

Mémoire présenté par le GISS

Sur le Projet de loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle

Paris, le 26/10/2016

Association GISS
N° RNA : W751234667
JO Associations 09/07/2016, n° 28, annonce n° 1164
32 Boulevard Saint-Germain
75005 Paris

Paris, le 26 octobre 2016

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Conformément à une coutume constitutionnelle, nous vous prions de trouver ci-joint un mémoire introduit par la procédure dite de la “porte étroite” et comprenant des éléments tendant à réserver l’interprétation de certaines des dispositions de l’article 18 *quater* devenu l’article 56 du projet de loi dont vous avez été saisi le 17 octobre 2016 par des Députés du Groupe Les Républicains de l’Assemblée Nationale.

Ces observations ont été rédigées par Benjamin Moron-Puech, chargé de recherche à l’Université d’Aix-Marseille (CNRS – IDEMEC) et chercheur associé à l’Université Panthéon-Assas (laboratoire de sociologie juridique) et Mila Petkova, avocate au barreau de Paris, au nom de l’Association GISS (**G**roupement d’**I**nformation et de **S**outien sur les questions **S**exuées et sexuelles) avec l’aide de Sophie Marie Barbut, juriste et administratrice de l’association Intersex & Transgender Luxembourg, Erik Schneider, psychiatre, psychothérapeute et co-fondateur d’Intersex & Transgender Luxembourg et de Thomas Perroud, professeur agrégé de droit public à l’Université Panthéon-Assas (CNRS – CERSA) et Arnaud Alessandrin, sociologue à l’Université de Bordeaux.

Ce travail de rédaction a été fait sur une base strictement bénévole de sorte qu’il n’y a pas à cet égard de conflit d’intérêts.

Comme l’indiquent ses Statuts, l’Association GISS a notamment pour objet “le soutien, par tous moyens, des personnes qui estiment appartenir à une minorité sexuée et sexuelle en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits, par tous moyens”. C’est dans ce cadre, que l’Association GISS a l’honneur de soumettre à votre attention ses observations sur l’article 56 du projet de loi qui, dans sa rédaction actuelle semble méconnaître certaines libertés fondamentales des personnes transsexuées et intersexuées, personnes auxquelles le GISS apporte tout particulièrement son soutien.

Rappelons pour mémoire que les personnes transsexuées sont des personnes qui entendent changer d’identité sexuée soit parce que l’identité sexuée qui leur a été assignée à la naissance ne leur a jamais correspondu et résulte d’une erreur (action en rectification d’état), soit parce qu’à un moment donné ces personnes ont pris conscience que l’ancienne identité sexuée qu’ils avaient un temps revendiquée ne leur correspond plus et qu’ils décident d’en changer (action en changement d’état). Traditionnellement, les personnes transsexuées étaient définies comme les personnes dont le sexe biologique — comprenant les sexes morphologiques, gonadiques, hormonaux et chromosomiques — ne correspond

pas au sexe ressenti par ces personnes et perçues par leur entourage (sexe psychosocial). Cette conception *stricto sensu* des personnes transsexuées semble aujourd'hui dépassée et tend à être remplacée par celle suivant laquelle est transsexuée la personne qui entame une démarche pour changer son identité sexuée. Ajoutons qu'on parle bien ici de personnes **transsexuées** et non **transsexuelles**. Il s'agit par là de bien indiquer qu'il n'est pas question ici de sexualité ou d'orientation sexuelle, mais bel et bien d'identité sexuée. De même, on ne parlera pas de "syndrome de transsexualisme" car syndrome implique une pathologisation alors que la transidentité sexuée n'est pas une maladie. Cela a été en dernier lieu reconnu dans une déclaration commune du Comité de l'ONU des droits de l'enfant, de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et d'un groupe d'experts onusiens sur les droits humains (<http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=19956&LangID=E>).

Quant aux personnes intersexuées, il s'agit des personnes dont l'identité sexuée ne correspond pas aux principales identités sexuées que sont l'identité sexuée masculine et féminine. Cette absence de rattachement aux sexes masculin et féminin résulte le plus souvent de caractéristiques biologiques distinctes des idéaux-types masculins et féminins (hypothèse naguère qualifiée d'hermaphrodisme). L'intersexuation correspond à de très nombreuses hypothèses biologiques distinctes, dont seule une infime partie pourrait correspondre à la représentation sociale de l'hermaphrodite ; voilà pourquoi on parlera plutôt d'intersexuation que d'hermaphrodisme. L'intersexuation ne renvoyant pas à la sexualité, l'on parlera ici de personne intersexuée et non de personnes intersexuée. Enfin, l'intersexuation n'étant pas non plus une maladie on refusera tout vocable pathologisant tel celui d'ambiguïté sexuelle ou d'anomalie/désordre du développement sexuel. Si l'intersexuation n'est pas une maladie, c'est parce que la vie de l'individu n'est pas en jeu, mais constitue seulement une variation humaine des caractères sexués, au même titre que les roux pour la couleur des cheveux, les albinos pour la couleur des yeux ou les ambidextres encore pour la latéralisation du cerveau.

L'ensemble des personnes intersexuées et transexuées est évaluée généralement à plusieurs dizaine millions de personnes. Aujourd'hui, les personnes intersexuées et transsexuées, à la différence des roux, des ambidextres et des albinos, sont encore fortement discriminés en France et c'est notamment pour lutter contre la minorisation de ces personnes que l'association GISS a été constituée.

En espérant que les quelques observations ci-après retiendront votre attention et contribueront à assurer un meilleur respect des droits constitutionnels de ces personnes, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil, l'expression de mes sentiments les plus respectueux.

Mathieu le Mentec, président du GISS

I. La méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence

A. La norme de contrôle : article 34 de la Constitution

L'article 34 de la Constitution dispose qu'il revient au législateur de déterminer les règles qui intéressent l'état des personnes, dont relèvent notamment les questions liées au changement de la mention du sexe à l'état civil.

De cette règle, le Conseil constitutionnel en a déduit le principe selon lequel le législateur ne pouvait pas créer des textes trop imprécis relevant de l'article 34, à défaut de quoi, le législateur transférerait nécessairement le pouvoir de régir l'état des personnes au juge.

Ce principe a notamment été rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision 99-419 DC du 9 novembre 1999 sur *La loi relative au pacte civil de solidarité*. Dans cette décision, cette règle l'avait conduit à formuler plusieurs réserves constitutionnelles destinées à éviter qu'une trop grande imprécision du texte n'entraîne, en réalité, un transfert des compétences du législateur aux autorités administratives et judiciaires (www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99419dc.htm).

Cette norme constitutionnelle a également été rappelée dans la décision n° 2013-674 DC du 1er août 2013 où le Conseil constitutionnel a indiqué *"qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques"* (www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013674dc.htm).

B. Les normes contrôlées : art. 56, II

En l'espèce, l'article 18 *quater* devenu l'article 56 dans la version du projet soumise au Conseil constitutionnel, ne répond pas aux exigences ci-dessus détaillées relatives à l'obligation pour le législateur de créer des règles suffisamment détaillées lorsque celles-ci relèvent de sa compétence issue de l'article 34 C, au regard notamment des éléments suivants :

1° Le champ d'application de l'article 56 du projet de loi, et plus précisément ses conditions *ratione personae* sont particulièrement imprécises :

- a) Est-ce que ce texte s'applique aux personnes intersexuées ? Bien que le texte commence par l'expression "toute personne" l'on ignore si la procédure concerne également les personnes intersexuées. Pour rappel, les personnes intersexuées sont celles qui, en raison des variations du développement sexuel qu'elles présentent, n'ont ni un corps d'homme ni un corps de femme (sur celles-ci cf. not. B. Moron-Puech, *Les intersexuels et le droit*, D. Fenouillet (dir.), mémoire de Master 2, Banque des mémoires de l'Université Panthéon-Assas, 2010, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/10dd4242-a25c-462b-8283-cb99a843f1d2>).

Cette interrogation intervient en effet ensuite de l'analyse des travaux parlementaires dans le cadre du vote de l'article 56 qui n'avaient, semble-t-il, envisagé que la situation des personnes transsexuées *stricto sensu*, c'est-à-dire les personnes dont le sexe biologique ne correspond pas au sexe psychosocial. En effet, ces dernières bénéficient d'une visibilité plus importante dans l'espace public, que les personnes intersexuées. Or, compte tenu de ce que les personnes intersexuées sont généralement présentées comme distinctes des personnes transsexuées *stricto sensu*, se pose la question de savoir comment interpréter cet article 56 *in limine*. Faut-il suivre la lettre du texte et considérer en effet que "toute personne" comprend aussi les personnes intersexuées (en ce sens B. Moron-Puech, "La loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle et les personnes intersexuées", *Rec. Dalloz*, nov. 2016, à paraître) ou alors, faut-il considérer que cette disposition ne comprend que les seules personnes transsexuées ? Un amendement du Sénateur Rachel Mazuir avait tenté de préciser cette question afin que les personnes intersexuées puissent en effet bénéficier de cette disposition mais, à la suite d'une erreur d'analyse des parlementaires, cet amendement n'a pas été examiné par la Commission des lois du Sénat en nouvelle lecture, portant semble-t-il atteinte ici au principe de sincérité des débats (en ce sens : B. Moron-Puech, "Les personnes intersexuées dans le Projet de loi sur la Justice au XXI^e s. ?", in *Intersexe et autres thèmes juridiques*, ISSN 2497-1707, <https://sexandlaw.hypotheses.org/49>)

- b) La possibilité de "modifier" la mention du sexe s'applique-t-elle aux personnes mineures ? Le texte indique qu'il s'applique à toute personne majeure et aux mineurs émancipés et ne dit rien des personnes mineures souhaitant modifier la mention du sexe, lesquelles sont pourtant tout autant concernées par les risques de discrimination que les personnes majeures. Faut-il en déduire que l'action en "modification" du sexe leur est fermée ou seulement qu'elle ne leur est ouverte que par l'intermédiaire de leur représentant légal ? Si l'on compare les § I (changement du prénom) et § II ("modification" du sexe) de l'article 56, il peut sembler, par une interprétation *a contrario*, qu'alors que le changement de prénom est ouvert aux personnes mineures, il ne l'est pas pour les personnes majeures pour lesquelles on a pris le soin de préciser (en 1^{re} lecture) qu'il ne pouvait s'agir que des majeurs et en 2^e lecture, qu'il ne pouvait s'agir que des personnes majeures ou mineures anticipées. D'un autre côté cependant, l'étude des travaux préparatoires (en

particulier en 2e lecture à l'Assemblée nationale), peut parfois suggérer que les membres de l'Assemblée nationale ont seulement refusé que les mineurs puissent décider seuls. Mais alors pourquoi ne pas avoir fait comme dans l'article 56, § I, en rédigeant une disposition applicable à tous et renvoyant implicitement, pour les mineurs, au droit commun de l'autorité parentale, à savoir que la demande est introduite par les personnes majeures ? On le voit, la question est très largement ouverte et va impliquer une intervention active du pouvoir judiciaire pour régler ce point.

- c) La volonté de changer la mention du sexe est-elle une cause légitime d'émancipation ? Le texte ouvre aux mineurs émancipés la possibilité de faire une demande de changement de la mention du sexe. Si cette disposition est utile — encore qu'elle n'est par définition ouverte qu'aux mineurs de 16 ans — elle va néanmoins poser un important problème d'interprétation : la volonté de changer la mention du sexe peut-elle constituer à elle seule un juste motif d'émancipation au sens de l'article 413-2 du code civil ? C'est là un point totalement ignoré et qui aura pourtant des incidences pratiques importantes.

2° Le texte est également très imprécis quant aux effets de cette action en “modification” de la mention du sexe, en particulier en cas de filiation établie après le changement. Si le texte s'intéresse à la filiation des enfants nés avant la modification, il passe sous silence la situation des enfants nés après. Un amendement avait certes été déposé en ce sens devant la Commission des lois du Sénat par le sénateur Rachel Mazuir, mais il n'a pas été examiné par la Commission (cf. B. Moron-Puech, “Les personnes intersexuées dans le Projet de loi sur la Justice au XXIe s. ?”, préc.). Or, se posent pourtant de sérieuses difficultés dans l'hypothèse où la personne transsexuée, dont la stérilisation n'est désormais plus une condition, viendrait à engendrer. Faudra-t-il priver les personnes de sexe masculin accouchant, de la règle suivant laquelle la mère est désignée comme telle par l'acte de naissance, en faisant prévaloir la lettre du texte (mère implique sexe féminin) sur son esprit (mère doit être compris comme personne accouchant, peu importe le sexe) ? De même, dans l'hypothèse d'une personne initialement de sexe féminin ayant procréé postérieurement à la modification de la mention de son sexe, pourrait-on lui appliquer la présomption de paternité ? Il s'agit là de graves questions, ce d'autant plus que l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation établie est en jeu.

3° Enfin, le texte introduit une hésitation sur le maintien en droit positif de l'action en rectification du sexe, utilisée notamment jusqu'à présent par les personnes intersexuées. Cette procédure est en effet utilisée afin d'éviter la lourde procédure de changement d'état, laquelle impliquait de devoir accepter qu'il soit porté atteinte à leur intégrité physique (alors même que pour beaucoup d'entre elles, elles avaient déjà subi - dans leur jeune âge - des interventions d'assignation sexuée non souhaitées).

Cette hésitation résulte du changement de terminologie adoptée par les parlementaires. Au lieu de parler d'action en changement d'état — comme ils le font d'ailleurs pour le prénom dans l'article 56, I., ceux-ci parlent d'une action en “modification” de l'état de la personne. Le terme “modification” - ayant semble-t-il un sens plus large que celui de changement - il

pourrait sembler que l'action nouvelle recouvre tant l'ancienne action en changement d'état que l'action en rectification d'état. D'un autre côté cependant, l'on peut penser que si le législateur avait voulu abroger l'action en rectification, il l'aurait dit expressément. Le sénateur Rachel Mazuir avait perçu la difficulté en 2e lecture au Sénat et avait proposé un amendement pour la lever (cf. B. Moron-Puech, "Les personnes intersexuées dans le Projet de loi sur la Justice au XXIe s. ?", préc.). Cependant son amendement a été rejeté sans que l'on puisse nettement percevoir si ce rejet impliquait ou non le rejet de l'idée portée par cet amendement, à savoir le maintien de la distinction entre les actions en changement d'état et en rectification d'état. On le voit donc, l'article 56 du projet demeure ambigu sur la portée de cette action "en modification" de la mention du sexe et il appartiendra aux juridictions de la résoudre, ce qui n'est pas acceptable au regard de l'article 34 de la Constitution.

C. Bilan

Dans la mesure où, d'une part, la majorité des difficultés précédemment soulevées — seuls les points 1°, b) et c) posent difficulté, mais l'on y reviendra plus bas — peuvent être résolues par une réserve d'interprétation et où, d'autre part, la censure pure et simple du texte en l'état actuel méconnaîtrait nettement la volonté du législateur que soient mieux respectés les droits des personnes souhaitant changer la mention de leur sexe à l'état civil — en particulier dans la perspective des trois recours pendants devant la Cour européenne des droits de l'Homme contre la France sur cette question de changement de la mention du sexe — il apparaît opportun ici, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à de simples réserves d'interprétation. Celles-ci pourraient être formulées comme suit :

- 1° a) "Les dispositions de l'article 56, II sont conformes à l'article 34 Constitution en ce que le législateur, s'il n'a pas expressément prévu l'application de cette disposition aux personnes intersexuées l'a néanmoins nécessairement mais implicitement envisagées."
- 2° "Les dispositions de l'article 56, II sont conformes à l'article 34 de la Constitution en ce que le législateur a implicitement mais nécessairement entendu, pour les filiations établies après le changement de sexe, rendre applicable aux personnes ayant modifié la mention du sexe les dispositions du droit commun de la filiation, en particulier les dispositions des articles 311-25 à 315, qui dépendent moins de l'identité sexuée du parent que de son rôle biologique dans l'engendrement de l'enfant." Le cas échéant, compte tenu de l'interférence entre l'article 61-8 introduit par l'article 56, II de la loi déferée et les articles 311-25 à 315, le Conseil pourra — en application de la jurisprudence "néo-calédonienne" (CC, 25 janv. 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, n° 85-187 DC, cons 10, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85187dc.htm), considérablement élargie ces dernières années (cf. le site du Conseil, rubrique "À la une", *Juin 2013 : Contrôle des lois déjà en vigueur à l'occasion du contrôle a priori des lois*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juin-2013-contrôle-des-lois-déjà-en-vigueur-a-l-occasion-du-contrôle-a-priori-des-lois.137208>).

[html](#)) —, remplacer les termes “père” et “mère” par “parent” et “maternité” et “paternité” par “parentalité”.

- 3° “Les dispositions de l’article 56, II, sont conformes à l’article 34 de la Constitution en ce que le législateur, en introduisant une action en “modification” du sexe à l’état civil a entendu revenir sur les règles dégagées par la jurisprudence à propos de la seule action en “changement” d’état civil, sans nullement modifier les dispositions législatives, prévues à l’article 99 du code civil et relatives l’action en rectification de la mention du sexe.”

II. La méconnaissance par le législateur du principe d’égalité vis-à-vis des personnes mineures transsexuées

A. Norme de contrôle : art. 1er de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen

L’article 1er de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen “implique qu’à des situations semblables il soit fait application de solutions semblables” (CC, 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, 79-107 DC, cons. 4, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1979/79107dc.htm).

Le législateur ne peut déroger à ce principe que pour des “raisons d’intérêt général” et pourvu que la “différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l’objet de la loi qui l’établit”(CC, 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, n° 87-232 DC, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1988/87232dc.htm).

B. Norme contrôlée : article 56, II (“toute personne majeure [...] émancipée”)

Comme nous l’avons indiqué plus haut, l’article 56, II du projet de loi est susceptible de plusieurs interprétations relativement au point de savoir s’il est ouvert aux personnes mineures. Il s’agit ici de montrer le caractère in conventionnel de l’ensemble des interprétations de ce texte, à savoir, tant l’interprétation suivant laquelle ce texte fermerait l’action en changement de sexe aux personnes mineures et à leur représentants, que

l'interprétation suivant laquelle l'action demeurerait ouverte aux personnes mineures pourvu qu'elle soit exercée par leurs représentants légaux.

Cette inconstitutionnalité résulte de ce que, bien que placées dans une situation identique, ces personnes mineures ne sont pas traitées de la même façon que des personnes majeures et cela sans qu'aucun argument ne puisse justifier une telle différence de traitement.

1. Des personnes placées dans une même situation

Les personnes mineures transsexuées (non émancipées) sont dans la même position que les personnes majeures transsexuées : toutes deux souffrent du sexe qui leur a été attribué à la naissance (a) et toutes deux sont en mesure de modifier leur apparence au moyen de traitements appropriés, pour atténuer quelque peu cette souffrance (b).

a) L'existence de souffrances identiques

Si l'idée est peut-être ancrée dans les esprits, il est faux de penser que les personnes mineures transsexuées relèveraient de cas exceptionnelles et ne souffriraient pas. Les mineurs ont, au contraire, besoin de pouvoir bénéficier d'un changement de sexe lorsqu'ils peuvent en exprimer ce besoin, indépendamment de la majorité ou de l'émancipation.

Plusieurs articles (cités ci-dessous) tant dans la littérature scientifique que dans la presse, se sont fait l'écho ces dernières années de difficultés rencontrées par les personnes mineures transsexuées.

L'on ne peut d'ailleurs que se désoler que le Parlement ait été sensible sur ce point aux arguments du Gouvernement lorsque le Ministre de la Justice a prétendu en 2^e lecture devant l'Assemblée nationale, que la situation des personnes mineures était tout à fait exceptionnelle et qu'il ne s'était présenté qu'un seul cas (1^{re} séance du 12 juill. 2016, JOAN, p. 5330). L'existence de ces souffrances a pourtant été largement documentée (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047f2a8>, E. Schneider, Rapport au Conseil de l'Europe, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective*). Ce n'est pas parce qu'elle est méconnue par certains membres de la société, que cette souffrance n'existe pas.

Citons par exemple le cas d'un jeune espagnol de 16 ans qui a subi une opération de réassignation sexuée (homme vers femme) en Espagne, en 2010 (<http://www.20min.ch/ro/news/monde/story/12417212>).

Hors Europe, la loi argentine prévoit à l'article 4° que toute personne qui sollicite, en vertu de la présente loi, la rectification de la mention du sexe dans les registres ainsi que le changement de prénom et d'image doit remplir les conditions suivantes :

“1. Justifier de l'âge minimal de dix-huit ans, sans préjudice des dispositions de l'article 5 de la présente loi (...) En aucun cas il ne sera nécessaire de justifier d'une intervention

chirurgicale de réassignation génitale totale ou partielle, ni de thérapies hormonales ou d'un autre traitement psychologique ou médical."

La possibilité de changer la mention du sexe pour une personne mineure est autorisée sous des conditions supplémentaires à l'article 5 : "la demande de procédure visée à l'article 4 doit être introduite par l'intermédiaire des représentant/e/s légaux/ales et avec l'accord exprès du/de la mineur/e, en tenant compte des principes de capacité progressive et d'intérêt supérieur de l'enfant, conformément aux dispositions de la Convention sur les droits de l'enfant et de la loi 26.061 sur la protection intégrale des droits des enfants, adolescentes et adolescents. De même, la personne mineure doit bénéficier de l'assistance d'un/e défenseur/e conformément aux dispositions de l'article 27 de la loi 26.061.(...)". (<http://itgl.lu/wp-content/uploads/2015/04/Traduction-loi-argentine-FINALE.pdf>)

b) L'existence de souffrances identiques

Les personnes mineures transsexuées sont soumises aux mêmes souffrances que les personnes majeures, et ceci même dès leur très jeune âge (cf. l'article grand public A. Lorriaux, *La souffrance des enfants trans*, <http://www.slate.fr/story/95615/les-enfants-trans>). Il serait faux de croire que la minorité constitue une protection contre le risque de discriminations. Ces discriminations sont tout aussi fréquentes que pour les personnes majeures. Les situations de discrimination sont les mêmes (l'école/études, les transports collectifs, les activités sportives, entraves à la libre circulation des personnes, contrôles aux frontières, importance de délivrer des diplômes ou certificats avec l'identité revendiquée, etc.) En effet, puisque leur demande de changement de la mention du sexe correspond à un véritable besoin, comme les personnes majeures, les mineurs vivent déjà dans l'identité sexuée souhaitée, et subissent les discriminations — comme les majeurs — liées à cette dichotomie, en l'absence de mise en oeuvre du changement de la mention du sexe.

En présence de ces souffrances, il a été démontré que, pour la plupart pour les mineurs, aussi, le seul moyen d'éviter cette souffrance était de les soutenir dans un processus d'adaptation de leur rôle social. À ce titre, il a été prouvé que les approches dites affirmatives étaient particulièrement adaptées aux enfants. Ce sont les approches qui soutiennent l'enfant dans l'expression de son auto-perception sexuée. Celles-ci s'opposent aux autres approches consistant à ignorer, corriger voire sanctionner l'enfant pour le contraindre à se conformer aux attentes et comportements associés à son sexe d'assignation. Sur ces sujets, voir notamment, Meidani A., Alessandrin A. " parcours de santé / parcours de genre ", EHESP, 2017 (à paraître).

Ces approches affirmatives ont pour conséquence d'accepter le changement de rôle social de l'enfant (y compris à l'école). Par exemple, au Luxembourg, il y existe plusieurs cas de transitions sociales d'enfants même très jeunes à l'école. De même, Malte en a tenu compte en adoptant des lignes directrices pour l'école : (<http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/06/Malta-Education-Policy.pdf>). En particulier, il est important que les mineurs aient la possibilité d'aller à l'école en gardant la confidentialité sur leur changement de rôle social pour être protégés contre le harcèlement et qu'ils aient des documents d'identité conformes à leur nouveau rôle social de manière à ce que leur sexe d'assignation ne soit pas divulgué accidentellement par des documents scolaires inadéquats. À défaut de quoi d'importants

risques de discrimination et harcèlement existeront (Latour, D. (2014). La transphobie en milieu scolaire. In K. Espineira, M.-Y. Thomas, A. Alessandrin (Eds.), *Tableau noir : Les transidentités et l'école* (pp. 27-37). Paris : L'Harmattan ; Alessandrin, A. (2014). Transidentités : l'épreuve scolaire. In K. Espineira, M.-Y. Thomas, A. Alessandrin (Eds.), *Tableau noir : Les transidentités et l'école* (pp. 39-50). Paris : L'Harmattan).

C'est d'ailleurs en raison de ces souffrances, que le droit français permet déjà à toutes les personnes mineures aptes à s'exprimer de rentrer dans un processus médical de réassignation sexuée puisqu'aucune norme ne le leur interdit. Du point de vue de leur apparence corporelle il y a donc une égalité de traitement entre le majeur et le mineur transsexué.

Soulignons bien ici que les personnes mineures peuvent modifier leur corps sans même que leurs parents ne donnent leurs consentements et cela par application de l'article L. 1111-5 du code de la santé publique (sur l'application de ce texte aux mineurs transsexués et intersexués, cf. B. Moron-Puech, "Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures", *Revue Droit & Santé*, Hors série 50e numéro, p. 211-212, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01251054/>). De ce point de vue, les personnes mineures entrées dans la puberté sont donc traitées de la même façon que les personnes majeures. Cependant cette égalité de traitement ne concerne que le sexe corporel, pour le sexe juridique, le législateur a refusé cette analogie.

Une telle situation est incompréhensible car rien ne permet de comprendre pourquoi une personne mineure pourrait modifier seule son apparence extérieure et non son sexe juridique, alors que sa personne est bien davantage en cause dans l'acte médical de réassignation sexuée que dans la décision purement juridique de changement de sexe.

2. Un traitement différencié non justifié par une raison d'intérêt général

Malgré cette identité de situation, seule les personnes majeures sont admises à modifier leur sexe à l'état civil sans autres conditions que celles posées par le texte. Pour les personnes mineures, l'action en changement de sexe leur est au pire fermée (1^{re} interprétation possible de l'article 56, II) et au mieux est subordonnée à une condition supplémentaire tenant à l'autorisation parentale.

Or rien ne permet de justifier une telle différence de traitement, en particulier pas le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, principe ayant au moins valeur conventionnelle (ONU, *Convention relative aux droits de l'enfant*, 1989) et susceptible de constituer un objectif à valeur constitutionnelle.

En effet, appliqué en l'espèce, ce principe implique au contraire de permettre aux mineurs de bénéficier des réponses les plus adaptées au sein de l'ordre juridique pour voir ces

difficultés résolues. Or, en empêchant un enfant transsexué à changer de sexe ou encore en exigeant une autorisation parentale, alors que la demande du mineur — et donc le sérieux de sa volonté — est déjà contrôlée par un juge, la France méconnaît manifestement cet intérêt supérieur de l'enfant.

Dans la seconde interprétation possible de ce texte (exigence d'une autorisation parentale), l'attente est d'autant plus grave que, comme le révèlent plusieurs études, il n'est pas rare que les parents s'opposent à la demande de changement de sexe de leur enfant (É. Schneider, Rapport au Conseil de l'Europe, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective, précité*) et, par voie de conséquence, au changement de la mention du sexe à l'état civil de celui-ci. En outre, en cas de désaccord des parents, il faudra saisir le juge des enfants par application de l'article 373-2 c. civ., lequel ne sera *a priori* pas le même juge que celui devant *in fine* se prononcer sur la demande de changement de sexe. D'où, on le voit, l'existence d'un parcours semé d'embûches pour le mineur transsexué souhaitant changer de sexe. De telles procédures, loin de permettre une meilleure protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, en empêche au contraire une protection appropriée. L'on ne peut que regretter que le législateur, mû par une représentation de l'autorité parentale qui ne correspond pas au droit positif, se refuse à donner au mineur une certaine capacité juridique, encadrée par le juge, pour les actes éminemment personnels (comp. avec les majeurs protégés où ceux-ci demeurent compétents pour les actes strictement personnels comme l'est le changement de sexe : art. 458 c. civ.).

Dès lors que rien ne peut justifier une telle fermeture de l'action en changement d'état civil aux personnes mineures, ou à tout le moins l'exigence d'une autorisation parentale en plus du contrôle judiciaire, l'article 56, II, s'avère contraire au principe d'égalité devant la loi en ce qu'il empêche les mineurs d'introduire eux aussi directement une telle action.

Relevons d'ailleurs que tel a été le raisonnement du Tribunal constitutionnel fédéral allemand lorsqu'il a été saisi d'une question similaire en 1982. Ce Tribunal avait alors jugé qu'il est contraire au principe d'égalité (article 3, 1, de la *Loi fondamentale*) de refuser aux personnes n'ayant pas atteint un certain âge d'obtenir le changement de la mention du sexe alors que, comme toutes les autres, elles ont pu changer l'apparence de leur sexe corporel et peuvent répondre aux conditions du changement de sexe à l'état civil (BVerfGE, 60, 123, 16 mars 1982, §31, www.servat.unibe.ch—bv060123.html).

Relevons par ailleurs que permettre aux mineurs de bénéficier des règles de changement de sexe est parfaitement conforme aux divers textes internationaux en vigueur, outre la convention précitée de l'ONU sur les droits de l'enfant :

- la [résolution 2048 \(2015\)](#) du Conseil de l'Europe qui appelle les États, en ce qui concerne la reconnaissance juridique du genre (6.2.5), “à garantir que, dans toutes les décisions relatives aux enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale” ;
- la Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, (<http://itgl.lu/wp-content/uploads/2015/04/CMRec20105F.pdf>), notamment dans l'éducation.

- le rapport du Conseil de l'Europe, "Equal opportunities for all children : Non-discrimination of lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex children and young people (2016)" (<https://edoc.coe.int/en/children-s-rights/7051-equal-opportunities-for-all-children-non-discrimination-of-lesbian-gay-bisexual-transgender-and-intersex-lgbti-children-and-young-people.html>) où il est indiqué qu'il est important que les mineurs transsexuée puissent obtenir le changement d'état civil sans obstacles.

III. La méconnaissance par le législateur du droit au respect de la vie privée

A. Norme de contrôle : art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : " Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression."

À partir de ce texte, le Conseil a pu énoncer très nettement en 1999 "que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée" (CC, 23 juill. 1996, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, n° 99-416 DC, cons. 45, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99416dc.htm).

Quelques années plus tard, précisant l'application de ce droit au respect de la vie privée en matière de données personnelles, le Conseil a souligné que "la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif" (CC, 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, n° 2012-652 DC, cons. 8, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012652dc.htm et très récemment 21 oct. 2016, *Mme Helen S. [Registre public des trusts]*, n° 2016-591 QPC, §3, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016591qpc.htm).

B. Norme contrôlée : article 56, II

En l'espèce, le législateur est venu introduire dans le code civil une disposition encadrant les règles sur le changement de sexe inscrit sur l'acte de naissance.

Ce faisant, le législateur a prévu l'enregistrement pour l'avenir dans les registres ou bases de données relatives à l'état civil d'une information à caractère personnel : le sexe de l'individu. Or, le législateur n'a pas prévu dans la présente loi les règles relatives à la conservation, consultation et à la communication de ces données, d'où l'idée que le

législateur n'a pas épuisé sa compétence sur cette question et a donc porté atteinte à l'article 2 de la DDHC.

Ceci se trouve conforté par le fait que les différents textes réglementaires organisant la publicité des mentions présentes sur l'acte de naissance (décrets sur les extrait et copie intégrale d'acte de naissance, la carte nationale d'identité, le passeport et le livret de famille), de sorte que la personne transsexuée qui aurait changé de sexe se trouve dans l'impossibilité totale de conserver secrète cette mention lorsque celle-ci n'a pas d'intérêt pour les tiers. Comme cela a pu être démontré ailleurs, mais sur le fondement de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, cette absence totale de possibilité de rendre la mention du sexe facultative, aboutit à une communication bien trop excessive de cette donnée personnelle qu'est le sexe, de sorte qu'il y a bien une atteinte au droit à la vie privée (B. Moron-Puech, *La mention du sexe sur les documents d'identité : Par-delà une binarité obligatoire*, n° 22-31, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403v2>).

Dès lors, en l'absence de disposition législative venant correctement encadrer la manière dont cette mention du sexe sera rendue publique aux tiers, il apparaît nécessaire de déclarer inconstitutionnel l'art. 56, II en ce qu'il exige que la nouvelle mention du sexe soit transcrite sur l'acte d'état civil. Il importe, sauf au législateur à mieux encadrer la communication de cette donnée personnelle aux tiers, de supprimer toute mention du sexe à l'état civil, soit en procédant à une censure partielle de l'article 56, II déferée, soit en procédant à une censure de l'article 57 du code civil en ce qu'il impose la mention du sexe sur l'acte de naissance et cela, en application de la jurisprudence néo-calédonienne évoquée plus haut.