres, afin de modifier la mention du sexe à l'état civil français, n'ont plus qu'à démontrer qu'elles se présentent comme appartenant au sexe opposé. Ainsi, le législateur

---

<sup>3</sup> Cass., Ass. Plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900.

<sup>4</sup> Cass., Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2012, nos 10-26.947 et 11-22.490.

<sup>5</sup> Cour EDH, 6 avr. 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

<sup>6</sup> Loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle en date du 18 nov. 2016, *JORF* 19 nov.

fait entrer le genre dans la mention du sexe, puisque seule l'apparence sociale de la personne compte pour cette modification. Par ailleurs, un changement dans les motifs de discrimination illustre la concrétisation de cette modification : la loi du 18 novembre 2016 délaisse le motif de discrimination de l'identité sexuelle pour celui de « *l'identité de genre* »<sup>7</sup>.

Bien que la création de l'article 61-5 du Code civil représente une avancée majeure et nécessaire, le législateur a omis, lors de cette réforme, de solutionner une problématique plus que préoccupante quant à l'effectivité de ce changement.

## II. ... à une incohérence préoccupante en matière de reconnaissance du changement de sexe

Très rapidement, la réforme de 2016 a montré ses premières limites devant les tribunaux.

En novembre 2018, la Cour d'appel de Montpellier a été confrontée à un problème de cohérence lors de l'établissement de la filiation. En l'espèce, une personne de sexe masculin souhaitant devenir une femme aux yeux de l'état civil français a eu recours à la procédure de l'article 61-5 du Code civil. Après ce changement de sexe, sa femme accouche d'un enfant qu'ils ont conçu ensemble puisqu'elle a conservé la fonctionnalité de ses organes sexuels masculins après la procédure. Néanmoins, sur l'acte de naissance de l'enfant, elle est identifiée comme étant le père de l'enfant. Les juges d'appel montpelliérains saisis de cette affaire affirment tout d'abord qu'« *imposer [...] un retour à l'ancien sexe, même par le détour limité au rétablissement de la présomption de paternité, reviendrait [...] à la contraindre à renoncer partiellement à l'identité sexuelle qui lui a été reconnue et constituerait une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée et de celle de l'enfant* »<sup>8</sup>. Ainsi, ils décident de modifier la catégorie de père et mère de l'enfant en « *parents biologiques* ». Telle n'est cependant pas la solution retenue par la Cour de cassation qui va casser et annuler cet arrêt en affirmant que « *la loi française ne permet pas de désigner, dans les actes de l'état civil, le père ou la mère de l'enfant comme "parent biologique"* », le droit à la vie privée ne l'imposant pas<sup>9</sup>. Malgré cela, la Cour d'appel de Toulouse, juridiction

---

<sup>7</sup> V. art 86 de la *loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* du 18 nov. 2016, préc.

<sup>8</sup> CA Montpellier, 14 nov. 2018, n° RG 16/06059, p. 11.

<sup>9</sup> C. Cass, Civ. 1<sup>re</sup>, 16 sept. 2020, n° 18-50.080.

de renvoi, en se fondant sur l'article 8 de la Conv. EDH, va reconnaître le lien de filiation maternelle, contredisant ainsi la Cour de cassation<sup>10</sup>.

Si ce contentieux offre une solution en faveur du respect des intérêts de la personne transgenre, la probabilité que les arrêts de la Cour de cassation, infirmant ces juridictions d'appel, puissent être contredits devant la juridiction strasbourgeoise s'amointrit. En effet, lors de deux arrêts du 4 avril 2023<sup>11</sup>, celle-ci a consolidé, de manière indirecte, le raisonnement de la Cour de cassation en affirmant que les États, en l'absence de consensus européen sur la question, disposent d'une large marge nationale d'appréciation, ne rendant ainsi pas la pratique incompatible au regard de l'article 8 de la Conv. EDH<sup>12</sup>. Nous observons ainsi les limites de l'effectivité de la procédure de changement de sexe à l'état civil prévue à l'article 61-5 du Code civil à travers la reconnaissance du lien de filiation. Certes, une avancée considérable a été faite par le législateur afin de simplifier la procédure dont l'origine était jurisprudentielle<sup>13</sup>. Néanmoins, une véritable problématique de cohérence est née, et le droit de la Conv. EDH semble maintenant être moins protecteur des intérêts des personnes transgenres qu'auparavant<sup>14</sup>. Une personne, dont le sexe a été changé à l'état civil, et reconnue officiellement comme appartenant à ce sexe, se retrouve, de nouveau, renvoyée à son sexe d'origine. Malgré le fait que la Cour de Strasbourg justifie le prononcé d'une non-violation de l'article 8 par le manque de consensus au sein du Conseil de l'Europe, cette incohérence interroge... Elle marque une véritable insécurité juridique pour les personnes transgenres. D'un côté, la législation permet une reconnaissance de leur changement de sexe mais, d'un autre, elle les renvoie à leur sexe d'origine sur les actes d'état civil de leurs enfants dans un objectif de protection de leurs intérêts.

Le législateur pourrait, dans le prolongement de l'avancée législative de 2016, modifier les actes d'état civil afin d'éliminer toutes mentions du

---

<sup>10</sup> CA Toulouse, 9 févr. 2022, n° RG 20/03128.

<sup>11</sup> Cour EDH, 4 avr. 2023, *O.H. et G.H. c. Allemagne*, nos 53568/18 et 54741/18 ; *A.H. et autres c. Allemagne*, n° 7246/20.

<sup>12</sup> Sophie Paricard, « Transidentité et filiation : un premier positionnement de la Cour EDH », *Dalloz Actualité*, 14 avr. 2023.

<sup>13</sup> Cass., Ass. Plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 ; Cass., Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2012, nos 10-26.947 et 11-22.490.

<sup>14</sup> Cour EDH, 25 mars 1992, *Botella c. France*, n° 13343/87 : la France est condamnée par la Cour sur le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH au motif qu'elle ne permet pas le changement de sexe d'une personne transgenre ; pour se conformer à cette jurisprudence, la Cour de cassation va rendre les deux arrêts de 1992 créant ainsi une véritable procédure de changement de sexe dans le droit français.

sexe de la personne pour ainsi y faire, à l'instar de la solution proposée par la Cour d'appel de Montpellier, apparaître la simple mention de « parents biologiques ». Reste que cette question soulève une problématique encore plus grande : la binarité sur laquelle est fondée notre droit. Congé maternité, congé paternité, recours à l'IVG<sup>15</sup> en sont des exemples parmi d'autres. Mais la France est-elle réellement prête à neutraliser son droit afin de le rendre plus inclusif ?

---

<sup>15</sup> L'article L. 2212-1 du Code de la santé publique prévoit : « *La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse* », excluant textuellement la possibilité d'y avoir recours pour les hommes enceints.