

L'état de la personne à l'épreuve du sexe¹

« A travers l'état civil, c'est à une reconstruction de la société que l'on procède. La question étant finalement simple : qu'est ce qui dans l'individu mérite d'être révélé dans un but d'organisation sociale étant admis a priori qu'il s'agit de justifier une atteinte au principe fondamental [...] du respect de la vie privée ? La réponse n'est sans nul doute plus la même qu'il y a quelques années. Le Droit en a vu d'autres, le tout est de bien mesurer, au-delà des cortèges et des convaincus d'avance, les conséquences que l'on devra gérer. Elles sont, pour l'instant, imprévisibles. »

J. HAUSER, « Le mystère du chevalier d'Eon », *JCP G*, n°44, 26 octobre 2015, 1157.

1. Un amendement au projet de loi « *Justice au XXIème siècle* » démedicalisant et déjudiciarisant partiellement le changement de la mention du sexe à l'état civil a été voté en seconde lecture par l'Assemblée Nationale, le 12 juillet 2016. Cet amendement ouvre une possibilité de changer de sexe à l'état civil sans avoir à recourir à une opération chirurgicale de réassignation sexuelle, en prouvant que l'on est doté d'une apparence et d'un comportement social assimilable au sexe opposé. Une telle évolution traduit bien l'actualité des questionnements concernant le sexe et l'état de la personne et plus généralement concernant la place de l'individu dans le façonnement de son identité.
2. **L'état de la personne** - La personne constitue l'unité de base de notre système juridique. Celle-ci n'est toutefois pas envisagée de front par le Droit qui, par pragmatisme, l'appréhende à travers le concept d'état de la personne. Défini comme l'« *ensemble des éléments qui concourent à identifier et à individualiser chaque*

¹ Ce texte constitue l'abrégé d'un mémoire ce qui justifie la brièveté de certains développements. La concision implique des sacrifices.

personne »¹, l'état de la personne constitue « *l'image juridique de la personne* »². Il fonde son identité dans ses rapports avec le reste de la société et concourt à son existence dans le groupe.

On considère souvent le terme « état civil » comme équivalent à celui d'état de la personne. Néanmoins, l'état civil désigne aussi le service administratif chargé d'établir et de conserver (avec les greffes des tribunaux de grande instance) les actes d'état civil. Ce terme renvoie donc en quelque sorte à un état de la personne matérialisé sous la forme d'actes authentiques.

3. ***Les éléments de l'état*** – Les contours de l'état de la personne³ sont discutés mais on peut distinguer certaines composantes de manière certaine. Tout d'abord, on y inclut les « *vérités historiques* »⁴ que sont l'âge, le lieu et la date de naissance. Pour reprendre cette terminologie, on peut y ajouter les *vérités généalogiques* (la filiation), les *vérités usuelles* (le sexe, le nom et le prénom)⁵, et les *vérités politiques* (la nationalité). On le voit déjà : l'état de la personne recouvre des éléments divers qui par leurs natures distinctes rendent difficile l'appréhension globale et cohérente de la notion. Un but commun y préside toutefois : individualiser la personne de manière stable⁶.

En revanche, l'état n'est pas et n'a pas vocation à être « *consubstantiel* »⁷ de la personne. Il ne recouvre pas sa réalité profonde et se limite à ce qui intéresse la société⁸. L'état de la personne doit être un « miroir » reflétant une image d'ensemble de l'individu, et non une « loupe » rendant compte de ses moindres détails⁹.

4. ***Fonctions de l'état*** – L'identification et la preuve constituent les deux raisons d'être de cette institution.

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 11^e éd., 2016.

² F. LAROCHE-GISSEROT, *Les personnes, Leçons de droit civil*, tome 1, 2^e volume, 8^e éd, para. 469.

³ Que par raccourci, nous nommerons parfois « état », à ne pas confondre avec « Etat ».

⁴ J. CARBONNIER, *Les personnes*, PUF, Thémis, 1^{re} éd. Quadrige, 2000, para. 78.

⁵ Celles-ci étant fondamentales à l'identification de l'individu au quotidien dans ses relations avec autrui.

⁶ C'est d'ailleurs cet impératif qui a présidé à la naissance l'état civil (Ordonnances de Villers-Cotterêts, de Blois, etc.)

⁷ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, 8^e éd., Dalloz, 2012, para.130.

⁸ Par exemple, rien n'empêche à une personne, désignée par un certain prénom sur son état civil, de se présenter sous un autre dans ses rapports personnels.

⁹ Pour les raisons invoquées précédemment sur la difficulté de saisir la personne dans son essence : cf. *supra* n^o2.

La première permet à l'Etat de recenser sa population, notamment afin d'y appliquer des politiques appropriées, et de la contrôler. En effet, en dotant chaque individu d'une identité publique, l'état civil officialise l'existence et les caractéristiques de chacun.

La fonction probatoire de l'état de la personne (assez méconnue de la population¹) a pour but de faciliter la preuve de son état par chaque individu. L'état façonne l'individu et lui confère une existence officielle au sein de la société. Sans état civil, l'individu se retrouve dépourvu d'identité juridique et ne peut donc exercer ses droits. L'accès à la vie juridique dépend donc de l'existence d'un état propre à la personne.

Outre ces fonctions « classiques », une dimension symbolique plus récente s'est cristallisée autour de cette institution. L'état civil en officialisant l'existence de la personne permet la reconnaissance de son identité, qui devient opposable à tous. Il « *contribue nécessairement à asseoir le sentiment de permanence de l'individu* »² et est ainsi devenu le vecteur principal de cristallisation du sentiment d'identité individuelle. Cette symbolique relève d'une vocation épanouissante du droit, dans la logique des droits de l'Homme modernes, faisant du droit une « *instance active dans le développement de la personnalité* »³.

On perçoit alors que cette dimension s'accommode mal de l'objectif d'identification qui impose une stabilité et une impérativité que la volonté individuelle ne peut garantir.

5. **Le sexe – Définition.** Le sexe est une des manifestations de cette impérativité caractéristique de l'état de la personne. Le changement de sexe, initialement refusé puis autorisé sous conditions, est symptomatique de l'équilibre ardu à assurer entre impérativité et respect de l'identité individuelle.

Le terme de sexe, comme conformation anatomique particulière de l'homme et de la femme, n'est pas une « *notion monolithique* »⁴. Il recouvre une pluralité de réalités pouvant se révéler discordantes. D'une part, il existe une composante *objective* - le sexe biologique - composée du sexe chromosomique (déterminé par la présence de chromosomes XX ou XY) et du sexe anatomique (déterminé par les organes génitaux externes et internes).

¹ *L'état civil, une notion incomprise* in *L'état civil dans tous ses états*, dir. C. NEIRINCK, Droit et société vol. 47, LGDJ, 2008.

² D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 2000, para.13.

³ *Ibid.* para.18.

⁴ Concl. Jéol à propos de Cass. AP. 11 décembre 1992 (2 arrêts), JCP G, 1993, II, 21991.

D'autre part, on reconnaît une composante *subjective* - le sexe psychique - composée du sexe psychologique (dans le vécu personnel de l'individu) et du sexe psychosocial¹ (dans le vécu relationnel)². Le sexe psychique est couramment nommé « genre », mais ce terme ne convainc pas car il tend à occulter l'aspect biologique du sexe.

Le sexe est donc une notion *matérielle*, au sens où elle repose sur le corps de la personne, et *intellectuelle* puisqu'elle est basée sur une représentation mentale que la personne a d'elle-même.

Cette double dimension du sexe peut de même être rattachée aux vifs débats portant sur la binarité des sexes et son origine : naturelle ou sociétale. Cette question n'est pas fermement tranchée et il se pourrait que les évolutions que nous allons décrire ne soit qu'une étape dans l'appréhension des différences sexuées. En effet, selon T. Laqueur³, notre civilisation est passée, au XVIII^e siècle, d'un sexe unique, vertical, ne créant qu'une différence de degrés de « perfection » entre homme (degré maximal) et femme (degré minimal), à deux sexes, étanches et parallèles ne souffrant pas d'états intermédiaires. Ce constat relativise grandement les évolutions récentes en matière de sexe. La différence de notre époque avec les évolutions antérieures réside probablement dans leur caractère palpable : la proclamation de droits, obsession du XX^e et du XXI^e siècle, rend ces changements beaucoup moins subtils.

6. ***Une notion hautement symbolique*** – Quelle que soit la conception du sexe retenue, celui-ci reste un élément déterminant de la personne. Il est le premier critère instinctif d'identification d'autrui⁴, que nous classons instantanément et inconsciemment (par réflexe naturel ou culturel, là n'est pas notre propos) dans une des deux catégories. En tant qu'élément de l'état, il est donc prépondérant pour identifier la personne dans la sphère publique ou dans ses rapports interindividuels. On est donc en présence d'un double enjeu d'identification et de reconnaissance de l'identité de l'individu, illustrant parfaitement la diversité des fonctions de l'état de la personne⁵.

¹ On nommera cette composante « sexe apparent », celui-ci étant déterminé par l'apparence de la personne.

² J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1993, paragraphes 1352 et s.

³ T. LAQUEUR, *La fabrication du sexe*, coll. Folio essais, éd. 2013

⁴ Celui-ci est d'ailleurs d'autant plus important que notre langue est construite autour de cette dualité masculin-féminin (il-elle) impliquant nécessairement d'attribuer un sexe à l'individu dès qu'il est mentionné. Cela ne se retrouve toutefois pas dans toutes les langues : en arménien, par exemple, les choses et les personnes sont désignées de manière indifférenciée.

⁵ Cf. *supra* n°4.

7. **Le transsexualisme** – C'est au contact de la problématique du transsexualisme que va se révéler cette importance symbolique du sexe.

La personne transsexuelle présente une discordance entre son sexe biologique et son sexe psychique. Elle a le « *sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé à celui qui est génétiquement, anatomiquement et juridiquement le leur* » et ressent le « *besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil* »¹.

8. **Prise en charge médicale** – La prise en charge médicale du transsexualisme a évolué depuis plusieurs décennies. Considérés initialement comme un syndrome psychiatrique, les « *troubles précoces d'identité du genre* » qui recouvrent toutes les formes de transsexualisme sont supprimés, depuis 2010², des critères de reconnaissance des affections longue durée (A.L.D. n°23), dites psychiatriques.

Le changement de sexe implique un traitement hormonal (étant toujours au moins partiellement réversible³) et une intervention chirurgicale. Elle consiste, pour les hommes, en une castration bilatérale et la création d'un néo-vagin ainsi que d'un néo-clitoris et, pour les femmes, en une mammectomie et hystéro-ovariectomie (la phalloplastie est facultative car ses résultats ne sont pas garantis). Seule la composante chromosomique du sexe ne peut donc, en l'état actuel de la médecine, être modifiée.

9. **Prise en charge juridique** – Souhaitant voir reconnaître par la société leur sexe réel par une modification de leur état civil, il a incombé à la jurisprudence de se prononcer sur ces demandes, capitales dans leur processus de guérison. En effet, aucune loi n'est intervenue en France pour régler la question contrairement à nos voisins comme l'Allemagne⁴, l'Angleterre⁵, l'Italie⁶ ou même l'Espagne⁷.

¹ Définition du transsexualisme par le professeur Küss à l'académie de médecine, 29 juin 1982.

² Décr. n° 2010-125, 8 févr. 2010, JO 10 février 2010.

³ Celui-ci passe pour les hommes souhaitant devenir femme par la prise d'anti-androgènes (à effets réversibles) puis d'œstrogènes (irréversibles ou du moins partiellement réversibles) et pour les femmes souhaitant devenir homme de progestatifs (réversibles) puis de testostérone (irréversibles ou partiellement réversibles). (Source : Collège français des urologues, *Urologie*, op.cit., p.28).

⁴ Loi du 10 septembre 1980 sur le changement de prénom et sur la constatation de l'appartenance à un sexe. V. notamment : F. FURKEL, « La loi allemande du 10 septembre 1980 sur le transsexualisme : source d'inspiration pour le législateur français ? », *Mélanges en mémoire de D. Huet-Weiller*, PUS, LGDJ, 1994.

⁵ *Gender Recognition Act, 2004*.

⁶ Loi du 14 avril 1982 modifiée par la loi du 3 novembre 2000 sur la rectification de l'attribution du sexe

⁷ Loi n° 3 du 15 mars 2007 sur la rectification de l'enregistrement de la mention relative au sexe des personnes

Après plusieurs arrêts refusant plus ou moins clairement le changement de sexe à l'état civil¹, la Cour de cassation, suite à sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme², admet en 1992 la possibilité de demander un changement de la mention du sexe à l'état civil à conditions d'avoir suivi un « *traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique* », être atteint du « *syndrome du transsexualisme* » (qui ne peut être établi que par expertise judiciaire), ne plus posséder « *tous les caractères de son sexe d'origine* » et avoir pris « *une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social* »³. Cette jurisprudence est globalement restée similaire jusqu'aujourd'hui⁴.

10. Fondamentatisation du sexe – Le sexe, qu'il soit pris comme élément de la personne ou comme condition d'application de la norme, recule vers la sphère privée. L'individu ne juge plus légitime qu'on lui impose un sexe qui relève avant tout de sa propre appréciation. C'est selon cette conception moderne du sexe et de l'identité sexuelle (qui s'imbriquent étroitement) que la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a conclu que « *la liberté [...] de définir son appartenance sexuelle [...] s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination* »⁵, droit fondamental protégé par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDH/LF).

Ce mouvement peut être qualifié de fondamentatisation dans le sens où le sexe tend à passer d'une mention identificatrice extérieure et impérative à un objet de droit fondamental directement relié à la volonté individuelle. Il s'agit donc d'un glissement d'un élément extérieur à l'individu à un élément intérieur, fondé sur le ressenti individuel.

11. *Le refus initial de changement* – Initialement, tout changement était refusé à l'individu. L'état de la personne, instance immuable, ne pouvait varier au gré des individuelles. Pour motiver un refus, la jurisprudence a ainsi pu se fonder sur la composante chromosomique du sexe en énonçant que, dès lors que cette composante

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1975 n° 73-10.615 ; Cass. Civ. 1^{ère}., 30 novembre 1983, n°82-13.808 ; Cass Civ. 1^{ère}, 3 mars 1987, n°84-15.691 ; Cass. Civ.1^{ère}, 31 mars 1987, n°85-14.176 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, 4 arrêts Bull. Civ. I, n°117, p. 83.

² CEDH, *Botella c/ France*, 25 mars 1992, n°13343/87.

³ Cass. AP, 11 décembre 1992 (2 arrêts), n°91-11.900 et n°91-12.373, JCP G, 1993, II, 21991, concl. Jéol, note G.Méméteau.

⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012 (2 arrêts), n°11-22.490 et n°10-26.947 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 13 février 2013 (2 arrêts), n°12-11.949 et n°11-14.515 qui exigent une « *transformation irréversible de l'apparence* », ce qui en somme revient aux exigences de 1992.

⁵ CEDH, *Van Kück c/ Allemagne*, 12 juin 2003, n°35968/97, paragraphe 73.

n'avait pas été modifiée, l'individu ne pouvait être considéré comme ayant changé de sexe¹. L'imperfection de ce critère déniait la composante sociétale du sexe principalement fondé sur l'apparence, son approximation scientifique² ainsi que la jurisprudence de la CEDH³ ont mené à son abandon comme justification au refus de changement⁴.

De même, les juges ont pu invoquer le principe d'indisponibilité de l'état des personnes⁵, principe d'origine doctrinale et jurisprudentielle interdisant toutes conventions de cession, transaction ou renonciation portant sur un élément de l'état. Appliqué au transsexualisme, les juges ont pu énoncer, en substance et par un raccourci audacieux, que par sa volonté, l'individu ne pouvait modifier son état.

Cette argumentation ne pouvait, elle non plus, constituer un fondement durable au refus de changement de sexe. D'une part, certains éléments de l'état peuvent être modifiés tels que le nom, le prénom, etc. D'autre part, en présupposant une volonté en matière de transsexualisme, les juges se sont mépris sur la nature de cette affection qui

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 novembre 1983, n°82-13.808 : « *en dépit des opérations auxquelles elle s'était soumise l'intéressée n'était pas du sexe masculin* » ; Cass. Civ.1^{ère}, 31 mars 1987, n°85-14.176 : « *Justifie légalement sa décision la cour d'appel, qui pour refuser de modifier l'acte de naissance d'une personne, constate que l'intéressé continue de présenter les caractéristiques du sexe déclaré à cet acte* » ; Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, Bull. civ. I, n° 117, p. 83 : « *le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe* » car le requérant « *bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, [n'a] pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* ».

² En effet, il existe des conformations alternatives rendant la notion d'autant plus floue : absence du second chromosome sexuel, présence de chromosomes sexuels surnuméraires ou de testicules intra-abdominaux à la place des ovaires chez certains individus vivant comme des femmes mais ayant un sexe chromosomique masculin, etc.

³ CEDH, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 25680/94, para. 62 : « *il n'est pas évident que l'élément chromosomique doive inévitablement constituer - à l'exclusion de tout autre - le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels* »³.

⁴ La Cour de cassation continue d'utiliser ce critère même en autorisant le changement puisqu'elle énonce dans les arrêts de 1992 précités que le requérant « *ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine* » et que son « *apparence physique la rapproche de l'autre sexe* ». Elle ne parle donc pas de « *l'acquisition d'un sexe nouveau mais d'un simple rapprochement [...] sans abandon du sexe initial* » (Note G.Mémeteau, sur Cass. AP, 11 décembre 1992, op. cit., p. 47).

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1975 n° 73-10.615 ; Cass Civ. 1^{ère}, 3 mars 1987, n°84-15.691 et n°85-14.176 où la Cour sous-entend le principe. Elle refuse la possibilité d'un changement au motif que ces changements ne sont pas intervenus par « *l'effet d'une cause étrangère à la volonté de l'intéressé* » et que dès lors ces changements relevaient d'une « *volonté délibérée du sujet* ». L'idée de barrage à la volonté individuelle se retrouve donc ici aussi et partant, l'esprit du principe d'indisponibilité.

contraints les transsexuels à réclamer ce changement. On ne peut parler de volonté libre et éclairée en cette matière.

Enfin, la Cour européenne des Droits de l'Homme a signé l'arrêt de mort de ce principe (bien qu'il continue en apparence à exister¹) dans son arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni*², arrêt fondamental en matière de transsexualisme. Celle-ci pose une obligation positive à charge des États membres de reconnaître les changements de sexe des transsexuels, conformément à leur « *identité sexuelle choisie* »³. L'incursion d'un « choix », là où il ne peut y en avoir dès lors que la volonté est contrainte, empêche de considérer le principe d'indisponibilité comme suffisamment légitime pour refuser de changement de sexe.

12. Une suppression de la mention du sexe ? – Le déclin de ces deux principaux fondements invoqués pour refuser le changement de la mention du sexe à l'état civil a permis une libéralisation des possibilités de changement. Ce déclin est justifié car ces deux fondements étaient tous deux critiquables et le Droit ne pouvait nier la souffrance causée par ces refus. Au regard de la complexité des débats et du mouvement actuel de libéralisation du changement de sexe, on peut se demander s'il ne serait pas alors possible de s'affranchir du problème en supprimant cette mention à l'état civil.

Alléguant un recul de l'effectivité du sexe dans l'ordre juridique⁴, on pourrait alors penser qu'une suppression de la mention du sexe à l'état civil constituerait une solution viable.

13. Cette solution ne convainc pas à plusieurs titres. Toute d'abord, la différence sexuée n'a pas complètement disparu de notre système juridique. Elle persiste ainsi en matière de discrimination où le sexe peut constituer l'un des éléments constitutifs de l'infraction de discrimination⁵.

De plus, la binarité sexuelle constitue le fondement de notre droit de la filiation charnelle du Titre VII du Livre I du Code civil. Ce pan du droit utilise des mécanismes

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, op. cit. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 13 février 2013.

² CEDH, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 25680/94

³ *Ibid*, para.71.

⁴ Celui-ci n'est en effet plus réellement une donnée déterminante des droits subjectifs de l'individu (sauf, étonnamment, l'article 1676 al. 2 du Code civil qui continue de considérer la femme mariée comme une incapable en matière de délai de prescription de l'action de rescision de la vente pour cause de lésion.).

⁵ Art. 225-1 al. 1 du Code pénal : « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de [...] leur sexe, [...] de leur identité sexuelle* ». V. aussi art. L. 1132-1 du code du travail

fondés sur l'appartenance à un sexe tels que la présomption de paternité, le recours à l'assistance médicale à la procréation¹, etc².

Plus spécialement à la mention du sexe à l'état civil, celle-ci ne peut être évincée de l'état car elle tend à devenir un *attribut fondamental de l'individu* et non plus une simple mention identificatrice.

14. La construction d'un droit fondamental à l'autodétermination sexuelle – En effet, principalement à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le sexe tend à devenir l'objet d'un droit fondamental sous l'égide du droit au respect de la vie privée (article 8 de la CSDHLF)³. Cette consécration constitue le point d'orgue de la fondamentalisation du sexe que nous avons évoqué auparavant.

L'état de la personne devient un vecteur de reconnaissance de l'identité car il dessine l'« *image sociale* » de chacun⁴. Dès lors, la suppression du sexe serait considérée comme une déshumanisation de l'individu, privé d'un élément de sa personnalité.

15. Au sein de la binarité – La consécration d'un droit fondamental à l'autodétermination sexuelle au sein de la binarité a été progressive. L'arrêt *Goodwin* précité peut être considéré comme le point de départ de cette fondamentalisation. Là où la Cour européenne se cantonnait à des considérations d'ordre matériel, pragmatique, probatoire sans relever la valeur symbolique de l'état civil⁵, on observe à

¹ Art L. 2141-2 al. 2 du CSP : « *l'homme et la femme formant le couple* ».

² Ce qui a d'ailleurs été confirmé implicitement par le conseil constitutionnel : Décis. n°2013-669 DC, 17 mai 2013, consid.. 51 et 56.

³ La Cour européenne des droits de l'Homme est une juridiction internationale, située à Strasbourg et instituée en 1959 par le Conseil de l'Europe. A ne pas confondre avec la Cour de justice de l'union européenne, son rôle est d'assurer le respect de la Convention européenne des Droits de l'Homme en sanctionnant les Etat signataires (au nombre de 47) lorsqu'une norme de leur ordre juridique viole un des droits fondamentaux visés dans la Convention (droit à la vie, au respect de la vie privée, prohibition de la torture, des discriminations, etc.). Elle peut être saisie par tout justiciable ressortissant d'un Etat membre dès lors qu'il a épuisé les voies de recours internes. Initialement instituée pour éviter de reproduire les horreurs de la 2nde Guerre mondiale, la Cour européenne tend à élargir son champ d'action, en interprétant de manière extensive les articles de la Convention et imposant par là des choix politiques aux Etats, ce qui ne rentre pas dans ses attributions initiales. Sa jurisprudence en matière de sexe est parfaitement révélatrice de ce phénomène : rien dans l'esprit des rédacteurs de la Convention n'identifiait droit au respect de la vie privée et droit à l'autodétermination sexuelle. Cela pose donc un réel problème démocratique au sens où la norme, en plus d'être imposée par Bruxelles en matière économique, est érigée à Strasbourg dans des domaines extra-économiques.

⁴ Concl. Jéol sous Cass. A.P. 11 décembre 1992, op.

⁵ CEDH, *Rees c/ Royaume-Uni*, n° 9532/81, 10 octobre 1986 ; CEDH, *Cossey c/ Royaume-Uni*, n°10843/84, 27 septembre 1990 ; CEDH, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, n° 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30 juillet 1998 ; CEDH, *Botella c/ France*, op. cit., para. 52.

travers cet arrêt un changement radical dans l’appréhension de la problématique du changement de sexe.

En effet, elle y relie la problématique du transsexualisme au respect de la dignité humaine¹ et pose une obligation positive à la charge des Etats de reconnaître la conversion sexuelle des personnes transsexuelles opérées en vertu du droit au respect de la vie privée. Le sexe devient une considération de premier plan, reliée à l’essence même de la personne : sa dignité. L’individu doit donc disposer d’un rôle prépondérant dans la détermination de son sexe, les impératifs d’identification ne pouvant le contraindre de manière absolue dans ce choix.

16. Au-delà de la dimension symbolique, la fondamentalisation rend moins légitime l’encadrement strict du changement de sexe. Cela peut notamment se vérifier au travers des débats concernant la condition d’irréversibilité ou de stérilité, exigée préalablement au changement de sexe. Ces deux termes sont volontairement assimilés tant ils coïncident. En effet, un changement de sexe « irréversible » (pour reprendre la terminologie la plus récente de la Cour de cassation²) impliquant une opération chirurgicale d’ablation des organes génitaux entraîne nécessairement la stérilité du requérant.

Dans l’arrêt *Goodwin*, la Cour européenne ne semble pas remettre en question cette exigence³, même si elle ne se prononce pas explicitement sur ce point. Toutefois, l’arrêt *Y.Y contre Turquie*⁴ marque un tournant sur ce sujet en ce qu’il remet en cause la légitimité de la condition de stérilité. En effet, la Cour européenne condamne la Turquie pour violation du droit au respect de la vie privée, celle-ci ayant refusé à une personne transsexuelle l’accès à une opération de réassignation sexuelle au motif qu’elle n’était pas dans l’incapacité de procréer. L’espèce est donc différente de celles envisagées jusqu’à présent car c’est l’accès à l’opération chirurgicale qui est dénié et non la modification de l’état civil. Mais le raisonnement reste similaire : le droit au

¹ *Ibid.*, para. 70 et 71.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012 (2arrêts), op.cit. ; Cass. Civ. 1^{ère}, 13 février 2013 (2arrêts), op. cit.

³ CEDH, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, op. cit., para. 65 : « Aussi la Cour attache-t-elle moins d’importance à l’absence d’éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu’à l’existence d’éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue [...] vers une acceptation sociale accrue [et] vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés ».

⁴ CEDH, *Y.Y c/ Turquie*, 10 mars 2015, n°14793/08 ; P. REIGNE, « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *D.* n°32, 24 septembre 2015, p.1875 et s ; B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l’état civil : le droit français à l’épreuve de l’arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La revue des droits de l’homme*, Actualités Droits-Libertés, 23 mars 2015.

respect de la vie privée d'où découle le droit fondamental à l'autodétermination ne peut souffrir d'une telle entrave, empêchant dans de nombreux cas son exercice effectif.

17. La jurisprudence de la Cour de cassation conditionnant le changement de sexe à « *une transformation irréversible de l'apparence* » ne peut donc perdurer. C'est dans cette logique que s'inscrit la proposition de loi votée en juillet 2016¹ par l'assemblée nationale. Démédicalisant le changement de sexe, cette proposition abolit l'exigence de stérilité du demandeur et, partant, s'inscrit parfaitement dans le mouvement de fondamentalisation plaçant la volonté individuelle au centre de la définition du sexe.

18. *Au-delà de la binarité ?* – Il a été jusqu'à présent question d'une autodétermination au sein de la binarité, c'est-à-dire entre masculin et féminin. Toutefois, il est probable que celle-ci puisse s'exercer au-delà de la binarité.

La question du possible dépassement de l'alternative masculin-féminin se pose principalement au sujet des personnes intersexuelles. Pouvant se définir comme « *la personne qui comporte des caractéristiques sexuelles biologiques équivoques* »², la personne intersexuelle (ou intersexuée) est dans une situation bien différente de celle de la personne transsexuelle. Ce n'est plus ici la discordance entre deux composantes du sexe mais bien la présence de caractères des deux sexes, la « mixité » de ceux-ci qui peut se révéler source de souffrance.

19. Certaines d'entre elles, ne se reconnaissant pleinement dans aucun sexe, revendiquent l'apposition d'une mention « sexe neutre » sur leur état civil. C'est ce qu'a accepté le Tribunal de Grande Instance de Tours par un jugement du 20 août 2015³. En l'espèce, doté d'un « *micro-pénis* », d'un « *vagin rudimentaire* » et ne produisant aucune hormone, le requérant arguait n'appartenir réellement à aucun des deux sexes et souhaitait que soit reconnue cette non-appartenance, au nom de son droit au respect de sa vie privée. C'est suivant cette logique que le tribunal accèdera à sa demande en considérant que ce dernier n'appartenait « *à aucun des genres masculins ou féminins* ». Le jugement fait expressément acte de l'évolution du sexe, objet de notre propos. En effet, pour justifier sa solution, il énonce que jamais le requérant n'a pu exprimer son « *sentiment profond* » quant à son sexe, qui « *lui a été imposé pendant toute son existence* ». Cette décision s'inscrit donc parfaitement dans le mouvement de « novation », de fondamentalisation du sexe puisque seuls la volonté et le ressenti

¹ Cf. supra n°1

² B. MORON-PUECH, « Les intersexuels et le droit », *Mémoire univ. Panthéon-Assas*, 2010, dir. D.Fenouillet, Banque des mémoires, n°2.

³ TGI Tours, 2^e ch. civ., 20 août 2015.

individuel peuvent justifier l'appartenance dans un sexe, le fait d'imposer un sexe à la personne étant perçu comme illégitime.

20. Toutefois, un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 22 mars 2016¹ est venu infirmer ce jugement. A l'appui de cette décision, la Cour invoque la discordance entre, d'une part, la demande du requérant et, de l'autre, son apparence physique ainsi que son comportement social qui empêche la confirmation du jugement. L'apparence deviendrait donc un critère déterminant dans le changement de la mention du sexe à l'état civil, ce qui est en totale contradiction avec la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. « *Au surplus* », la Cour relève - de justesse - le fait que l'état actuel du Droit ne permet pas la création d'une troisième mention, autre que « masculin » et « féminin » et qu'un tel pouvoir, qui dépasse le pouvoir d'interprétation du juge, relève du législateur².

Aussi, même si cet arrêt refuse l'inscription d'une mention « sexe neutre », il est bien loin d'en clore absolument la possibilité. En plaçant l'argument tiré de l'apparence³ du requérant en tête de son argumentation, les magistrats ont sans doute voulu manifester leur compréhension des évolutions en cours concernant la notion de sexe. Objet de droit fondamental, le seul critère tolérable pour déterminer le sexe d'une personne ne peut être que l'apparence qu'elle se donne, l'image qu'elle donne aux tiers⁴.

21. Il est vrai qu'offrir cette possibilité aux individus ne pouvant être assignés dans un sexe peut avoir de multiples avantages : lutter contre les discriminations qu'elles peuvent subir, éviter des opérations chirurgicales d'assignation sexuelle mutilantes à la naissance et surtout reconnaître l'identité profonde d'individus ne se reconnaissant dans aucun des deux sexes.

Néanmoins, au-delà de ces considérations, la mention de « sexe neutre » ne nous semble pas souhaitable pour deux raisons. Tout d'abord, nous pensons que la création

¹ Orléans, Ch. réunies, 22 mars 2016, Juris-Data n°2016-004932.

² Au passage, on notera à quel point transparait la forte dimension de qualification juridique qui réside dans l'assignation dans un sexe. En effet, il appartient au législateur de « créer » une troisième catégorie, s'il le souhaite et sans qu'aucune référence à une éventuelle nature ne soit exigée.

³ Non seulement, cet argument va à l'encontre du Droit positif mais il ne semble pas approprié en cette matière : avoir une apparence « neutre » est très difficile à caractériser. La classification instinctive de tout individu dans un des sexes par autrui rend ardue la tâche de se conférer une apparence et un comportement social « neutre ». Reconnaître une telle mention à l'état civil ne peut vraisemblablement reposer que sur des critères soit biologiques (comme cela eut été possible en l'espèce), soit volontaires.

⁴ L'aboutissement de cette logique étant bien sûr l'affranchissement de cette dimension publique et le règne de la volonté individuelle.

d'une telle catégorie ne ferait que créer « *une classe de parias* »¹. Cet argument, déjà fort bien développé², ne mérite pas que nous nous y arrêtions plus longuement.

De plus, la notion de « sexe neutre » est nécessairement indéfinissable tant l'intersexualisme « *est un phénomène multiple qui regroupe en vérité des états intersexuels fort différents* »³. Cette catégorie alternative recouvrirait une multitude d'états sans que ceux-ci aient forcément de rapports entre eux. Face à ce constat, d'autres formes sont vouées à se multiplier, chaque individu souhaitant que sa particularité sexuelle soit reconnue sans être classée dans une catégorie commune à toutes personnes ne relevant pas parfaitement d'un sexe⁴. Ce phénomène porterait ainsi le « coup de grâce » à la notion de sexe car celle-ci ne reposerait ensuite plus que sur la volonté et l'imaginaire de chaque individu qui pourrait invoquer sa spécificité justifiant l'appartenance à une catégorie *sui generis*.

Toutefois, il semble que la consécration d'un droit fondamental à l'autodétermination sexuelle mène inéluctablement à l'admission de telles formes alternatives. En effet, dès lors que celui-ci est reconnu au sein de la binarité, il semble inconcevable que son extension soit refusée au-delà de celle-ci, dont le fondement est de surcroît discuté⁵. Le respect de la vie privée ne saurait souffrir de considérations d'origine tant naturelle que sociétale.

La suite de l'affaire commencée le 20 août 2015 à Tours nous permettra d'être fixé sur ce point car il n'est pas à douter que ce contentieux sera porté devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, face au refus de la Cour de cassation.

22. Un encadrement nécessaire – Les développements précédents nous ont permis de mettre en lumière ce mouvement de fondamentalisation qui s'exerce au sein et au-delà de la binarité, faisant du sexe un objet de droit fondamental. Un encadrement de cette évolution s'avère toutefois nécessaire à plusieurs titres.

23. Une volontarisation prévisible du droit de la filiation – Tout d'abord, cette fondamentalisation ne peut rester sans effet sur le droit de filiation charnelle. Le régime de la filiation charnelle est fondé sur un principe implicite de vérité qui vise à « *faire coïncider la filiation juridiquement établie avec la filiation existant dans l'ordre*

¹ J. CARBONNIER, *Les personnes*, op. cit., para. 79.

² B.MORON PUECH, *Les intersexuels et le droit*, op. cit., para. 122 et s.

³ *Ibid.* para. 3.

⁴ On pourrait ainsi penser à l'apparition d'une catégorie « *intersexe* », marquant le fait que la personne appartient partiellement à chaque sexe, ou une catégorie « *asexuée* » évoquant plus une idée de rejet du sexe comme concept général que le sexe neutre qui présuppose l'existence de la notion de sexe.

⁵ Cf. *supra* n°12.

biologique »¹. L'ensemble des mécanismes de filiation est basé sur ce précepte de réalité biologique, avérée ou présumée, qui implique une binarité des sexes (puisque la procréation ne peut être biologiquement effectuée que par deux personnes de sexes différents). Cela vaut tant pour la reconnaissance, que pour la présomption de paternité ou la possession d'état.

Toutefois, la déconstruction du sexe comme élément d'identification entraînera nécessairement dans son sillage la déconstruction de la binarité. En effet, dès lors que le changement de sexe est facilité et que les possibilités de changement sont vouées à se multiplier, l'altérité sexuelle ne peut valablement perdurer et constituer un fondement *matériellement et temporellement* stable au droit de la filiation.

La percée de la volonté en matière de sexe pourrait bien avoir pour effet de mettre fin au fondement biologique de ce pan du droit et marquer l'avènement d'un fondement plus volontariste, ce qui n'est pas sans danger. En effet, une telle réforme entraînerait, à terme, la légalisation du recours aux « mères porteuses », ce qui n'est pas souhaitable à notre sens².

24. ***Propositions de solution*** – Nous pensons donc que permettre le changement de sexe pour des raisons thérapeutiques est souhaitable mais que le libéraliser aveuglément ne l'est pas. Aussi, toujours dans cette recherche d'équilibre, nous émettrons deux propositions.

25. ***Le maintien de l'exigence d'un traitement hormonal*** – Comme développé précédemment, la fondamentalisation du sexe a pour finalité d'abolir les conditions préalables au changement de sexe (irréversibilité et traitement hormonal) Dès lors qu'un individu dispose d'un droit fondamental concernant son sexe, il apparaît moins légitime de l'entraver dans son choix. Néanmoins, conserver l'exigence d'un traitement hormonal (sauf en cas contre-indications médicales en cas d'AVC ou de diabète, par exemple) aurait le mérite de s'assurer de la volonté du requérant de changer de sexe. De plus, cela permettrait de conserver l'architecture de la binarité des sexes sur laquelle est fondé le régime juridique de la filiation³. Enfin, le maintien de cette exigence ne

¹ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, 3^e éd, Dalloz, 2013, para. 379.

² Sans rentrer plus avant dans des débats qui nous éloigneraient de notre propos, nous pensons qu'une telle légalisation serait néfaste à plus d'un titre : marchandisation du corps de la femme et plus largement de la reproduction, incursion du marché libéral dans un des derniers domaines encore épargnés, risques d'exploitation, eugénisme, etc.

³ Même s'il semble que ces traitements ne suppriment pas toujours les fonctions procréatives comme en témoigne le cas de Thomas Beatie né de sexe féminin et ayant eu trois enfants par insémination artificielle malgré son traitement hormonal (celui-ci ayant été temporairement stoppé pour procéder

risquerait pas d'entraîner une condamnation de la Cour européenne dès lors que la transformation ne serait que partiellement irréversible et n'aurait pas le caractère mutilant de l'intervention chirurgicale d'ablation des organes génitaux externes.

26. **Caractère facultatif de la mention du sexe** – Nous nous rangeons ici derrière la proposition de Mr Moron-Puech¹, qui préconise de rendre facultative la mention du sexe sur les titres d'identité tout en la conservant à l'état civil, ce qui permettrait de garantir le respect de la vie privée des individus le souhaitant. La mention du sexe resterait donc impérative mais pourrait être omise sur certains titres afin de conserver le secret sur cette information envers les tiers. Cela permettrait d'atteindre un équilibre parfait entre les intérêts en présence avec, d'un côté, les personnes transsexuelles (ne souhaitant pas changer de sexe médicalement) et intersexuelles (ne se reconnaissant dans aucun sexe), et de l'autre, la nécessité de conserver la mention du sexe à l'état.

27. **Un fondement insatisfaisant** – Le second danger de cette fondamentalisation réside dans son fondement. Tous les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme précités et certains de la Cour de cassation se fondent sur le droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la CSDHLF qui est incontestablement à l'origine de ce mouvement.

28. **Un fondement illogique** – Le recours à ce fondement pêche au niveau logique. Dans son essence, le droit au respect de la vie privée et familiale vise à protéger l'individu dans sa sphère personnelle contre des ingérences extérieures, qu'elles proviennent de l'Etat, des médias ou des tiers. Il permet notamment à l'individu de garantir son droit à l'image², d'empêcher la divulgation de l'emplacement de son domicile³, etc. Toutes ses prérogatives ont pour point commun l'idée que la composante protégée de la vie privée (l'image, le culte, le patrimoine, le domicile) préexiste à l'ingérence la rendant publique. C'est ce rapport de cause à effet qui domine la mise en œuvre de ce droit⁴.

à l'insémination). Cela ne serait toutefois pas possible en France le régime juridique de la procréation médicalement assistée ne permettant pas, pour le moment, ce type de pratiques.

¹ Bien que nous ne nous rejoignons pas sur le constat de l'inutilité de la mention du sexe comme moyen d'identification puisqu'il est, à notre sens, le critère premier de distinction des personnes.

² Paris, 25 octobre 1982, D. 1983. 363.

³ Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juin 2003 : Bull. Civ. II, n°175.

⁴ En effet, si une information fautive, montée de toutes pièces, est diffusée publiquement, l'individu auteur de cette diffusion ne se rendra pas coupable d'une violation de la vie privée mais, par exemple, d'une diffamation.

Ainsi, l'utilisation de ce fondement relativement au sexe, et plus spécialement au transsexualisme, devrait logiquement relever de ce même rapport. Suivant ce schéma, la composante privée, objet de protection, serait le sentiment d'appartenance de la personne à un sexe. L'ingérence serait l'assignation dans un autre sexe à l'état civil faite par l'Etat. Par conséquent, cela présuppose que l'assignation d'un individu dans un sexe – l'ingérence – soit postérieure à l'émergence d'un sentiment d'appartenance sexuelle – composante de la vie privée.

Or, ce n'est pas le cas. Le sexe psychique de la personne ne se développe pas dans les premiers jours de la vie tandis que le sexe juridique est inscrit à l'état civil dans la plupart des cas dans les trois jours suivant l'accouchement¹. Le sexe juridique préexiste ainsi au sexe psychique. En conséquence, l'« ingérence » précède l'objet ultérieur du droit au respect de la vie privée. Cela implique donc l'antériorité du droit à son objet, ce qui constitue une inversion totale de la logique d'application des droits subjectifs. On peut certes arguer que ce raisonnement n'a que peu d'intérêt pratique dès lors que l'on peut se passer de ce rapport logique de cause à effet. En effet, chacun comprend sans trop de difficultés l'utilisation de ce fondement à la question du transsexualisme. Cela ne nous convainc pas dans le sens où la désarticulation de ce droit « *invite trop souvent à la paresse* »² et en fait un droit malléable et insaisissable auquel on peine à distinguer un but commun à ses différentes applications³.

29. Une identification illégitime – De plus, l'usage de ce fondement rend illégitime le fait d'identifier l'individu qui devient seul maître de la définition de son identité. Ainsi, « *identifier un individu, c'est déjà porter atteinte à sa vie privée* »⁴. Le déclin de l'état de la personne comme institution identificatrice⁵ comporte en son sein un risque

¹ Art. 55 al. 1 du Code civil : la déclaration de naissance doit être effectuée « dans les trois jours de l'accouchement » et doit préciser « le sexe de l'enfant » (art. 57 du Code civil).

² D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité...*, op. cit., para. 440.

³ L'interprétation dynamique qu'en fait la Cour européenne des Droits de l'Homme en témoigne : violation en cas d'impossibilité pour le père putatif d'un enfant de témoigner personnellement (*Tsvetelin petkov c/ Bulgarie*, 15 juillet 2014, n°2641/06), en cas de construction et utilisation illégales d'un cimetière à proximité du domicile et du système d'approvisionnement d'eau du requérant (*Dzemyuk c/ Ukraine*, 4 septembre 2014, n°42488/02) ou encore en cas de refus de reconnaître une filiation légalement établie aux Etats-Unis entre des enfants nés d'une GPA et le couple ayant eu recours à cette méthode (*Labassee c/ France* 26 juin 2014, n°65941/11 ; *Menesson c/ France*, 26 juin 2014, n°65192/11). Ces exemples attestent bien de la potentielle universalité d'un tel droit.

⁴ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité...*, op. cit., para. 381.

⁵ La question se pose alors : l'état civil est-il nécessaire ? D'autres moyens d'identification remplissant de même une fonction probatoire se sont développés dans certains pays, tels que le

de distanciation entre l'individu et la société. L'état raccroche l'individu dans l'ordre juridique en lui conférant une identité reconnue par tous. Cette stabilité et cette force participent à la construction du sentiment d'identité qui repose en grande partie sur le regard porté par le groupe sur l'individu. Livrer à la volonté de chacun la définition de son être risque d'être source de troubles en niant la dimension sociale prépondérante du sentiment d'identité.

30. Une fondamentalisation en devenir des autres éléments de l'état – Par la malléabilité de ce fondement « *non susceptible d'une définition exhaustive* »¹, ce phénomène de fondamentalisation a un impact direct sur l'ensemble de l'état de la personne qui ne reconnaît qu'une place limitée et secondaire à la volonté. L'individu peut certes demander à changer de nom, de prénom, répudier une nationalité, etc. Mais sa volonté est évaluée à l'aune de critères objectifs et extrinsèques et reste subsidiaire. Elle ne détermine pas directement le changement. La fondamentalisation d'une composante de l'état de la personne aura nécessairement des répercussions sur les autres puisque celles-ci sont bien souvent liées entre elles (le prénom et le sexe, par exemple).

31. La fondamentalisation en devenir du prénom – Le prénom est un « *nom qui précède le nom patronymique et sert à distinguer les personnes d'une même famille* »² et a donc simplement vocation à préciser l'identification de l'individu au sein d'un groupement. Toutefois, cet élément est doté d'une forte dimension symbolique en ce qu'il l'individualise dans ses rapports personnels. En ce sens, il est un facteur capital de construction d'identité.

numéro d'identification unique consistant à identifier chaque personne isolément par un numéro unique, communicable entre toutes les administrations et ayant ainsi une vocation universelle. Cela n'existe pas en France mais a été introduit dans certains pays proches comme la Belgique, le Danemark (où il est utilisé non seulement dans l'administration mais aussi dans le secteur privé), les Pays-Bas ou même la Suède. Ce numéro tend à reléguer l'identité de la personne à sa sphère privée, seul subsistant un numéro. Un tel système ne semble toutefois pas souhaitable. Tout d'abord, chaque numéro est déterminé par rapport à des éléments d'identité (sexe, date de naissance, etc...), hormis aux Pays-Bas. Cela ne fait ainsi que déplacer la problématique qui nous retient. Au-delà de ces considérations, ce système pose un réel problème au niveau du respect des droits fondamentaux. En effet, une telle institution déshumanise l'individu en le réduisant à un matricule, et pourrait être considérée comme contraire à la vie privée dès lors qu'elle implique une communication entre les administrations. Enfin, cela nierait l'attachement du système français à l'état civil, institution historique dotée d'une forte dimension intime et personnelle.

¹ CEDH, *Y.Y c/ Turquie*, op. cit., para. 56.

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

En Droit français, le changement de prénom est possible sous réserve de la preuve d'un « *intérêt légitime* » au changement contrôlé par le juge aux affaires familiales (article 60 du Code civil). Cet intérêt légitime est apprécié assez soupagement, celui-ci ne devant pas obligatoirement constituer un intérêt majeur¹. Seul le cas d'un changement pour convenance personnelle ou pour motifs fantaisistes² semble exclu. Cependant, cette limite est tempérée et les juges peuvent accéder à ce type de demande dès lors que le requérant prouve un usage constant depuis l'enfance « *dans le cadre familial et professionnel* »³. Ainsi, le régime du changement de prénom n'est pas des plus stricts mais, un contrôle étant toujours effectué, on peut parler d'un régime de mutabilité contrôlée.

32. Le prénom et le sexe sont deux composantes de l'identité individuelle qui sont corrélées, dans la plupart des cas. En effet, « *les prénoms, pour la plupart, ont un sexe, du moins dans l'imaginaire collectif* »⁴. C'est pourquoi le changement de sexe s'accompagne nécessairement d'un changement de prénom⁵.

Leurs deux régimes juridiques doivent donc être cohérents entre eux. Dès lors que la fondamentalisation du sexe est en marche, il semble inconcevable que le régime du changement de prénom ne suive pas le même mouvement. Cette idée peut sembler évidente mais elle ne l'est pas toujours. On en voudra pour exemple l'amendement au projet de loi « *Justice du XXIème siècle* »⁶ qui démedicalise la procédure de changement de sexe à l'état civil sans imposer un changement de prénom. L'article 61-6 projeté énonce simplement que si le requérant remplit les conditions de changement de sexe, le Procureur « *ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, aux prénoms* », ce qui semble n'avoir rien d'obligatoire. Cela se comprend suivant la logique développée dans la première partie de notre propos : dès lors que l'on dispose un pouvoir d'autodétermination sur son sexe, il est naturel que celui-ci s'étende au prénom.

Cela manifesterait un symptôme puissant d'une déconstruction de l'état de la personne puisque les éléments le composant ne seraient même plus nécessairement liés entre eux (par exemple, on pourrait ainsi imaginer une personne transsexuelle femme-devenue-homme conservant son prénom d'homme).

¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1981, Bull. civ. I, n°299, p. 251.

² Cass. Civ. 1^{ère}, 20 février 1996, n°94-12313, Bull. civ. I, n°98 où une femme souhaitait voir substituer « Ed Cath » à son prénom actuel « Edith Catherine ».

³ Chambéry, 3^e ch., 19 novembre 2012, n° RG : 13/01142, *Personnes et famille*, 2014, n°2, p. 16, obs. I. CORPART où la requérante demandait la substitution de « Babs » à « Barbara ».

⁴ B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, 16^e éd., Lexis-Nexis, 2014, para. 350.

⁵ CEDH, *Botella c/ France*, 25 mars 1992, op. cit.

⁶ Cf. *supra* n°1.

33. Enfin, en l'absence d'évolutions concernant le changement de prénom et au terme du mouvement de fondamentalisation du sexe, il serait vraisemblablement plus aisé de changer de sexe que de prénom, alors même que le premier est porteur d'effets juridiques et sociaux bien plus importants.

Toutefois, le projet de loi « *Justice du XXI^{ème} siècle* » prévoit une simplification de la procédure de changement de prénom qui serait confiée à l'officier d'état et non plus au juge¹, ce qui entraînerait une libéralisation quasi-totale de ce pan du Droit. Le recul du contrôle confère ainsi plus d'importance à la volonté de l'individu, une fois de plus, considéré comme meilleur architecte de son identité.

34. Une fondamentalisation en devenir du nom – Indépendamment de cette idée de corrélation observée en matière de prénom, la fondamentalisation traduit une redéfinition de l'état de la personne et ce type de mouvement est amené à se généraliser, sans être directement relié au sexe.

Il en est ainsi en matière de nom patronymique. Cet élément marque l'appartenance de la personne à une lignée généalogique mais aussi plus largement à un groupe religieux, ethnique, national, régional, etc.

Il est doté d'une double dimension : institution de police civile (en ce qu'il confère un signe reconnaissable à chaque personne) il constitue un élément de l'identité personnelle. En effet, « *le fait que les pouvoirs publics fixent le nom incite l'individu à cristalliser son nom* »². C'est donc la fixation de ce nom par l'état civil qui lui confère une telle force emblématique.

De plus, le nom patronymique est doté d'une importance sociale supérieure aux éléments déjà évoqués (sexe et prénom) puisqu'il est la première marque d'individualisation dans les rapports juridiques. Il se distingue donc du sexe et du prénom qui sont plus présents dans les rapports interindividuels³.

35. Le changement de nom se fait sur demande adressée au garde des Sceaux, transmise au Conseil d'Etat en cas de refus et est subordonné à la preuve d'un intérêt légitime⁴, comme en matière de prénom. Cet intérêt peut être caractérisé dès lors que le nom est

¹ A. LONGUEMART, « La nouvelle mouture du projet de loi Justice du 21^e siècle », *Daloz actualité*, 11 mai 2016.

² P. JESTAZ, « A propos du nom patronymique », *RTD. Civ.* 1989, 269, spéc. 271.

³ Ces éléments ne sont pas essentiels, par exemple, pour conclure un contrat contrairement au nom qui peut même faire office de signature.

⁴ Art. 61 du code civil

incommode ou ridicule¹, à consonance étrangère² ou lorsque le changement a pour but de reprendre un nom illustre porté par les ancêtres du demandeur³. Le changement est toutefois exclu dès lors qu'il relève de motifs affectifs⁴.

36. Sans grand étonnement, la Cour européenne des Droits de l'Homme a rattaché cet élément au droit au respect de la vie privée, en le considérant comme « *moyen d'identification de la personne et de rattachement à sa famille* »⁵. Une fois de plus, on peut penser que l'inclusion du nom dans la vie privée va tendre vers une plus grande disponibilité et mutabilité de celui-ci.

Dans son arrêt *Kismoun contre France*⁶, la Cour européenne énonce que le nom constitue le « *noyau dur [du] droit au respect de la vie privée et familiale* »⁷. Elle y sanctionnait le refus des autorités françaises d'accéder à la demande de changement de nom d'un individu portant, en France, le nom de sa mère. Celle-ci l'ayant abandonné, il fut recueilli par son père, vécut en Algérie et y porta son nom. De retour, en France, il réclame la substitution de son nom paternel à son nom maternel, ce qui est refusé comme relevant de motifs affectifs. La Cour européenne condamne alors la France car celle-ci n'avait pas pris en compte le principe d'unicité du nom permettant à chaque personne d'être désignée par un nom unique.

Cet arrêt n'est donc pas directement une remise en cause du refus de changement de nom pour motifs affectifs. Néanmoins, il élève le nom patronymique à un rang supérieur à tous les autres éléments déjà analysés (« *noyau dur* ») et pose une première exception à ce motif de refus.

37. Cette logique de multiplication d'exceptions se retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Initialement ferme sur la prohibition des changements pour motifs affectifs, quelques arrêts récents tendent à assouplir ce principe. Ainsi a-t-il été décidé que des circonstances exceptionnelles⁸ ou un « *trouble sérieux causé par le port du nom de naissance* »⁹ peuvent constituer un intérêt légitime alors même que le changement est fondé sur des motifs affectifs.

¹ CE, 20 septembre 2003, n°244589.

² CE, 21 avril 1997, Lebon 142.

³ CE, 28 juillet 2000, Lebon 337.

⁴ CE, 10 décembre 1993, n°357865.

⁵ CEDH, *Burghartz c/ Suisse*, 22 février 1994, para. 24, D.1995, 15, note MARGUENAUD ; CEDH, 16 mai 2013, AJ. Fam., 2013, 386.

⁶ CEDH, *Kismoun contre France*, 5 décembre 2013, n°32265/10, AJ. Fam. 2014, 194, obs. Doublein.

⁷ *Ibid.* para. 36.

⁸ CE 12 décembre 2012, n°357865 : AJDA 2013. 666.

⁹ CE, 5 mars 2014, n°370168, AJDA 2014, p. 1421.

Ainsi, il semble clair que l'arrêt *Kismoun* de la Cour européenne constitue le point de départ d'une ouverture des conditions de changement de nom, comme en témoignent ces arrêts.

38. De surcroît, ce mouvement ne peut que s'accélérer au contact du phénomène de fondamentalisation du sexe. Le sexe et le nom sont, tous deux, des éléments transcendant l'individu. Le sexe replace l'individu dans une des catégories du « *partage primordial* »¹ ; le nom le replace dans un ensemble généalogique et culturel qui le dépasse. Ils intéressent tous deux la société et les tiers. En conséquence, si le sexe, jadis considéré comme l'élément le plus rigide de l'état civil (puisqu'aucune possibilité de changement n'était ouverte), succombe progressivement à l'emprise de la volonté individuelle, il devrait en être logiquement de même pour le nom.

39. **Une fondamentalisation en devenir de la nationalité** – Enfin, le phénomène de fondamentalisation touche aussi la nationalité. Contrairement aux éléments de l'état analysés, la nationalité possède une dimension publique beaucoup plus marquée. Elle constitue le lien entre l'Etat et l'individu, marque « *l'appartenance [de la personne] à une population constitutive d'un Etat* »² et lui confère l'ensemble de ses droits politiques et personnels.

Cependant, sa spécificité n'est pas un gage d'immunité contre le phénomène de fondamentalisation. En effet, il semble que la nationalité subisse un mouvement similaire à celui du sexe : d'un élément déterminé discrétionnairement par l'Etat, elle tend à devenir objet de droit fondamental, basé sur la volonté et le vécu individuel. Cette évolution est symétriquement similaire à celle qui traverse le sexe : d'un élément déterminé par la société selon des critères indépendants de la volonté, le sexe tend à devenir un objet de droit fondamental déterminé par l'individu. En réalité, seul l'acteur initial (Etat ou société) diffère entre les deux mouvements.

Ainsi, la nationalité conçue comme expression de la souveraineté étatique est en déclin. Selon cette conception, l'Etat détermine discrétionnairement les exigences d'attribution de sa nationalité³. En Droit français, la nationalité est dans la majorité des

¹ J. CARBONNIER, *Les personnes*, op. cit., n°76.

² B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013.

³ Cela a pu être rappelé à maintes reprises par des conventions internationales ainsi que par la Cour européenne des Droits de l'Homme qui a énoncé que le droit d'acquérir une nationalité, d'établir une vie familiale effective dans un pays donné ou d'entrer et de résider dans un Etat ne sont pas garantis par la CSDHLF. Plusieurs conventions internationales ont tenté de fonder un « droit à une nationalité » afin de lutter contre l'apatridie. Néanmoins, ces conventions n'ont pas de valeur

cas attribuée suivant des règles abstraites et universelles prenant en compte la filiation, le lieu de naissance, ou même la durée de résidence sur le territoire français.

La fixation de ces critères est faite librement par l'Etat qui n'est tenu par aucune obligation en cette matière.

Cette souveraineté étatique trouve sa meilleure illustration avec la naturalisation, c'est-à-dire l'acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique. A cet effet, plusieurs conditions sont édictées¹ mais la réunion de l'ensemble de ces éléments ne garantit pas l'obtention certaine, de plein droit, de la nationalité. En effet, comme l'a considéré le Conseil d'Etat, la réunion de ces conditions « *ne donne aucun droit à obtenir la naturalisation, laquelle constitue une faveur accordée par l'Etat français à un étranger* »². La requête peut toujours être rejetée, sous réserve d'un contrôle du juge administratif et d'une motivation³. Ainsi, la naturalisation constitue bien la manifestation ultime du pouvoir discrétionnaire de l'Etat en matière de nationalité qui est ici un réel « *outil politique* »⁴. L'individu a certes une influence mais celle-ci n'est que subsidiaire.

40. Toutefois, la nationalité comme prérogative souveraine d'un Etat ne permet pas de prendre véritablement en compte l'ensemble des liens existant entre l'individu et l'Etat⁵. De même que la mention du sexe à l'état civil ne correspond pas toujours aux autres composantes du sexe de la personne, la nationalité ne coïncide pas toujours avec les liens de rattachement de l'individu à un Etat. Le parallèle avec le sexe peut être approfondi et l'on peut valablement énoncer, qu'à côté de la nationalité « juridique » (c'est-à-dire celle dont est doté l'individu en vertu de l'octroi par un Etat), coexiste une nationalité « psychique » (c'est-à-dire celle à laquelle s'identifie l'individu, dans laquelle il vit au quotidien, dans les faits). La conception de la nationalité comme impérative et politique est donc source de discordance et ne rattache pas efficacement les individus à un ordre juridique leur correspondant. De plus, elle nie l'aspect identitaire que représente la nationalité qui reste un lien entre l'Etat et l'individu. Ce

obligatoire ou contraignante en France et sont insuffisantes à faire de la nationalité l'objet d'un droit fondamental. Le principe reste donc celui de la souveraineté étatique en cette matière.

¹ Il est notamment nécessaire d'être âgé d'au moins 18 ans, avoir résidé sur le territoire pendant au moins 5 ans, « *être de bonnes vies et mœurs* » ou justifier de son « *assimilation à la communauté française* ».

² CE, *Abecassis*, 30 mars 1983, Lebon p.477.

³ Art. 27 du Code civil issu de la loi du 29 juillet 1993

⁴ A. DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois, 2008, para. 247.

⁵ *Ibid.* para. 544.

dernier doit être intégré et pris en compte dans ce processus de liaison au même titre que l'Etat.

41. Cette diversification des composantes de la nationalité est une des causes¹ du phénomène de fondamentalisation de la nationalité qui tend à faire reculer l'Etat dans l'exercice de ces prérogatives. Celle-ci favorise l'émergence d'une nationalité conçue comme expression de l'identité individuelle.

Ainsi, la Cour européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt *Karassev*², bien que refusant de reconnaître l'existence d'un droit d'acquérir une nationalité, a énoncé qu'un refus arbitraire de nationalité peut entraîner une violation de l'article 8 de la CSDH. La distinction est assez fine : dès lors qu'un refus est jugé arbitraire, on peut raisonnablement penser que l'octroi de la nationalité était implicitement dû à la personne.

42. Même si cet arrêt ne concluait pas à la violation de l'article 8 de la convention, ce type d'espèce n'est pas isolé et la Cour européenne a bien pu retenir ce type de violation par la suite. Ainsi, non seulement un refus arbitraire de nationalité peut être condamnable, mais l'expulsion d'un immigré installé ou même le refus de « *délivrer [...] des permis de séjour permanents* » peuvent aussi constituer une atteinte au droit au respect de la vie privée³. Cela vaut dès lors que les individus « *ont noué des relations personnelles, sociales, culturelles et économiques* »⁴ dans le pays. La protection octroyée à la nationalité est donc en réalité une protection de la situation matérielle de l'individu. Le champ de ces jurisprudences dépasse celui de la question de l'attribution de la nationalité et semble concerner plus vraisemblablement un droit de se maintenir sur un territoire donné, en ayant ou non la qualité de national, créant ainsi une sorte de « *quasi-nationalité* »⁵.

Cette extension du contrôle laisse penser qu'à terme, la Cour devrait admettre expressément qu'il existe, dans certains cas, un droit d'obtenir une nationalité et « *contrôler directement la conformité de la détermination de la nationalité au droit au respect de la vie privée* »⁶. Comme en matière de sexe, la Cour européenne des Droits de l'Homme s'impose comme le moteur de cette fondamentalisation.

¹ La multiplication des appartenances et la diminution des droits conditionnés par la nationalité sont les deux causes principales de la crise de la nationalité comme prérogative étatique, selon Mme DIONISI PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, op. cit.

² CEDH, *Karassev c/ Finlande*, 12 janvier 1999, op.cit.

³ CEDH, *Kuric et autres c/ Slovénie*, 13 juillet 2010, n°26828/06, spéc. para. 352 et 353.

⁴ *Ibid.* para. 359.

⁵ A. DIONISI PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, op. cit., para. 1054.

⁶ A. DIONISI PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, op. cit., para. 1054.

Dans une certaine mesure, l'individu se voit donc reconnaître un droit au respect de la nationalité qu'il a choisie¹. En devenant un élément toujours plus important de l'identité, la nationalité s'affranchit progressivement du pouvoir étatique souverain.

43. On observe donc un glissement similaire à celui du sexe en matière de nationalité. Initialement octroyée souverainement par l'Etat, elle tend à devenir un élément d'identité individuelle protégé par les droits fondamentaux. On retrouve une fois de plus ce mouvement de fondamentalisation centré autour de l'individu et de l'idée qu'il lui appartient mieux qu'à quiconque de façonner son identité.

En matière de nationalité, les implications sont différentes : la fondamentalisation permet un rééquilibrage entre le possible arbitraire étatique et la situation précaire de l'individu. Il ne s'agit aucunement d'octroyer un pouvoir potestatif absolu à la personne et de supprimer le pouvoir de l'Etat. Ce mouvement doit être mesuré et partagé entre l'Etat et l'individu sous peine de recréer de l'arbitraire et d'entraîner la fin de l'Etat (ce dernier se voyant renier un moyen capital de gestion de sa population).

44. **Conclusion** – L'état de la personne traverse une véritable épreuve. La fondamentalisation du sexe en constitue la manifestation la plus importante tant elle s'est imposée rapidement et clairement. Les répercussions sur l'ensemble de l'état et plus largement la fondamentalisation autonome de certains éléments tels que la nationalité amène à redéfinir l'ensemble de la matière. En effet, cette fondamentalisation généralisée constitue une révolution copernicienne dans le sens où l'on assiste à un changement du paradigme de l'état de la personne : l'ordre public n'y préside plus ; la volonté y est reine. L'état ne s'impose plus comme un statut impératif. Le droit au respect de la vie privée a vocation à restreindre toujours plus cette dimension statutaire de l'état au profit de la dimension subjective, symbolique de l'état².

45. La volonté individuelle s'impose donc comme le point d'orgue de ce mouvement. Seul l'individu est perçu comme légitime au façonnement de son identité. L'auto-détermination règne et cette évolution est motivée par le souhait d'émanciper la personne du carcan sociétal. Néanmoins, il nous semble que libéralisation ne puisse rimer avec libération. En créant un individu abstrait détaché de ses racines et de son ancrage sociétal, on dénie à la personne ce qui construit son identité. Le sexe, le nom,

¹ Même si en ces cas, bien souvent, les individus sont plus contraints que libres dans leur immigration.

² Pour reprendre la terminologie employée par A-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », op. cit.

le prénom, la filiation sont les fondations de notre propre identité. La volonté même découle directement de ces éléments : l'individu *veut* avant tout car il *est*. Et l'individu ne peut *être* sans identité.

La croyance aveugle en la raison humaine, digne du XVIII^{ème} siècle, ne peut plus être considérée comme un fondement satisfaisant au XXI^{ème} siècle. Les pans du droit initialement les plus volontaristes ont déjà pris acte de ces limites (tel le Droit des obligations).

46. La percée des droits fondamentaux semble inexorable. Dès lors, en l'absence d'une volonté politique d'encadrement, l'état de la personne au sens d'un concept unitaire semble voué à disparaître. La volontarisation ne peut qu'entraîner une déconstruction et les tentatives de sauvetage apparaîtraient toutes comme des entraves à une liberté fondamentale.

Peut-être assistons-nous à une redéfinition de la personne qui ne serait plus une entité uniforme mais éparse, isolée, mouvante au gré de ses envies. C'est l'ensemble du système juridique qui risque d'en sortir bouleversé, la personne en constituant l'atome indivisible.

Camille G.