

Un second souffle pour le changement de sexe ?¹

Sophie PARICARD

Professeure à l'Institut National Universitaire Champollion d'Albi

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle constitue une évolution majeure voire une révolution dans l'appréhension de la transidentité tout comme la loi du 17 mai 2013, qui la précède, le fut à l'égard de l'homosexualité.

Il est d'abord important de mesurer le caractère révolutionnaire de la loi du 18 novembre 2016.

Celle-ci a introduit pour la première fois au sein du code civil une section 2 bis au sein du chapitre 2 du Titre II du Livre I^{er} consacrée à « *la modification de la mention du sexe à l'état civil* » contenant plusieurs articles². Cette loi est donc d'abord révolutionnaire sur la forme puisqu'elle vient combler un mutisme législatif largement dénoncé et insérer les dispositions relatives au changement de sexe dans notre code civil.

Mais cette loi est surtout révolutionnaire sur le fond. Elle opère en effet une libéralisation profonde du changement de sexe après une jurisprudence rigoureuse inaugurée en 1992³ qui se fondait sur des critères essentiellement médicaux : diagnostic, traitements médico-chirurgicaux impliquant une stérilisation du transsexuel, comportement social conforme au sexe revendiqué, expertise judiciaire permettant notamment de vérifier la réalisation de ces conditions et notamment celles médicales.

Si la procédure reste judiciaire, les conditions du changement de sexe ont profondément évolué. Cette loi opère en effet une démedicalisation totale du changement de sexe qui fait sauter tout à la fois le verrou du diagnostic du transsexualisme, de l'expertise judiciaire et des traitements médico-chirurgicaux. Le changement de sexe n'est dès lors plus fondé sur les modifications corporelles :

¹ La forme orale a été partiellement conservée.

² C. civ., art. 61-5 à 61-8.

³ Ass. plén., 11 déc. 1992, *JCP* 1993. II. 21991, concl. JEOL, note G. MEMENTEAU ; *Gaz. Pal.* 1993. 1. 180 ; *RTD civ.* 1993. 325, obs. J. HAUSER.

il est désormais largement fondé sur la volonté de la personne. L'art. 61-5 prévoit en effet que « *toute personne [...] qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir modification* ». Les « *principaux de ces faits dont la preuve peut être rapportée par tous moyens* » s'apparentent d'ailleurs à la possession d'état⁴, et même plus précisément à l'apparence sociale choisie par la personne.

En effet, même si les éléments qui caractérisent traditionnellement la possession d'état d'enfant – à savoir le *nomen*, le *tractatus*, la *fama* – se retrouvent également dans les conditions du changement de sexe, c'est avec la particularité importante qu'ils dépendent uniquement de la volonté actuelle de la personne concernée.

Le premier élément tient à ce qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; il fait référence au comportement adopté en société (le *tractatus*). La personne doit donc avoir choisi d'adopter une attitude sociale (habillement, attitudes, discours) propre au sexe revendiqué.

Le deuxième élément consiste à exiger qu'elle soit connue sous le sexe revendiqué, par son entourage familial, amical ou professionnel. Il renvoie ainsi au regard social porté sur la personne (la *fama*) qui suppose que la personne ait décidé de renvoyer cette image sociale.

Le dernier élément, s'apparentant clairement au *nomen*, est que la personne ait demandé et obtenu judiciairement le changement de prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.

La personne concernée maîtrise donc totalement les conditions de la procédure de changement de sexe qui serait donc uniquement fondé sur sa volonté. La loi consacrerait ainsi l'identité de genre définie par l'ONU comme « *l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle de son corps et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* »⁵.

⁴ Philippe Reigné y fait ainsi référence dans le titre même de son article « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI siècle – À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP*, 2016, 1378 ; « *Désormais, la question est abordée sous l'angle de la possession d'état* », F. VIALLA, *D.* 2017. 816. V. également Cl. BERNARD-XEMARD, « La loi du 18 novembre 2016 : un grand pas pour les personnes transgenres ? », *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2017, dossier 7 ; REGINE, *D.* 2017, 935 ; S. PARICARD ; *AJ Fam*, 585.

⁵ « Principes de Yogyakarta. Ces principes ont été dégagés au niveau mondial en 2006 et portent sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.

La circulaire ministérielle de 2017, prise en vue de l'exécution de la disposition législative susmentionnée, affirme en ce sens explicitement que le fondement du changement de sexe est « *la volonté de la personne de se présenter en société comme appartenant au sexe intimement vécu* »⁶.

Cette législation s'inscrit donc dans la nouvelle fonction identitaire de l'état des personnes⁷ et rejoint plus largement le mouvement du libéralisme dit romantique qui « *se propose d'entrevoir en chaque personne son unicité, sa dimension esthétique et émotionnelle* »⁸ et qui tend ainsi, sur le fondement du respect de la vie privée, à ériger la personne en maître absolu d'elle-même.

Est-ce que cette première révolution qu'est le mariage homosexuel a constitué un second souffle pour cette seconde qu'est la protection de l'identité de genre ?

Le second souffle est une « *reprise d'activité, un regain d'énergie* »⁹. Cela signifierait que la loi de 2016 s'inscrirait dans une linéarité initiée par la loi de 2013 comme un second souffle après le premier. Vraisemblablement non. Car, en réalité, si la loi de 2013 a constitué une législation préparatoire, qui a par là même rendu possible la loi de 2016, elle n'en est pas à sa source tant ces législations sont indépendantes l'une de l'autre.

I. Une législation « préparatoire »

La loi de 2013 constitue une législation préparatoire à celle de 2016, d'une part parce qu'elle a amorcé l'assouplissement des conditions de changement de sexe et, d'autre part, car elle a participé à la protection de l'identité de genre.

A. Une amorce de l'assouplissement des conditions

Le changement de sexe avait un effet radical sur le mariage antérieurement conclu : il le métamorphosait en un mariage de deux personnes de même sexe que

⁶ Circ. 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, BOMJ, 31 mai 2017.

⁷ V., sur une telle évolution, D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, L.G.D.J., collection « Bibliothèque de droit privé », T. 327, 2000, 520 pp. ; A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes » *in Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p. 270.

⁸ V. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité – Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, n° 367

⁹ V. *Le Petit Robert*, « Souffle ».

n'autorisait pas la loi française. L'interdiction du mariage homosexuel posait donc une difficulté majeure pour le trans marié.

Pour la doctrine, le mariage ne constituait pas un obstacle au changement de sexe, mais le changement de sexe emportait en principe la caducité du mariage et donc sa disparition automatique¹⁰. En ce sens, le rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques avait proposé l'ajout, dans le Code civil, d'un article selon lequel le juge ordonnant le changement de sexe constaterait la cessation pour l'avenir des effets du mariage¹¹.

Mais, dans le silence des textes, les tribunaux se montraient généralement hostiles au changement de sexe d'une personne mariée et l'incitaient à divorcer pour pouvoir changer de sexe¹².

Seules quelques décisions avaient autorisé un changement de sexe malgré le mariage, créant par ailleurs une rupture d'égalité entre les citoyens. La Cour d'appel de Caen avait en 2003 ainsi autorisé le changement de sexe d'une personne mariée en considérant que « *l'ordre public n'est pas affecté et troublé par la coexistence chez une même personne [...] d'une appartenance au sexe féminin et du statut de conjoint d'une femme* »¹³.

La Cour d'appel de Rennes, en 2012, dix ans plus tard, avait également autorisé le changement de sexe alors même que le transsexuel était marié. Elle se fondait principalement sur la validité du mariage et constatait parallèlement qu'en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *le choix de poursuivre la vie commune relève d'un choix privé dans lequel elle n'a pas à intervenir* »¹⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme était et reste pourtant timide sur ce point. Elle considère que le sort du mariage antérieur du transsexuel relève de

¹⁰ J. HAUSER, *RTD Civ.* 2001, 335 ; F. TERRÉ – D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz 2005, 7^{ème} éd., n° 150 ; Ph. MALAURIE – H. FULCHIRON – *Droit civil, La famille*, Defrénois, 3^{ème} éd. 2009, n° 170.

¹¹ F. TERRÉ (dir.), *Le droit de la famille*, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, P.U.F., collection « Cahier des sciences morales et politiques », 2002, 93 pp., spéc. p. 16.

¹² TGI Besançon, 19 mars 2009, *Droit de la famille* mars 2011, com. 33, Ph. REIGNÉ, *RTD civ* 2011, 326, obs. J. HAUSER ; TGI Brest, 15 déc. 2011, n° 11/00975 : JCP 2012, note 189, J. DUBARRY.

¹³ Ainsi le TGI puis la Cour d'appel de Caen ont été saisi d'une demande de changement de sexe, alors que le transsexuel et son conjoint désiraient rester mariés. Le ministère public s'est opposé à la rectification et a été suivi par les juges de premier ressort mais pas par la Cour d'appel, TGI Caen, 9 janvier 2003, CA 12 juin 2003, non publiés, cités par L. MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Droit de la famille*, 2005, ch .18, n° 6, p. 8.

¹⁴ CA Rennes, 16 oct. 2012, n° 11/08743 : *D.* 2013, 156, note S. PARICARD.

la marge nationale d'appréciation des États¹⁵. Elle l'a rappelé en 2014 dans un arrêt de Grande Chambre, jugeant que la loi finlandaise qui subordonne la reconnaissance du changement de sexe d'un transsexuel à la transformation de son mariage antérieur en un partenariat civil n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention¹⁶.

La loi de 2013 a donc supprimé une des conditions implicites du changement de sexe, l'absence de mariage, et a ainsi incontestablement amorcé un assouplissement des conditions du changement de sexe. Au-delà, ce mouvement de légitimation du couple homosexuel a participé à la protection de l'identité de genre.

B. Une participation à la protection de l'identité de genre

Longtemps considérée comme une déviance, l'homosexualité a suscité une stigmatisation qui s'est étendue au phénomène de la transidentité.

La loi n° 2022-92 du 31 janvier 2022, « *interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne* », témoigne de cette assimilation dans la déviance. C'est en effet, en vertu de théories qui assimilent tant l'homosexualité que la transsexualité à des maladies, que ces pratiques ont pour finalité de traiter l'individu par une intervention sur son corps (électrochocs, lobotomie, traitement hormonal) ou sur son esprit (exorcisme, retraite religieuse ou spirituelle, hypnose).

Homosexualité et transidentité ont ainsi été longtemps confondues et le combat se poursuit encore contre ces idées d'un autre âge, mais, en droit, la protection de l'orientation sexuelle, qui trouve son point d'orgue dans la loi de 2013, a incontestablement participé à la protection de l'identité de genre. La dépathologisation de l'homosexualité en 1992 a ainsi précédé celle du transsexualisme en 2010.

Si l'on remonte plus loin, c'est la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 qui crée au sein du code pénal le cadre général de la répression des discriminations, entendues au sens de la discrimination directe « *en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance d'une personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Cette incrimination de la discrimination s'étend ensuite progressivement aux discriminations à raison du sexe et de la situation de famille avec la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, puis à raison des mœurs en 1985.

¹⁵ Cour EDH, 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni* (affaire n° 28957/95) ; Cour EDH, 28 nov. 2006, *Parry c/ Royaume-Uni* (affaire n° 42971/05).

¹⁶ Cour EDH, Grande Chambre, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande* (affaire n° 37359/09).

C'est au début des années 2000 que les lois encadrant les crimes et incidents de haine en raison de l'orientation sexuelle se sont principalement structurées. Avec la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, les discriminations sont redéfinies et la notion d'« *orientation sexuelle* » apparaît à cette occasion

L'orientation sexuelle est désormais une discrimination bien identifiée fondée sur le désir sexuel qui a pu laisser place progressivement à une autre discrimination fondée sur l'identité sexuelle apparue avec la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, remplacée par la discrimination relative à l'identité de genre.

La notion d'« *identité sexuelle* » a en effet été considéré comme trop liée à la sexualité, et remplacée par celle d'« *identité de genre* » par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. Il s'agissait justement de bien distinguer ce qui était autrefois confondu : la sexualité et l'identité. Cette notion d'« *identité de genre* » a ensuite connu une progression rapide tant au sein du code pénal¹⁷ que dans d'autres codes afin d'étoffer la protection des droits fondamentaux de la personne¹⁸.

Cette évolution fut fondamentale car la loi protège désormais la personne non plus seulement au regard de son orientation sexuelle mais également sur un aspect essentiel de son identité, l'identité de genre. La légitimation du couple homosexuel, point final de cette protection de l'orientation sexuelle, a donc incontestablement participé à légitimer la protection de l'identité de genre.

Si la loi de 2013 a préparé la loi de 2016, elle n'a cependant pas constitué une impulsion majeure. Il s'agit de deux législations indépendantes.

¹⁷ V. par exemple l'article 226-19 du code pénal qui, depuis la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017, incrimine le fait de « *conserver en mémoire informatisée, sans le consentement exprès de l'intéressé, des données à caractère personnel qui [...] sont relatives [...] à l'identité de genre de la personne* ». V. également l'article 222-13 relatif aux violences qui incrimine notamment celles commises à raison de l'identité de genre vraie ou supposée de la victime depuis la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 ; V. aussi l'art. 132-77 qui aggrave la peine d'un crime ou d'un délit lorsque des circonstances établissent qu'ils ont été commis en raison de l'identité de genre de la victime depuis la loi du 27 janvier 2017.

¹⁸ V. Par exemple le nouvel article L. 711-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile modifié en ce sens par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 qui précise dans son alinéa 2 que « *s'agissant des motifs de persécution, les aspects liés [...] à l'identité de genre [...] sont dûment pris en considération* ». V. également l'article 2-6 du code de procédure pénale issu de la loi du 27 janvier 2017.

II. Deux législations indépendantes

La loi de 2016 a une origine bien identifiée, qui n'est pas la loi de 2013 mais la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De même, la loi du 2 août 2021, considérée à juste titre comme l'acte II du mariage pour tous en ce qu'elle ouvre l'AMP aux couples de femmes, ne l'ouvre absolument pas aux trans, confirmant que ces deux législations sont bien indépendantes.

A. L'origine de la loi de 2016 : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La France a une histoire spécifique sur cette question du transsexualisme, qui s'est répétée avec la loi nouvelle, laquelle n'a aucun lien avec la législation relative au mariage pour tous. La loi de 2016 trouve son origine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Rappelons que la France est le premier État à avoir été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹. Cette instance s'est appuyée de façon très concrète sur les caractéristiques du système français (nécessité d'obtenir une décision judiciaire pour la rectification de l'état-civil, mention du sexe sur de nombreux documents, numéro d'identification INSEE). La France a dû réagir de façon précipitée pour éviter une nouvelle condamnation. La Cour de cassation a donc opéré un revirement, solution la plus rapide et la plus simple, ayant malheureusement en quelque sorte neutralisé la possibilité de débattre de ce problème au sein du Parlement et peut-être « *dans l'espoir secret de ne plus jamais entendre parler de ce genre d'affaires* »²⁰.

Bien des années plus tard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à laquelle des pressions internationales et internes se sont ajoutées, est de nouveau à l'origine de la dernière évolution juridique sur cette question, puisque les quelques dispositions de la loi de 2016 ont été ajoutées par le biais d'amendements et votés dans une précipitation largement dénoncée²¹ afin d'éviter une condamnation de la France.

La réflexion à propos de la réassignation sexuelle exigée par la Cour de cassation a en effet rejoint un autre débat, très sensible, celui de la stérilisation

¹⁹ Cour EDH, 25 mars 1992, *Botella c/ France* (affaire n° 13343/87), *JCP* 1992. II. 21955, note T. GARÉ ; *D.*1993. 101, note J. P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 1992, obs. J. HAUSER.

²⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, PUF, coll. « Thémis Droit », 21^{ème} édition, 1996, 423 pp., n° 79.

²¹ V par ex. A. MARAIS, *Droit des personnes*, Cours Dalloz, 4^{ème} éd., 2021 n° 195.

forcée notamment dénoncée à l'égard des femmes roms²². En effet la réassignation sexuelle totale tout comme l'ablation des organes génitaux entraîne la stérilisation des transsexuels, contrairement à la seule hormonothérapie. Et cette stérilisation définitive comme condition préalable au changement de sexe a été critiquée par différents organes du Conseil de l'Europe tels le Comité des ministres²³, l'Assemblée Parlementaire²⁴, et le Commissaire aux droits de l'homme qui a même clairement recommandé d'abolir la stérilisation en tant que condition nécessaire au changement de sexe²⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu à cet égard un arrêt important en 2015²⁶, qui a conduit la France à évoluer.

La question qui était spécifiquement posée était de savoir s'il était conforme à la Convention et plus spécialement à son article 8 de poser, comme condition à une intervention chirurgicale de conversion sexuelle, la stérilité du transsexuel.

La Cour n'estime d'abord pas nécessaire de se prononcer sur l'accessibilité éventuelle du requérant à la stérilisation, considérant que « *le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements* » (§ 119). Elle semble donc hostile à toute obligation en ce sens.

De plus, elle restreint la marge d'appréciation des États en la matière. D'une part elle affirme qu'elle « *est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre 'intime' qui lui sont reconnus* » (§ 101). D'autre part, elle prend soin de relever que ce qui importe est moins « *l'absence d'éléments indiquant un consensus européen [...] que l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale* ». Et la Cour prend bien soin de relever cette évolution internationale en faveur de la suppression de la condition de stérilité.

²² V. par ex Cour EDH, 28 avril 2009, *C. c/Slovaquie* (affaire n° 18968/07); v. aussi OMS, "Eliminating forced, coercive and otherwise, involuntary sterilization. An interagency statement", 2014, 36 pp..

²³ Recommandation CM/Rec(2010)542 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, point 20-21.

²⁴ Résolution 1728 (2010) - Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, point 16.11.2.

²⁵ Rapport du Commissaire aux droits de l'homme « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », 2011, points 2 et 4 ; V. aussi, Rapport du Commissaire aux droits de l'homme « Droits de l'homme et identité de genre », 2009.

²⁶ Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y c/Turquie*, (affaire n° 14793/08).

C'est donc bien l'anticipation d'une condamnation de la France par la Cour EDH qui a conduit à légiférer, d'autant plus qu'un recours était alors pendant. La condamnation n'a d'ailleurs pas manqué de venir après le vote de la loi de 2016²⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué dans son arrêt du 6 avril 2017 que « *conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants – ou qui produit très probablement un effet de cette nature – qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantissent non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention* ».

Le respect de l'intégrité corporelle constitue dès lors l'apport majeur des dispositions du code civil issues de cette loi. Une disposition spéciale, l'article 61-6 al. 3, prévoit, afin de le garantir que « *le fait de ne pas avoir subi de traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ».

Or les conséquences du respect de l'intégrité corporelles du trans sont considérables à l'heure où la Cour de cassation rappelle que la binarité sexuelle est au fondement de notre ordre juridique²⁸ : une femme peut avoir conservé un corps d'homme et inversement un homme peut avoir conservé un corps de femme et accoucher.

Pourtant, alors que l'interdiction de la stérilisation forcée a été le vecteur essentiel de la loi de 2021, la parenté biologique transidentitaire est refusée dans l'AMP.

B. L'absence d'ouverture de l'AMP aux trans

Alors que la loi bioéthique est parfois considérée comme l'Acte II du mariage pour tous en ce qu'elle ouvre l'AMP aux couples de femmes, elle ne l'ouvre pas aux personnes trans, bien au contraire.

²⁷ Cour EDH, 6 avril 2017, *A. P., Garçon et Nicot c/ France* (affaires n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13), § 120 ; *D.* 2017. 1027, note J.-P. VAUTHIER – F. VIALLA ; *ibid.* 994, point de vue B. MORON-PUECH ; *AJ fam.* 2017. 299, obs. F. VINEY ; *RTD civ.* 2017. 350, obs. J. HAUSER.

²⁸ Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17189, *D.* 2017. 1399, note J.-P. VAUTHIER – F. VIALLA et 1404, note B. MORON-PUECH ; *AJ fam.* 2017. 354, obs. J. HOUSIER et 329, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2017. 607, obs. J. HAUSER *JCP* 2017. 696, Avis M. INGALL-MONTAGNIER, et 716, obs. M. GOBERT.

À l'égard des personnes trans, le choix a été fait de ne pas inclure de clause de non-discrimination liée à l'identité de genre²⁹, de ne pas préciser « *que le changement de sexe ne fait pas obstacle à l'accès à l'assistance médicale à la procréation* »³⁰, et surtout de ne se saisir que de la mention du sexe inscrite à l'état-civil. Certes, comme l'indique le gouvernement « *dans la vie civile, seule l'identité indiquée à l'état civil d'une personne est prise en compte* »³¹, mais cette « *affirmation est d'une simplicité trompeuse* »³². C'est un véritable choix politique d'exclusion des personnes trans.

La femme trans semble devoir être la première concernée par la réforme. Pourtant, lorsqu'elle est seule ou en couple avec un homme cisgenre³³, elle en est exclue car le recours à l'AMP supposerait une gestation pour autrui.

En couple avec une femme cisgenre, seule cette dernière peut assurer la gestation de l'enfant, mais la femme trans pourrait-elle fournir ses gamètes ? L'Assemblée nationale a clairement manifesté son refus en retirant une disposition l'autorisant³⁴. Il ne semble donc pas certain que les CECOS utilisent les spermatozoïdes de la femme trans³⁵. Pourtant, sa situation est en tout cas en tout point semblable à celle de l'homme cisgenre sur le terrain de la procréation (utilisation des spermatozoïdes) et de la filiation (filiation fondée sur la volonté). Le traitement différent de la femme trans, c'est-à-dire le refus de son apport de spermatozoïdes constituerait probablement une discrimination fondée sur le sexe³⁶.

L'homme trans conserve quant à lui la capacité de remplir la fonction de gestation et son accès devrait être plus large en ce qu'il ne s'inscrit pas dans l'interdiction de la gestation pour autrui.

²⁹ V. M. MESNIL, « Les angles morts de la bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p. 790, spéc. note 6.

³⁰ Les amendements en ce sens ont tous été rejetés : amendement n° 2027, rejeté par l'Ass. nat. en 1^{re} lect., *Compte rendu*, 1^{re} séanc. 26 sept. 2019 ; amendements n° 487, n° 907 et n° 1396, rejetés par l'Ass. nat., en 2^e lecture, *Compte rendu*, 2^e séanc. 28 juill. 2020.

³¹ Cité par A. MARAIS, « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick BATTEUR*, LGDJ, 2021, n° 46.

³² A. MARAIS, *Droit des personnes*, op. cit., n° 66

³³ Le terme « cisgenre » renvoie à la situation d'une personne qui s'identifie au genre qui lui a été attribué à la naissance à partir, notamment, de l'apparence extérieure de ses organes génitaux.

³⁴ La commission spéciale de l'Assemblée nationale, chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, en 2^e lecture avait permis à un couple de femmes de « recourir, quand cela est possible, à l'utilisation des gamètes **des membres du couple** ou de l'un ou l'autre des membres du couple, après avis de l'équipe clinico-pluridisciplinaire » (proj. art. L. 2141-3 CSP).

³⁵ En ce sens M. MESNIL, « Les angles morts de la bioéthique en matière d'AMP », *ibid.*, p. 794.

³⁶ V. A. MARAIS, « Procréer un enfant après avoir changé de sexe », *ibid.*

À la seule lecture de l'article L 2142-1 du Code de la santé publique qui se réfère uniquement au sexe inscrit à l'état-civil³⁷, l'homme trans non marié ne peut pourtant accéder à l'AMP s'il est seul ou en couple avec un homme³⁸. Une QPC a bien été déposée, considérant notamment qu'une telle exclusion portait atteinte au principe d'égalité et serait également contraire à la liberté personnelle et au droit de mener une vie familiale normale. Mais le Conseil constitutionnel a jugé que « *la différence de situation entre les hommes et les femmes au regard des règles de l'état-civil pouvait justifier une différence de traitement* » et « *qu'il n'appartenait pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur* »³⁹.

Finalement, seul un homme trans en couple avec une femme cisgenre peut y avoir accès. Mais cet accès est en réalité une impasse biologique car il ne semble pas que son corps puisse remplir une fonction dans l'engendrement de l'enfant.

Sa fonction exclusivement gestationnelle dans l'engendrement de l'enfant ne paraît guère pouvoir être accueillie comme l'a indiqué le gouvernement dans le cadre des travaux préparatoires : l'homme trans « *pourra [...] avoir accès [à l'AMP] s'il est en couple avec une femme, cette dernière portant l'enfant après insémination ou transfert de l'embryon* »⁴⁰. La maternité doit rester « *fondée sur l'accouchement d'une femme* »⁴¹.

La conclusion est claire : la personne trans n'est pas autorisée par la loi à se reproduire biologiquement par le biais de l'AMP, contrairement aux femmes homosexuelles. Le législateur maintient ainsi comme « *impensé* » les figures d'« *une paternité féminine* » ou « *une maternité masculine* »⁴². La protection de

³⁷ L'AMP est ouverte à « *tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation* ».

³⁸ Sur les débats parlementaires attestant de la connaissance d'une telle exclusion, V. L. CARAYON, « *Personne trans et loi de bioéthique : histoire d'un silence* » *AJ Famille*, 2021, p. 543 ».

³⁹ CC, décision n° 2022-1003 QPC du 8 juillet 2022, *Association Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles* [Accès à l'assistance médicale à la procréation] *RTD Civ.* 2022, 874, obs. A.-M. LEROYER ; *AJ Famille* 2022, 435, note M. MESNIL et obs. S. PARICARD ; *ibid.* 401, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dr Fam* 2022, n° 10, 160, obs. J.-R. BINET.

⁴⁰ A. TAQUET, Discussion en séance publique sur les amendements, Ass. nat., 2^e lecture, Compte rendu 2^e séanc. 28 juill. 2020 ; voir déjà, A. BUZIN, in Rapport de la Commission spéciale chargée d'examiner le Projet de loi relatif à la bioéthique, 14 sept. 2019, Ass. nat. n° 2243, T. 1, Audition des ministres, p. 59.

⁴¹ A. MARAIS, « *Sexe, mensonge et quiproquo - À propos de la filiation d'un enfant procréé par un couple de même sexe* », *JCP*, 2019, doctr. 1237.

⁴² A.-M. LEROYER, *RT* 2020, p. 867. V. aussi C. FRAÏSSE, « *Les figures d'un « père-mère »* », in L. HERAULT (dir.), *La parenté transgenre*, 2014, p. 215 et s.

l'identité de genre ne s'étend pas encore, comme désormais l'orientation sexuelle, à la parenté.