Document généré le 13/10/2026 18:39

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

RDUS

CHANGEMENT DE LA MENTION DU SEXE ET ÉTAT CIVIL AU QUÉBEC : CRITIQUE D'UNE APPROCHE LÉGISLATIVE ARCHAÏQUE

Marie-France Bureau et Jean-Sébastien Sauvé

Volume 41, numéro 1, 2011

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1107315ar
DOI : https://doi.org/10.17118/11143/10294

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)
2561-7087 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Bureau, M.-F. & Sauvé, J.-S. (2011). CHANGEMENT DE LA MENTION DU SEXE ET ÉTAT CIVIL AU QUÉBEC : CRITIQUE D'UNE APPROCHE LÉGISLATIVE ARCHAÏQUE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, *41*(1), 1–50. https://doi.org/10.17118/11143/10294

Résumé de l'article

Dans cet article, les auteurs exposent les conditions pour obtenir la modification de la mention du sexe au Québec et dans certains pays européens, tout en critiquant les différentes approches. Après s'être interrogés sur la pertinence, l'utilité et la nécessité de la mention du sexe, ils proposent d'assouplir le passage d'une catégorie de sexe à l'autre en adoptant l'autodétermination du genre comme modèle de procédure de changement de la mention du sexe, tout en prenant soin de décrire et critiquer les obstacles symboliques et juridiques qui s'opposeraient à un tel modèle.

Tous droits réservés © Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2023

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

ARTICLE

CHANGEMENT DE LA MENTION DU SEXE ET ÉTAT CIVIL AU QUÉBEC : CRITIQUE D'UNE APPROCHE LÉGISLATIVE ARCHAÏQUE

par Marie-France BUREAU*
Jean-Sébastien SAUVÉ**

Dans cet article, les auteurs exposent les conditions pour obtenir la modification de la mention du sexe au Québec et dans certains pays européens, tout en critiquant les différentes approches. Après s'être interrogés sur la pertinence, l'utilité et la nécessité de la mention du sexe, ils proposent d'assouplir le passage d'une catégorie de sexe à l'autre en adoptant l'autodétermination du genre comme modèle de procédure de changement de la mention du sexe, tout en prenant soin de décrire et critiquer les obstacles symboliques et juridiques qui s'opposeraient à un tel modèle.

In this article, the writers set out and comment the conditions necessary for obtaining a change of sex designation in birth certificates, not only under Quebec law but also in other jurisdictions. After calling into question the relevance and usefulness of including sex designation in official documentation relating to a person's identity, the writers recommend a more flexible approach to a change of sex designation and suggest gender self-identification as a measure to be utilized. The writers also discuss the legal as well as the symbolic obstacles to this novel approach under present Quebec civil law.

*. Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
** . Avocat et étudiant à la maîtrise en droit à l'Université de Montréal. Les auteurs tiennent à remercier madame Édith Guilhermont pour le soutien qu'elle a fourni lors de la recherche initiale, de même que les différents lecteurs pour leurs précieux commentaires.

SOMMAIRE

Introduction 3
Partie I : La modification de la mention du sexe 5
A. La procédure au Québec 9
i. La différence entre la procédure de changement de la mention du sexe et la procédure de rectification d'un acte de l'état civil 9
ii. La procédure de changement de la mention du sexe 10
B. La Belgique et la France comme exemples d'approche « traditionnelle » 18
i. La Belgique 18
ii. La France 20
C. L'Espagne et le Royaume-Uni comme exemples de législations de seconde génération 24
i. L'Espagne 24
ii. Le Royaume-Uni 25
Partie II : Vers une modification des conditions du changement de la mention du sexe 29
A. La notion de sexe en droit, une notion encore pertinente, utile et nécessaire? 30
B. Les obstacles symboliques à l'autodétermination du genre 34
i. La conservation de la mention du sexe dans l'ordre juridique québécois 34
C. Les obstacles juridiques à l'autodétermination 38
i. Les droits et obligations différentiels en fonction du sexe 39
ii. La reconnaissance du genre vécu 41
iii. Les conflits entre l'autodétermination du genre et la protection d'autres intérêts 44
Conclusion 47

> *Car si ce sexe 'hors sexes', ni masculin ni féminin, masculin et féminin, 'mixte', 'intermédiaire' ou 'neutre' s'est construit à partir des deux autres, il a provoqué en retour, et rendu inévitable, l'ouverture d'une réflexion sur la définition du genre et des sexualités - Ce n'est qu'après la consolidation du mot 'homosexualité' par exemple, que celui 'd'hétérosexualité', devenu nécessaire, entre en circulation. En d'autres termes, le troisième sexe oblige les deux autres à se penser. Il remet en question les normes, et en crée de nouvelles.*
>
> Laure MURAT, *La loi du genre. Une histoire culturelle du troisième sexe*, Paris, Fayard, 2006, p 398.

Introduction

Cette étude a pour but d'examiner de façon critique les conditions posées par le droit québécois pour obtenir le changement de la mention du sexe à l'état civil. Notre propos sera présenté en deux parties.

La première partie sera consacrée à la modification de la mention du sexe à l'état civil. Nous analyserons dans un premier temps la notion de sexe en droit québécois et les conditions posées par le législateur pour obtenir un changement de la mention du sexe à l'acte de naissance. Dans un deuxième temps, nous porterons un regard sur la situation à l'étranger. Nous nous arrêterons d'abord sur les modèles belges et français – qui sont comparables au modèle québécois – et nous qualifierons cette approche normative de « traditionnelle ». Nous la critiquerons en raison de l'importance accordée à la fois à la chirurgie et au diagnostic médical. Les lourdes conditions devant actuellement être respectées pour obtenir la modification de la mention du sexe posent, selon nous, un problème de cohérence dans l'ordre juridique, notamment au regard du droit à l'égalité, du droit à l'intégrité physique

et du droit à la liberté d'expression. Le sexe des individus, de même que leurs capacités intellectuelles ou reproductives ne devraient plus être des critères pertinents quant à l'accès aux institutions et à la protection de la loi dans une société égalitaire et démocratique. Afin d'évaluer la pertinence de subordonner le changement de la mention du sexe à l'état civil à des considérations anatomiques, chirurgicales et même psychiatriques, il convient d'examiner l'évolution du droit dans d'autres domaines tels que celui de la famille ou de la santé. Cependant, l'approche traditionnelle n'est pas l'unique modèle observable dans le monde. À vrai dire, le cadre législatif espagnol et britannique offre un peu plus de souplesse quant aux conditions requises pour obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil. Nous désignerons ces législations de « lois de seconde génération ». Il est à noter que notre but ne sera pas de présenter une analyse exhaustive de la situation des pays mentionnés ci-dessus, mais de situer le modèle québécois dans un contexte occidental plus large.

Dans la deuxième partie, nous proposerons une réflexion sur la pertinence du maintien d'un contrôle médical pour l'obtention d'un changement de la mention du sexe à l'état civil. Tout en tenant pour acquis que la mention du sexe est toujours essentielle à l'identification juridique des personnes – ce dont il est possible de douter – nous nous demandons quels seraient les obstacles à ce que les personnes puissent choisir elles-mêmes la mention de leur sexe à l'état civil afin de la rendre conforme à leur identité de genre. Autrement dit, nous examinerons s'il existe des raisons valables pour refuser aux personnes trans[1] la possibilité de s'autodéfinir.

---

1. Nous avons choisi d'éviter autant que possible le terme « transsexuel » qui est souvent utilisé dans le discours médico-légal en référence à une condition psychiatrique. Nous préférons un terme plus générique et inclusif, soit « trans ». Nous l'utiliserons de façon interchangeable avec d'autres, comme ceux de personnes « transgenres » ou « transidentifiées ». Nous ferons également parfois référence aux acronymes « MtF » (male to female) ou « FtM » (female to male), qui désignent respectivement le passage d'un genre masculin à féminin et d'un genre féminin à masculin. Notre but est d'utiliser un langage qui permet d'englober tant les personnes qui ont subi des traitements de réassignation sexuelle que

Partie I : La modification de la mention du sexe

En sociologie, « [l]e « sexe » renvoie à la distinction biologique entre mâles et femelles, tandis que le « genre » renvoie à la distinction culturelle entre les rôles sociaux, les attributs psychologiques et les identités des hommes et des femmes »[2]. La notion de sexe n'est toutefois pas définie en droit québécois. Aucune loi ne délimite précisément cette notion même si on y fait abondamment référence, notamment au *Code civil du Québec*[3], dans lequel le sexe constitue l'un des éléments permettant l'identification et l'individualisation de la personne. En ce sens, il forme l'une des composantes de l'état civil.

Comme nous le verrons plus loin, aux fins de l'état civil québécois, le sexe semble correspondre à une distinction binaire entre masculin et féminin (mâle ou femelle) en fonction de critères morphologiques. À la naissance, le médecin constate le sexe appa-

---

d'autres qui, ayant ou non subi des traitements médicaux de divers ordres, ne se conforment pas au stéréotypes liés à leur sexe de naissance. Ces questions d'identification du sexe touchent également les personnes dites « intersexuées », que l'on qualifiaient auparavant d'hermaphrodites, terme qui est maintenant tombé en désuétude. L'intersexualité, aussi appelée intersexuation ou ambiguïté sexuelle, est l'état d'une personne dont les organes génitaux sont difficiles ou impossibles à définir comme mâles ou comme femelles selon les standards habituels. Cependant, cet article ne traitera pas des problématiques liées aux personnes intersexuées en tant que telles, mais plusieurs de nos réflexions vont dans le sens des revendications des groupes représentant ces personnes et militant pour davantage de fluidité dans la catégorisation des sexes. Pour un aperçu des revendications des personnes intersexuées aux Etats-Unis, le lecteur pourra consulter les articles suivants : Laura HERMER, « Paradigms Revised : Intersex Children, Bioethics and the Law », (2002) Annals Health L 195 et Nancy EHRENREICH et Mark BARR, « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices" », 40 Harv CR-CLL Rev 71.

2. Laure BERENI et al., *Introduction aux Gender Studies*, Bruxelles, De Boeck Université, 2008, p.17, citant Ann OAKLEY, *Sex, Gender and Society*, London, Maurice Temple Smith Ltd, 1972. Il est toutefois important de souligner que la définition de l'identité de genre est toujours controversée et celle-ci peut donc différer d'un auteur à l'autre.

3. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64.

rent de la personne. C'est la mention correspondant à ce sexe constaté qui figurera à l'acte de naissance et dans tous les documents d'identification de la personne.

Dans la *Charte des droits et libertés de la personne*[4], le sexe fait partie de la liste des motifs de discrimination illicites. À cet effet, la protection offerte dépasse largement la notion de « sexe » que nous avons explicité ci-haut, comme une analyse de la jurisprudence nous permet de le constater. Par exemple, dans *ML et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c Maison des jeunes*[5], le Tribunal des droits de la personne du Québec a jugé que le transsexualisme ou le processus d'unification des critères sexuels disparates est inclus dans l'expression « sexe » de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*[6]. Au soutien de sa conclusion, le Tribunal, après avoir étudié l'état du droit à l'étranger, a conclu que « […] le sexe non seulement s'entend de l'état d'une personne mais encore comprend le processus même d'unification, de transformation que constitue le transsexualisme.»[7]

De manière semblable, le terme « sexe » énoncé à la *Charte canadienne des droits et libertés*[8], reçoit une interprétation large et évolutive. La Cour suprême du Canada a ainsi reconnu dans l'affaire *Brooks*[9] de 1989 que la discrimination fondée sur la grossesse représentait une discrimination fondée sur le sexe. Divers tribunaux ont, en ce sens, reconnu que la discrimination fondée sur l'allaitement était comprise dans la discrimination fondée sur le sexe[10].

---

4. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art 10.
5. *ML et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec* c. *Maison des jeunes*,[1998] R.J.Q. 2549.
6. *Id.*, nº 113-114.
7. *Id.*, nº 111.
8. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U)], art.15.
9. *Brooks* c. *Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 R.C.S. 1219.
10. Par exemple, on pourra lire les décisions *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Lee*, [2005] R.J.Q. 2807 (TDPQ);

Comme le Tribunal des droits de la personne du Québec le mentionnait dans l'affaire *ML* :

> Que ce soit sous l'égide de l'article 15(1) de la Charte canadienne ou sous celui de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés du Québec*, le terme "sexe" a donc beaucoup plus qu'une valeur taxinomique et montre les grandes insuffisances du modèle binaire à propos d'une classification qui a pu passer pour l'archétype du modèle lui-même.[11]

On comprend alors que le sens donné au terme « sexe » dans la *Charte des droits et libertés de la personne* et dans la *Charte canadienne des droits et libertés* est donc beaucoup plus large que la définition proposée d'entrée de jeu, soit que « le « sexe » renvoie à la distinction biologique entre mâles et femelles »[12]. Cependant, malgré cet élargissement apparent de la notion dans le contexte des droits et libertés au Canada, le sexe demeure une catégorie fixe et binaire aux fins de l'état civil québécois[13].

De son côté, le *Code civil du Québec* renvoie à plusieurs reprises à la notion de sexe dans le chapitre intitulé « Du registre et des actes de l'état civil ». La mention du sexe est, en outre, obligatoire sur le constat de naissance (111 al. 2 C.c.Q.), sur la déclaration de naissance (115 al. 1 C.c.Q.), sur la déclaration de naissance d'une personne qui recueille ou garde un nouveau-né (116 al. 2 C.c.Q.), sur le constat de décès (124 C.c.Q.) et sur la déclaration de décès (126 C.c.Q.). Le *Code civil du Québec* ne propose cependant aucune définition du terme « sexe ».

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Montréal (Ville de), 2003 CanLII 33420 (TDPQ); *Poirier c British Columbia (Ministry of Municipal Affairs, Recreation and Housing)*, [1997] BCHRTD 14.

11. *ML et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec* c. *Maison des jeunes* , préc., note 5, par.110.
12. L. BERENI et al, préc., note 2, p. 17.
13. Pour une synthèse critique de la jurisprudence canadienne sur le changement de sexe à l'état civil, voir Shauna LABMAN, « Left in Legal Limbo : Transsexual Identity and the Law » (2001) 7 Appeal 66.

À notre avis, le « sexe » auquel fait référence le *Code civil du Québec* ne renvoie qu'à la condition « physique », c'est-à-dire aux composantes anatomiques, génétiques et hormonales. Lors de la confection du constat de naissance, l'accoucheur déterminera cependant le sexe de l'enfant à la vue de ses organes génitaux. Si, cet examen ne permet pas de déterminer le caractère masculin ou féminin des organes génitaux de l'enfant, des tests médicaux seront effectués. Les juristes Deleury et Goubeau expliquent qu'« un bilan cytogénétique (caryotype) permettra d'établir le véritable sexe de l'enfant, le sexe génétique, pour sa part, étant immuable»[14]. Si la notion même de sexe véritable ou d'immuabilité du sexe nous semble problématique d'entrée de jeu, disons simplement pour l'instant que dans l'état actuel du droit, l'identité de genre ne peut, à elle seule, justifier une demande de changement de la mention du sexe à l'acte de naissance. Nous considérons donc que la notion de « sexe » utilisée dans *Code civil du Québec* ne renvoie qu'à la condition physique et nullement aux conditions psychiques ou sociales.

Toutefois, comme l'énonçaient Nerson et Rubellin, « en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »[15]. L'enfant naissant intersexué est nécessairement rattaché au sexe masculin ou féminin[16]. En droit civil québécois, le sexe est donc binaire, et ce même droit s'assure que toutes les personnes soient monosexuées, autrement dit qu'elles appartiennent à l'une ou l'autre des catégories de sexe de façon à limiter toute forme d'ambigüité[17].

---

14. Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, no 272.
15. R. Nerson et J. Rubellin, « État civil et changement de sexe », (1981) *RTDC* 840, 841.
16. Deleury et Goubeau, préc., note 14, no 273 et 298 et suiv.
17. Laurence Hérault explique bien cette logique :
    Dans le programme de transsexualisation, il semble, en effet, que la stérilisation définitive des corps entraîne une perte de qualification et donc une exclusion de la sexuation d'origine, et ce contrairement aux stérilisations thérapeutiques (ou même aux stérilités pathologiques) qui ne sont guère plus que des « handicaps » mais ne changent en rien la détermination sexuelle des corps. L'important n'est pas tant, en définitive, que les corps opérés disposent de toutes les propriétés des corps femelle/mâle mais qu'ils ne soient pas ambigus : on les souhaite finalement plus *con-*

A. La procédure au Québec

i. La différence entre la procédure de changement de la mention du sexe et la procédure de rectification d'un acte de l'état civil

La procédure de changement de la mention du sexe se distingue de la procédure de rectification d'un acte de l'état civil. En effet, la procédure de changement de la mention du sexe trouvera application lorsque les caractéristiques physiques d'une personne sont en harmonie avec la mention inscrite à son acte de naissance, mais qu'elle éprouve le vif sentiment d'appartenir au sexe opposé. Les articles 71 et suivant du *Code civil du Québec* s'appliqueront et nous y reviendrons plus loin.

Quant à elle, la procédure de rectification d'un acte de l'état civil est prévue aux articles 141 et suivant du *Code civil du Québec*. On y aura recours dans l'éventualité où une erreur se serait glissée dans la confection d'un acte de l'état civil. Comme l'énoncent les juristes Deleury et Goubeau:

---

formistes que conformes. Ainsi, que ces corps soient stériles, ou bien qu'il leur manque un pénis ou autre chose, importe peu dans la mesure où cela ne les distingue en rien des corps non-transsexualisés identiquement qualifiés et comparablement « déficients ». En revanche, il est essentiel qu'ils ne soient pas indécis, cumulant des organes ou des propriétés jugés incompatibles. En ce sens, la procédure hormono-chirurgicale proposée construit de manière spécifique des corps *ordinaires* (c'est-à-dire monosexués) venant légitimer et stabiliser une différence des sexes dont on l'accuse parfois, et sans doute à tort, de vouloir s'affranchir.

Tiré de Laurence HÉRAULT, « Constituer des hommes et des femmes : La procédure de transsexualisation » (2004) 42 Terrain (nº 24). Il est par ailleurs intéressant de porter attention au préambule et à l'article 50.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. En effet, on lit, dans le préambule : « Considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix» et à l'article 50.1 « Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes » (nos soulignements).

> Dans la mesure cependant où le sexe génétique aura été déterminé à la naissance, cela n'affecte pas l'état civil. Advenant toutefois l'hypothèse où une imperfection initiale de l'anatomie a été interprétée, à la naissance, dans un sens que vient démentir un événement ultérieur, il faudra procéder à la rectification de l'état civil.[18]

La procédure de rectification de l'acte de l'état civil et la procédure de changement de la mention du sexe sont donc deux procédures autonomes qui trouvent application dans des contextes différents. On comprendra alors que la personne trans qui n'est pas intersexuée et qui désire changer la mention de son sexe à l'acte de naissance devra recourir à la procédure de changement de la mention du sexe.

ii. La procédure de changement de la mention du sexe

La procédure de changement de la mention du sexe s'applique dans le contexte de ce qui est décrit par le discours médico-légal comme étant le transsexualisme. Selon certains auteurs :

> [l]'expérience de la transsexualité est classiquement décrite par une première génération de médecins comme l'expérience du « mauvais corps », au sens d'une discordance entre l'identité vécue et le corps : l'opération est ainsi présentée par les chirurgiens pionniers de la réassignation sexuelle, comme une « correction » de la nature, comme une forme de rétablissement ou de mise en adéquation d'un corps et d'une identité.[19]

L'*American Psychiatric Association*, de son côté, qualifie le transsexualisme de : « [s]evere gender dysphoria, coupled with a

18. É. Deleury et D. Goubeau, préc., note 14, nº 273.
19. L. Bereni et al, préc., note 2, à la page 29 .

persistent desire for the physical characteristics and social roles that connote the opposite biological sex. »[20]

C'est dans cette optique que le droit québécois envisage le changement de la mention du sexe à l'état civil comme un correctif suivant la transformation physiologique subie par le sujet trans. On retrouve la procédure de changement de la mention du sexe aux articles 71 et suivant du *Code civil du Québec* qui se lisent comme suit :

> **71.** La personne qui a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents, peut obtenir la modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance et, s'il y a lieu, de ses prénoms.
>
> Seul un majeur domicilié au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne, peut faire cette demande.
>
> **72.** La demande est faite au directeur de l'état civil; outre les autres documents pertinents, elle est accompagnée d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec.
>
> **73.** La demande obéit à la même procédure que la demande de changement de nom. Elle est sujette à la même publicité et aux mêmes droits et les règles relatives aux effets du changement de nom s'y appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires.

La personne désirant obtenir la modification de la mention de son sexe doit donc respecter plusieurs conditions[21].

---

20. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Text Revision)*, 4e éd., Washington (DC), American Psychiatric Association, 2000, p. 828 [*DSM*].

21. Nous ne traiterons cependant pas des conditions que l'on retrouve au *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*,

À la lecture du deuxième alinéa de l'article 71 C.c.Q., on constate que seul un majeur domicilié au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne peut faire cette demande. Ces conditions ne posent pas de problèmes d'interprétation particuliers. Toutefois, quelques commentaires s'imposent.

Comme nous pouvons le constater, seule une personne majeure peut demander le changement de la mention de son sexe. Il y a lieu de se demander si cette condition respecte la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, au paragraphe 15(1), offre une protection contre la discrimination fondée sur l'âge[22]. En d'autres termes, si une personne âgée de moins de dix-huit ans, respectant toutes les autres conditions, se voyait refuser la demande de changement de la mention de son sexe en raison de sa minorité, cette personne pourrait-elle contester la validité de cet article pour cause de discrimination fondée sur l'âge? La question est lancée.

D'autres conditions doivent également être remplies. Au nombre de celles-ci, on retrouve les exigences d'être domicilié au Québec depuis au moins un an et d'avoir la citoyenneté canadienne. Rappelons simplement ici que le domicile est défini à l'article 75 C.c.Q.

Et parmi les conditions posées par l'article 71 C.c.Q., celle concernant l'obligation d'avoir subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer les caractères sexuels apparents, demeure évidemment la plus con-

---

D 1592-93, (1993) GOQ II, 8053. Par ailleurs, c'est la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, L.R.Q., c C-10 qui a énoncé, en 1977, les premières conditions pour changer de sexe. On retrouvait ces conditions aux articles 16 à 22.

22. En ce qui a trait à la *Charte des droits et libertés de la personne*, la question ne se pose pas, puisque, comme il est mentionné au premier alinéa de l'article 10, l'âge est un motif de discrimination illicite, « sauf dans la mesure prévue par la loi ».

troversée. En plus de l'interprétation qu'il convient de donner à ces exigences, le fait même d'imposer un diagnostic psychiatrique et des traitements médicaux et chirurgicaux est de plus en plus contesté, tant dans le milieu médical et universitaire que par les personnes trans elles-mêmes[23].

Nos recherches tendent à démontrer qu'au Québec, les chirurgies exigées vont bien au-delà de l'apparence. Le professeur Benoît Moore écrivait à cet effet que « [l]es caractères sexuels apparents semblent alors devoir être compris d'une façon plus large qu'uniquement les organes génitaux. »[24] Ainsi, une personne désirant obtenir l'état civil masculin devrait subir une intervention médicale et chirurgicale visant à la stériliser (par exemple, l'hystérectomie), et ce, même si l'utérus ne peut manifestement être considéré comme un caractère sexuel apparent[25]. Chez la personne trans désirant modifier la mention de son sexe pour le sexe féminin, « [...] la castration et la fabrication d'un vagin apparais-

---

23. Plusieurs organismes représentant les personnes trans s'opposent à l'obligation de subir une chirurgie pour pouvoir changer la mention du sexe. On pense ici notamment aux organismes Action Santé Travesti-(e)s et Transsexuel(le)s du Québec (ASTTEQ), Association des transsexuels et transsexuelles du Québec (ATQ), Centre 2110 / 2110, Centre for Gender Advocacy, Projet 10 et Stella. De plus, on remarque la remise en question du maintien du transsexualisme comme pathologie dans le milieu scientifique. À l'aube d'une 5e édition du *DSM* publiée par l'American Psychiatric Association (APA), dans lequel on répertorie les « troubles de l'identité sexuelle » (ci-dessous TIS), les débats théoriques et les tensions politiques entre différents acteurs concernés par les enjeux trans s'accentuent. D'un côté, les personnes en faveur du diagnostic mettent en lumière sa pertinence et ses avantages (prise en charge financière des trans par les équipes médicales, diminution des regrets post-opératoires, etc.) et de l'autre, les personnes qui souhaitent son retrait du *DSM* et de la *Classification internationale des maladies* (*CIM-10*) soulignent l'aspect discriminatoire du diagnostic (« pathologisation » des trans, caractère exclusif des protocoles et des équipes médicales, etc.). Nous invitons le lecteur à consulter le chapitre intitulé « Dédiagnostiquer le genre » de l'ouvrage Judith BUTLER, *Défaire le genre*, traduit par Maxime Cervulle, Paris, Amsterdam, 2006, p 95.

24. Benoît MOORE, « Le droit de la famille et les minorités » (2003-2004) 34 *R.D.U.S.* 229 (no 46).

25. *Id.,* no 46. Moore propose que « l'ablation des seins accompagnée d'une salpingo-oviarectomie et d'une hystérectomie devraient suffire ».

sent nécessaires, sans quoi l'on ferait face à une intervention mutilante, créant une personne ni homme ni femme »[26]. La philosophe Valérie Daoust proposait qu'« [o]n est ainsi une femme essentiellement parce que l'on n'est pas un homme, et pour échapper au monstrueux de l'inhumain. »[27]

Toutefois, il convient de souligner une décision non publiée du Directeur de l'état civil québécois, rapportée dans un article de l'auteur Benoît Moore[28]. Cette décision démontre qu'il arrive au Directeur de l'état civil de faire preuve de « souplesse ». En effet, celui-ci a fait droit à la demande d'une personne trans désirant modifier la mention de son sexe féminin pour masculin, et ce, même en l'absence d'une opération de reconstruction génitale. Cette décision va manifestement à l'encontre de la terminologie employée à l'article 71 C.c.Q. puisque le législateur indique que le candidat au changement de la mention du sexe doit avoir « subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents ». Bien que le législateur ne précise pas que le résultat final doive être « conforme » à la conception générale de l'apparence du sexe de destination, le régime applicable au changement de la mention du sexe permet de conclure qu'il en allait de sa volonté. Le « néopénis » manquant, le candidat au changement de la mention du sexe ne remplirait donc pas toutes les conditions. L'auteur Moore rapporte cependant que cette décision est un cas d'exception et que la présentation d'un dossier semblable devant l'instance concernée pourrait mener à un résultat différent[29].

---

26. DELEURY et GOUBEAU, préc., note 14, à la note de bas de page 24 sous le nº 278.
27. Valérie DAOUST, « Penser la démocratie : du différentialisme au postmodernisme. Considérations délibératives habermassiennes. » dans Marie-France BUREAU (dir.), *Sexualité et démocratie : Perspectives multidisciplinaires francophones*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2009, p. 157, à la p 172.
28. B. MOORE, préc., note 24, nº 46.
29. Selon nos propres recherches, il semblerait que la majorité des personnes désirant obtenir un changement de la mention de leur sexe fémi-

Quoi qu'il en soit, non seulement des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer les caractères sexuels apparents sont exigés, mais également des chirurgies beaucoup plus intrusives menant nécessairement à la stérilisation de la personne trans. La stérilisation devient donc une condition inavouée, mais bien présente, puisque sans celle-ci, le Directeur de l'état civil refuse la demande de changement de la mention du sexe.

Considérant ce qui précède, on remarque que les médecins jouent un rôle de premier plan dans le processus de changement de la mention du sexe. En plus, le sujet doit avoir subi les traitements médicaux et les interventions chirurgicales décrits ci-dessus « avec succès ». Et ce succès semble important aux yeux du législateur, puisqu'il a pris soin d'instaurer un mécanisme de contrôle de la qualité de l'intervention prodiguée. Selon l'article 72 C.c.Q., la demande de changement de la mention du sexe doit être accompagnée d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec. Ainsi, le candidat qui refuse les traitements médicaux et les interventions chirurgicales s'inscrivant dans le cadre du plan de traitement élaboré par les médecins, pour quelques raisons que ce soit, ne pourra donc pas obtenir le changement de la mention de son sexe.

De ce qui précède, on constate que le législateur semble lancer un message à l'effet que le « vrai » trans désire obligatoirement subir des traitements médicaux et des interventions chirurgicales, sans quoi il n'appartient pas vraiment à l'autre genre ou sa conviction est beaucoup moins profonde et, de ce fait, ne mérite pas le changement de la mention de son sexe. L'important ne semble pas être l'identité vécue de la personne visée, mais plutôt l'apparence de ses organes sexuels et de ses caractères sexuels sans oublier, bien entendu, sa stérilité.

---

nin à l'acte de naissance pour un sexe masculin obtenait assez facilement ce changement, sans avoir subi la phalloplastie.

Cette orientation du législateur soutenue par la doctrine civiliste dominante ne fait que renforcer l'idée que l'organe sexuel fait le sexe[30] et que le sexe, en soi, détermine l'identité de genre.

Qui plus est, elle laisse supposer que toutes les personnes qui expriment une identité non conforme à leur sexe de naissance désirent et doivent subir des traitements médicaux et des interventions chirurgicales.

Certains auteurs en études de genres ont critiqué ce modèle. Ils soutiennent que :

> Pour les médecins, ainsi que pour une « première génération » de transsexuels – selon les termes de Pat Califia –, il va de soi qu'il n'y a que deux sexes et que la transsexualité est une erreur marginale de la nature qui peut être efficacement corrigée par la chirurgie. Le diagnostic même de la transsexualité est un trouble psychiatrique qui renvoie à la question du « vrai » sexe d'une personne, sans aborder la question de savoir ce qu'est le sexe lui-même comme catégorie de classification.[31]

Dans ce contexte, les personnes qui ne peuvent pas ou qui ne veulent pas se soumettre aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales requises se retrouvent dans une situation où leur identité de genre vécue n'est pas conforme à leur identité à l'état civil, avec tous les tracas, voire même la violence et les humiliations que cela peut engendrer[32]. Selon le professeur Spade :

---

30. B. Moore, préc., note 24, nº 46. Le professeur Moore disait que « [c]ette disposition [l'article 71] reconnaît une certaine suprématie au sexe anatomique, à l'apparence, vocable qui d'ailleurs est présent à l'article 71 C.c.Q. ».
31. L. Bereni et al, préc., note 2, p. 29.
32. Nous pouvons par exemple mentionner le cas de Brandon Teena, cet américain assassiné sauvagement pour avoir « osé » être trans. Son histoire a notamment inspiré le film *Boys Don't Cry*.

> If you are trans or gender transgressive, even your ability to use a gendered bathroom without getting harassed or arrested may be dependent on your ability to produce identification of your gender, which will only indicate your new gender if you have successfully submitted medical evidence to the right authorities.[33]

L'exigence de subir des chirurgies et autres traitements médicaux suscite, nous l'avons évoqué, de nombreux débats aujourd'hui dans le milieu universitaire, médical et associatif. Le but de cet article n'est pas de prendre position quant à la pertinence de tels traitements, mais plutôt d'interroger le rôle du droit dans le contrôle du changement de la mention du sexe.

Nous croyons cependant que dans la mesure où nous vivons dans une société fortement genrée et imprégnée d'une division du monde en sexes binaires et polarisés, il est tout à fait légitime que des personnes trans veuillent subir des traitements pour renforcer ou rapprocher leur appartenance au genre choisi[34]. Et dans cette optique, il nous apparaît primordial que l'État veille à offrir et à rembourser les coûts associés à ces soins qui peuvent être nécessaires au bien-être des individus qui en ressentent le besoin[35]. Ceci ayant été précisé, la subordination de l'ordre juri-

---

33. Dean SPADE, « Resisting Medicine, Re/Modeling Gender » (2003) Belkeley's Women's L.J. 15, p. 17 [Spade, « Resisting Medicine »].

34. Ronald Garet écrit : « Transsexuals hold the same hopes for their bodies that other people do but are harder pressed than most to prove that those hopes have a basis in reality. They want to let go out of what is false and unimportant and cling to the truth about themselves». Ronald GARET « Self Transformability » (1991-1992) 65 *S. Cal. L. Rev.* 121, 203.

35. Jerry Dasti propose, à juste titre selon nous, que des chirurgies sont nécessaires dans certains cas, même si la transsexualité n'est pas considérée a priori comme une maladie à proprement parler. À l'instar de la maternité ou de l'infertilité, la société peut prendre en charge ces cas dans la mesure ou il en va du bien-être des individus à long terme et de leur accès à certains programmes. De plus, il serait paradoxal de refuser aux trans de l'aide chirurgicale alors que tout le système normatif lié aux catégories de sexe leur enjoint de se conformer au système binaire. Il écrit :
> It would be best if our legal system were to shift away from a binary notion of sex and gender, at least acknowledging that a person's sex at

dique à de telles considérations médicales aux fins des composantes de l'état civil des personnes est néanmoins, à notre avis, illégitime.

B. La Belgique et la France comme exemples d'approche « traditionnelle »

i. La Belgique

Auparavant, les conditions à respecter pour obtenir un changement de la mention du sexe en Belgique étaient établies par la jurisprudence. Comme en faisait état un rapport réalisé par la Haute autorité de la santé, il existait plusieurs courants jurisprudentiels[36]. Le jour du 10 mai 2007 fut cependant marqué par l'adoption de la *Loi relative à la transsexualité*[37], qui a eu pour effet d'ajouter certaines dispositions relatives au changement de la mention du sexe dans le *Code civil de Belgique*[38].

Le changement de la mention du sexe est désormais accordé à la personne qui « [...] a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans

---

birth is perhaps not the best evidence of sex for legal purposes. And one certainly can hope for a future in which a transgender person can identify as neither fully male nor fully female, yet still be welcome as a full participant in society. Until that day, however, the nearly fetishistic focus that the law places on genital structures undergirds a strong argument that access to sex-reassignment surgery is necessary in order to avoid shutting an entire class of citizens outside of the law.
Jerry DASTI, « Advocating a breoader Understanding of the Necessity of Sex-Rassignment Sugery Under Medicaid » (2002) 77 NYUL Rev 1740, p. 1775.

36. HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, La Plaine, Haute autorité de santé, 2009, p. 60.

37. *Loi relative à la transsexualité*, 10 mai 2007, 37823. La loi est entrée en vigueur le 1er septembre 2007. Les articles 62bis et 62ter du *Code civil de Belgique* traitent désormais des conditions obligatoires que doivent respecter les personnes trans belges ou étrangères inscrites aux registres de la population désirant changer de sexe.

38. *Code civil de Belgique*, aux articles 62bis et 62ter.

l'acte de naissance et dont le corps a été adapté à ce sexe opposé dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical»[39]. À l'instar de la France et du Québec, la Belgique soumet la personne trans à une obligation de subir des traitements médicaux et chirurgicaux (impliquant la stérilisation), comme nous venons de l'énoncer, « dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical ». Le candidat au changement de la mention du sexe devra en outre remettre à l'officier de l'état civil :

> [...] une déclaration du psychiatre et du chirurgien, en qualité de médecins traitants, attestant:
> 1° que l'intéressé a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance;
> 2° que l'intéressé a subi une réassignation sexuelle qui le fait correspondre au sexe opposé, auquel il a la conviction d'appartenir, dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical;
> 3° que l'intéressé n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe précédent.[40]

Il est à noter que « [l]e mineur transsexuel non émancipé qui fait une déclaration de sa conviction est assisté de sa mère, de son père ou de son représentant légal. »[41] En Belgique, il est donc possible pour un mineur d'obtenir légalement la modification de la mention de son sexe.

Néanmoins, on constate qu'en Belgique, tout comme au Québec et en France (comme nous l'énoncerons ci-dessous), les médecins jouent un rôle de premier plan dans la procédure de changement de la mention du sexe.

---

39. Article 62bis § 1 du *Code civil de Belgique.*
40. Article 62bis § 2 du *Code civil de Belgique.*
41. Article 62bis § 1 du *Code civil de Belgique.*

ii. La France

À ce jour, la France n'a adopté aucune disposition législative ou réglementaire concernant le changement de la mention du sexe à l'état civil. Devant ce silence, il est donc nécessaire de se tourner vers la jurisprudence afin de connaître les conditions requises pour qu'une personne trans puisse obtenir la modification de la mention du sexe à l'état civil.

En 1992, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation posait les conditions. Dans son arrêt, on lit :

> [...] à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence...[42]

Par ailleurs, le droit français subordonne implicitement le changement de la mention du sexe à une chirurgie de conversion (ou de réassignation) sexuelle[43]. Cette condition est aujourd'hui fluctuante d'une juridiction à l'autre, comme en témoigne une cir-

---

42. Ass. plén. 11 déc. 1992, *Bull. Civ.* AP nº13, 27, nº 91-12-373.

43. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une condition posée par la Cour de cassation ni par aucun texte, il est certain qu'en droit positif français, un trans ne peut obtenir un jugement modifiant la mention de son sexe sur l'état civil s'il ne peut attester qu'il a fait l'objet d'une opération de réassignation sexuelle ou de conversion sexuelle qui présente un caractère irréversible. Concrètement, cette irréversibilité procède de l'ablation des organes reproducteurs. Autrement dit, le droit français subordonne la pleine reconnaissance juridique des trans à la stérilité. On lira à cet effet les arrêts Poitiers, 15 décembre 2004 : *Juris-Data nº 274567* et Nancy, 12 octobre 2010 : *Juris-Data nº 022249*. Il y a cependant lieu de souligner un jugement d'exception, soit Rennes, 26 octobre 1998 : *Juris-Data nº 049346*, qui a accordé le changement de la mention du sexe à une personne trans séropositive qui n'avait pu subir une chirurgie en raison de sa maladie.

culaire émise par le Ministère de la Justice et des Libertés le 14 mai 2010[44].

Mais si la chirurgie n'est plus obligatoire en soi, il n'en demeure pas moins qu'une preuve de l'irréversibilité du processus de transition est toujours nécessaire.

Considérant les conditions énoncées ci-dessus, nous pouvons conclure sans l'ombre d'un doute que la France, tout comme la Belgique et le Québec, donne aux autorités médicales et psychiatriques un rôle de premier plan dans le processus de changement de la mention du sexe à l'état civil.

C'est donc en déléguant sa décision au savoir médical que le droit québécois, français et belge prend acte de la transition d'une personne. Non seulement exige-t-on un diagnostic psychiatrique établissant un trouble de l'identité sexuelle, mais encore faut-il que le corps de la personne trans ait subi des changements suffisants. Les traitements médicaux et les chirurgies sont alors censés prouver « […] qu'il s'agit réellement d'un cas de transsexualisme »[45].

---

44. Certains juges exigent qu'une expertise médicale soit réalisée pour déterminer si la personne est trans ou pas, alors que d'autres ne demandent que la remise d'attestations médicales de médecins compétents dans le domaine. Le Ministère de la Justice et des Libertés a récemment proposé que les tribunaux puissent exiger une preuve voulant que le processus de transition engagé soit irréversible, « sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux. » Voir *Circulaire de la DACS n°CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, NOR : JUSC1012994C,* en ligne: Justice.gouv.fr <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf>. Néanmoins, la situation ne semble pas plus claire aujourd'hui. Voir à cet effet la question posée par Madame Maryvonne Blondin le 25 novembre 2010 : Senat.fr <http://www.senat.fr/basile/visio.do?id=qSEQ101116166&idtable=q234864|q235087|q235779&_c=changement+de+sexe&rch=qs&de=20100723&au=20110123&dp=6+mois&radio=dp&aff=sep&tri=p&off=0&afd=ppr&afd=ppl&afd=pjl&afd=cvn>.

45. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 14, nº 277.

Cette vision des choses pose cependant un problème de cohérence dans l'ordre juridique, notamment au regard du droit à l'égalité, du droit à l'intégrité physique et du droit à la liberté d'expression. En effet, le sexe des individus, leurs capacités intellectuelles ou reproductives ne sont plus – au Québec, du moins – des critères pertinents quant à l'accès aux institutions et à la protection de la loi. D'abord, le fait d'être un homme ou une femme n'a pas d'importance quant aux possibilités de se marier ou d'adopter, pour ne citer que ces exemples. Ensuite, les capacités reproductives ne sont plus un facteur qui intéresse l'État lorsqu'il est question d'accéder à ces institutions. Finalement, la stérilisation non thérapeutique des personnes souffrant d'une maladie mentale est interdite. Les tribunaux ont conclu qu'une telle procédure était contraire aux droits fondamentaux et qu'au surplus, « la stérilisation enlève à une personne le grand privilège de procréer et est à toute fin pratique irréversible. »[46] Un juge de la Cour supérieure du Québec va même jusqu'à affirmer que la stérilisation d'une personne ayant un handicap mental la priverait du droit fondamental de procréer[47]. On peut alors se demander en quoi la stérilisation est, du côté d'une personne inapte à consentir, une violation de ses droits fondamentaux et de l'autre, pour la personne trans pleinement capable et apte à offrir un consentement éclairé, une exigence.

Ces exemples démontrent bien en quoi le sexe et les capacités corporelles ou intellectuelles ne sont plus aujourd'hui des motifs d'interdiction légitimes à l'accès aux institutions juridiques dans le cadre d'une société démocratique. On pourrait objecter que le changement de la mention du sexe à l'état civil diffère de ces cas de figure en raison du principe d'indisponibilité de l'état. Cependant, le droit civil accepte désormais, nonobstant le fait que l'état doit être stable, qu'il n'est pas pour autant immuable. On pourrait également considérer, dans une certaine mesure, que la condition de subir avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structu-

46. *E (Mme)* c. *Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, par. 79.
47. *T (N)* c. *C (N-T)*, [1999] R.J.Q. 227, 226.

rale des organes sexuels, et destinés à changer les caractères sexuels apparents s'inscrit dans une certaine logique, puisque généralement, c'est sur le fondement de l'apparence des organes génitaux que le sexe est déterminé à la naissance. Or, reconnaissant les droits à la vie privée et à l'intégrité physique, l'exigence d'une conformité entre sexe anatomique et sexe psychologique semble problématique.

Plusieurs états ont d'ailleurs assoupli leurs législations. On pense notamment à l'Espagne et au Royaume-Uni (qui ont adopté des lois que nous appellerons de « seconde génération ») ainsi qu'à une nouvelle orientation européenne. En effet, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a, en octobre 2009, recommandé aux États membres de cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux[48].

Les exigences de chirurgie et de stérilisation forcée imposées par ces lois de première génération posent donc la question de la pertinence du maintien de la subordination du droit à la médecine dans le cas du changement de la mention du sexe des trans. En effet, les opinions médicales et scientifiques sont très contradictoires quant aux phénomènes de transidentités. Divers soins, traitements et suivis ont lieu d'être dans certaines circonstances. Cela dit, dans un souci de protection des droits fondamentaux, d'égalité citoyenne et de cohérence juridique, il apparaît justifié de penser à l'autonomisation du droit des personnes face aux autres savoirs.

C'est d'ailleurs ce qui ressort de la position de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui adoptait en 2010 la résolution 1728 ayant pour titre « Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ». Dans cette résolution, l'Assemblée appelle les États membres à notamment per-

48. COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, *Droits de l'homme et identité de genre*, en ligne : <wcd.coe.int https://wcd.coe.int/wcd/com. nstranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1829911&SecMode=1&DocId=1458356&Usage=2>, p. 43.

mettre l'octroi de « [...] documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale »[49]. Mais avant cette prise de position de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et du Commissaire aux droits de l'homme, l'Espagne et le Royaume-Uni avaient procédé à un assouplissement de leur législation.

C. L'Espagne et le Royaume-Uni comme exemples de législations de seconde génération

i. L'Espagne

La loi du 15 mars 2007[50] régit le changement de la mention du sexe à l'état civil pour les personnes trans en Espagne.

Dans le rapport précité émanant de la Haute autorité de santé, on peut lire :

> Les « considérants » de la loi méritent d'être cités. Ainsi, nous dit-elle, la transsexualité, définie comme une modification de l'identité de genre, a fait l'objet de nombreuses études, tant en médecine qu'en psychologie. C'est une réalité sociale, qui requiert une réponse du législateur pour que la mention initiale relative au sexe ainsi que le prénom puissent être modifiés sur l'état civil, afin de garantir le libre développement de la personnalité et de la dignité des personnes dont l'identité de genre ne correspond pas au sexe initialement déclaré.[51]

---

49. *Résolution 1728*, art 16.11.2, en ligne : Assembly.coe.int <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/FRES1728.htm>.
50. *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, en ligne : Noticias.juridicas.com <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-2007.html>.
51. HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 36, p. 59.

Selon cette loi, la personne désirant changer la mention de son sexe doit notamment respecter deux conditions. D'une part, un collège de médecins ou de psychologues doit établir que la personne est atteinte de dysphorie de genre. D'autre part, le candidat doit avoir « suivi pendant au moins deux ans [...] un traitement dont le but est d'accommoder les caractéristiques physiques à celles correspondantes au sexe réclamé. »[52]

Même si un suivi médical est obligatoire, on constate que la chirurgie de réassignation sexuelle n'est aucunement requise et la personne trans peut la refuser. Un diagnostic de dysphorie de genre reste nécessaire, ce qui indique que les médecins ont encore une fois un rôle important à jouer dans le processus de changement de la mention du sexe.

ii. Le Royaume-Uni

Suite à l'arrêt *Goodwin*[53] rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, le Royaume-Uni a adopté la *Gender Recognition Act 2004*[54]. Entrée en vigueur le 4 avril 2005, cette loi énonce les conditions que doit respecter la personne trans désirant obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil.

En vertu de cette loi, la demande de changement de la mention du sexe doit être présentée au *Gender Recognition Panel*, un comité chargé de décider si le changement de la mention du sexe peut être autorisé.

Selon l'article 1(1), le candidat au changement de la mention du sexe doit être âgé de 18 ans ou plus. Deux situations sont alors envisageables: soit la personne vit dans le genre qui n'est pas celui inscrit à son acte de naissance, soit la personne a changé la mention de son sexe en application de la loi d'un autre pays ou territoire que le Royaume-Uni.

---

52. Tel que rapporté dans Haute autorité de santé, *id.*
53. *Goodwin* v. *United Kingdom*, 2002-VI Eur Ct H R 1.
54. *Gender Recognition Act 2004*, 2004, c. 7 (R.-U.).

Si la première situation est invoquée, la personne devra démontrer :

a) Qu'elle est atteinte de dysphorie de genre;
b) Qu'elle vit dans le genre du sexe opposé depuis au moins deux ans (un affidavit devra supporter cette prétention);
c) Qu'elle a l'intention de continuer à vivre dans ce genre jusqu'à sa mort (un affidavit devra supporter cette prétention).

Au surplus, la personne trans devra fournir un rapport d'un médecin ou d'un psychologue spécialiste de la dysphorie de genre et un rapport d'un autre médecin pouvant ne pas pratiquer dans ce domaine.

Si la deuxième situation est invoquée, la personne devra démontrer que le pays ou le territoire dans lequel elle a changé la mention de son sexe est approuvé par le Royaume-Uni. Un document attestant qu'un changement de la mention de son sexe dans un autre pays ou territoire approuvé devra de plus être soumis.

On doit également noter que la personne trans mariée ou unie civilement ne pourra bénéficier d'une reconnaissance complète de son genre, car pour obtenir une reconnaissance pleine et entière, elle doit divorcer ou mettre fin, le cas échéant, à l'union civile[55]. Le professeur Andrew Sharpe s'exprimait ainsi à propos de cette condition :

> The provision governing married applicants places transgender persons in an unenviable position by requiring them to choose between legal recognition of their gender identity and the continuation of their marriage. Accordingly, this legal provision serves, somewhat perversely, to

55. Au Québec, l'article 71 du C.c.Q. posait initialement comme condition au changement de la mention du sexe que la personne ne soit pas mariée. Cette condition a été abrogée par le Législateur québécois le 10 novembre 2004. Voir la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, L.Q. 2004, c. 23, art. 1.

> place undue pressure on healthy marriages. There is no other circumstance known to law in which the state requires parties, who are married and who wish to remain married, to divorce.[56]

Bien que la loi britannique, à l'instar de la loi espagnole, permette dans certains cas le changement de la mention du sexe à l'état civil sans exiger de chirurgies de réassignation sexuelle, elle n'échappe pas à la critique, notamment en ce qu'elle perpétue le modèle du désordre psychiatrique, commandant qu'un diagnostic de dysphorie de genre soit posé. Par ailleurs, en plus de l'exigence d'un tel diagnostic, la loi impose des conditions strictes pour la transition. Rappelons qu'en plus d'exiger le divorce ou la fin de l'union civile de la personne trans mariée ou unie civilement, elle requiert la soumission à un *real life test*, soit l'expérience pour la personne trans d'avoir vécu publiquement pendant deux ans dans le genre choisi. La personne trans doit prouver que le choix de vivre cette nouvelle identité de genre est définitif.

En ce sens, ces lois de seconde génération – qui constituent certainement une amélioration face aux exigences posées par les législations traditionnelles comme celle du Québec – sont insatisfaisantes pour trois principales raisons.

Premièrement, elles perpétuent le modèle du transsexualisme en tant que maladie mentale et contribuent à maintenir le narratif du trans né dans le mauvais corps. Nous souscrivons aux propos de Judith Butler lorsqu'elle écrit que « [s]e faire diagnostiquer un trouble de l'identité sexuelle (TIS) signifie, d'une certaine façon être stigmatisé, être considéré comme malade, pervers, malsain, déséquilibré, anormal »[57]. Au surplus, elles renforcent l'idée selon laquelle il n'y a que deux catégories fixes de sexes en met-

---

56. Andrew NEVILLE SHARPE, « A Critique of the Gender Recognition Act 2004 » (2007) 4:33 Bioethical Inquiry 33, 38. Il y a néanmoins lieu de souligner que le droit au mariage entre conjoints de même sexe, contrairement au Canada, est toujours interdit au Royaume-Uni.
57. J. BUTLER, préc., note 23, p. 96.

tant l'accent sur une idée de permanence, de vérité et d'immuabilité des sexes.

Deuxièmement, ce modèle législatif limite l'autodétermination des personnes trans en soumettant l'octroi des documents d'identification au genre choisi à l'obligation préalable de subir une autorisation des autorités médicales.

Troisièmement, cette nouvelle approche législative a tendance à s'inscrire dans un mouvement de biologisation du droit des personnes qui empêche de penser à l'autonomisation du droit des personnes face aux autres savoirs.

Il semble en effet que le sexe anatomique ou psychologique ou même le genre ou son expression n'ont plus aucune pertinence dans l'ordre juridique sauf lorsqu'un malaise ou une anxiété sociale apparaît. Qu'il soit question de parents du même sexe, de gestation pour autrui ou de phénomènes trans, on assiste depuis quelques années à une biologisation du droit qui a pour conséquence de réintroduire le corps sexué dans l'ordre juridique. Si le droit a pour mission de maintenir une essence, une qualité véritablement féminine ou masculine aux personnes, il n'est pas surprenant que l'ordre juridique s'en remette à des principes qui le surplombent, le transcendent, comme la nature ou la science.

Cette tendance témoigne d'un retour vers l'idée selon laquelle le droit aurait une fonction anthropologique. Dans cette perspective, le droit a les mains liées par d'autres savoirs qui limitent son pouvoir d'intervention. En ce qui concerne les droits des personnes trans, cela n'est pas sans conséquence. En effet, plutôt que de questionner la légitimité de l'intervention législative selon des principes qui peuvent faire l'objet de délibérations, de discussions et de compromis politiques, l'enjeu tout entier est laissé au savoir psychiatrique et médical, introduisant ainsi une polarisation entre les partisans de la médicalisation et ceux prônant davantage de souplesse.

C'est la raison pour laquelle nous proposons d'examiner, dans la deuxième partie de notre étude, la pertinence du sexe comme catégorie d'identification des personnes et la nécessité pour l'État de contrôler l'appartenance des individus à l'un ou l'autre des sexes. Sans pour autant proposer l'abolition de la catégorie du sexe dans les documents relatifs à l'état civil (comme l'avait déjà proposé le Parti socialiste espagnol), nous nous demandons quels seraient les défis posés par l'autodétermination du genre. En d'autres termes, nous nous questionnons à savoir s'il existe des obstacles juridiques ou d'autres natures empêchant l'État de reconnaître l'identité de genre revendiquée par les individus qui ne respecteraient pas toutes les conditions actuellement exigées pour obtenir la modification de la mention du sexe.

Partie II : Vers une modification des conditions du changement de la mention du sexe

Jusqu'à présent, nous avons vu que le cadre normatif applicable à la détermination du sexe et au changement de sa mention à l'acte de naissance était très rigide. À la naissance, l'accoucheur, généralement sur le fondement de l'apparence des organes génitaux, décide si l'enfant est de sexe féminin ou masculin. Aux yeux du législateur, il semble n'y avoir que des hommes et des femmes sans ambigüité possible (du moins en ce qui a trait à l'état civil).

Compte tenu de ce que nous avons analysé dans cet exposé, il nous semble qu'il faille aujourd'hui remettre en question la notion de sexe en droit. Nous pouvons d'ores et déjà nous interroger sur l'utilité de la mention du sexe, dans la mesure où l'égalité consacrée dans la *Charte des droits et libertés de la personne* garantit à toute personne, qu'elle soit femme, homme ou trans, de jouir de ses droits en toute égalité, « sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur [...] le sexe »[58]. De la même manière, la *Charte canadienne des droits et libertés* énonce que

58. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 4, art 10. Voir également *ML et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec* c. *Maison des jeunes*,, préc., note 5.

> [l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur [...] le sexe[59].

Il devient alors approprié de se demander s'il est pertinent, utile ou nécessaire de déterminer le sexe en droit. En retour, nous pouvons alors interroger la légitimité des conditions liées au changement de sa mention.

A. La notion de sexe en droit, une notion encore pertinente, utile et nécessaire?

Traitons d'abord de la pertinence. En quoi le droit aurait-il besoin de connaître les organes sexuels et les caractères sexuels apparents des citoyens dans la société actuelle? Dans quelles circonstances est-il acceptable d'avoir à justifier que nous avons un pénis ou un vagin dans le but d'obtenir des services de l'État ou d'obtenir une quelconque protection? Nous concédons volontiers qu'il pourrait être utile de déterminer le sexe génétique d'un enfant à la naissance pour des fins médicales ou statistiques. Cela ne signifie pas pour autant que cette information doive être incluse dans tous les documents officiels et qu'elle doive nécessairement être dévoilée en tout temps. Elle pourrait être inscrite dans un registre anonyme à des fins de statistiques ou être mentionnée dans le dossier médical de l'enfant pour références futures, par exemple dans le cas de maladies ou troubles associés avec les caractéristiques de son sexe biologique. Qui plus est, comme l'exprimait Danièle Lochack :

> [...] c'est le droit et non la nature qui, en divisant les sujets de droit en « hommes » et « femmes », institutionnalise ainsi la différence des sexes; c'est le droit qui décide de faire découler des conséquences de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, de faire de cette distinction un critère per-

59. *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 8, art.15.

> tinent pour conférer droits et obligations ou régler certaines situations.[60]

Si aujourd'hui, toute personne, qu'elle soit homme, femme ou trans, jouit du droit à l'égalité, que chaque personne peut accéder – en droit – aux différentes professions, à l'institution du mariage et à la vie politique, notamment en exerçant le droit de vote, tous conviendront que la pertinence de la mention du sexe devient à tout le moins contestable.

Qu'en est-il de l'utilité? Certains seraient tentés d'affirmer que la mention du sexe permet d'identifier plus précisément la personne. En pratique, cette apparente évidence peut être ébranlée. En effet, au Canada, aucune loi ou principe n'interdit la transidentité. Ainsi, une personne peut adopter l'apparence, dans les moindres détails, du genre rattaché au sexe auquel elle s'identifie, sans craindre la répression policière ou une quelconque sanction. De plus, tant que la personne trans n'aura pas subi « avec succès » les traitements médicaux et les interventions chirurgicales requis, ou tant que cette personne ne respectera pas les autres conditions énoncées à la loi (par exemple, si elle est âgée de moins de 18 ans), la mention du sexe à l'acte de naissance ou sur les autres documents émis par l'État ne permettra pas d'atteindre l'objectif d'identification.

Qui plus est, la subordination du changement de la mention du sexe aux traitements médicaux et autres interventions chirurgicales pose un autre problème. Le professeur Dean Spade en faisait état dans un article :

> "M" on an ID cannot really be used as evidence of a penis, because when non- trans men lose their penises their "M"-marked IDs are not taken away. The anatomy-based gender reclassification rules, which seem to rest on the assumption that body parts correspond to gender markers,

---

60. Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques » dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, p. 659, à la p 662.

> are only applied in some cases. So where the rules appear to suggest that "M's" mean penises, in fact that is not true.[61]

Bien que le professeur Spade écrivait dans un contexte de droit américain, il n'en demeure pas moins que son constat s'applique également au Québec.

Si une femme devait subir une hystérectomie et/ou une mastectomie, verrait-elle la mention de son sexe à l'acte de naissance modifiée une fois ces traitements terminés? Il en va de même pour l'homme qui perdrait son pénis à la suite à d'un accident. Ces deux êtres humains à part entière ne se verront pas exiger une chirurgie visant à « corriger » la situation. On ne leur imposera pas non plus un changement de la mention du sexe; après tout, ils n'ont pas ce désir inébranlable d'appartenir à l'autre sexe. Si le droit accepte que des personnes ne possèdent pas des organes sexuels et des caractères sexuels apparents conformes aux normes de genre établies, il devrait en être autant pour les personnes trans. Pourtant, en l'absence de traitements médicaux et d'interventions chirurgicales visant à se conformer le plus possible au genre associé au sexe de destination, le changement de la mention du sexe ne sera pas accordé par le Directeur de l'état civil[62].

Dès lors, si d'une part il est tout à fait légal de transgresser les normes de genre associées à notre sexe et si d'autre part les organes sexuels et les caractères sexuels apparents ne constituent pas, à eux seuls, le sexe, il est difficile aujourd'hui de conclure à l'utilité de la mention du sexe à l'acte de naissance.

Abordons finalement la nécessité d'une telle mention. Selon les juristes Deleury et Goubeau, « [l]e sexe fait incontestablement

---

61. Dean SPADE, « Documenting Gender : Incoherence and Rulemaking », (2008) 59 *Hastings L.J.* 731, 803 .
62. Sauf dans la situation traitée précédemment portant sur les « accommodements » accordés par le Directeur de l'état civil.

partie de l'état des personnes »[63] (nous soulignons). Bien que cela semble, a priori , aller de soi dans un contexte civiliste, nous pouvons néanmoins nous demander pourquoi une telle catégorie serait plus incontestablement importante qu'une autre, comme la couleur des yeux, à titre d'exemple. Pourquoi le sexe et non pas le groupe sanguin? Considérant ce qui a été énoncé ci-dessus, la nécessité de déterminer le sexe à la naissance semble aujourd'hui pouvoir être remise en question.

Il demeure que la connaissance du sexe de naissance des individus peut néanmoins être importante dans certains domaines. Nous pensons ici à la santé publique, où son inscription permet de contrôler et d'étudier la présence de certaines maladies. Elle peut également être pertinente pour des fins de statistiques, par exemple pour surveiller et prévenir de potentielles situations d'eugénisme. De plus, la mention du sexe est utile pour les compagnies d'assurances, qui déterminent parfois le risque en considérant le sexe. En dépit de ces exemples, la même question demeure : quelle est l'utilité réelle d'une telle mention sur les documents d'identification ?[64]

En ce qui concerne les objectifs de santé publique, le sexe génétique ne pourrait-il pas être inscrit au dossier médical de la personne? Aux fins de statistiques, ne pourrait-il pas figurer dans un registre anonyme? Aux fins d'assurances, ne pourrait-il pas faire l'objet d'une déclaration volontaire? Qui plus est, les compagnies d'assurances demandent parfois l'accès au dossier médical d'une personne. Si la mention du sexe ne figurait plus à l'acte de naissance et sur les autres documents présentant l'identité de la personne, mais était néanmoins présente au dossier médical, la compagnie d'assurance atteindrait son but. Dès lors, la mention du sexe à l'acte de naissance ne serait pas, en soi, d'une si grande importance qu'il n'y parait à première vue.

---

63. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 14, nº 267.
64. On note par ailleurs l'absence de mention du sexe sur les permis de conduire et autres documents d'identification au Royaume-Uni.

Par ailleurs, même en considérant que la mention du sexe devrait figurer à l'acte de naissance, cette mention pourrait ne pas se retrouver sur les autres documents présentant l'identité de la personne. Comme nous l'avons exprimé ci-dessus, le fait d'avoir des documents énonçant qu'on est de sexe féminin ou de sexe masculin n'offre aucune garantie de la présence des organes sexuels et de caractères sexuels apparents conformes aux normes de genre établies. Dès lors, même si nous considérons que l'État puisse gagner à connaître le sexe à la naissance d'une personne, les documents présentant l'identité de la personne pourraient en faire abstraction.

En ce sens, la nécessité de la mention du sexe à l'acte de naissance et dans les documents permettant l'identification d'une personne ne nous paraît donc pas si incontournable après réflexion.

B. Les obstacles symboliques à l'autodétermination du genre

i. La conservation de la mention du sexe dans l'ordre juridique québécois

Malgré le fait que l'on puisse douter de la nécessité d'une mention du sexe à l'état civil et qu'il soit possible de remettre en question la pertinence et l'utilité réelle d'une telle catégorie pour les objectifs poursuivis par l'État, l'effacement de cet élément de l'identification des personnes nous semble pour l'instant peu envisageable. En dépit de tous ces doutes, le droit favorise toujours l'appartenance obligatoire à l'un ou l'autre des sexes. Le « vrai sexe » apparaît comme étant fondamental dans la constitution même des identités personnelles et dans la cohérence du monde social. La différence entre mâles et femelles représenterait ainsi la dichotomie ultime, la dernière ligne de démarcation entre deux pôles dans un contexte ou les distinctions radicales entre les genres tendent à s'estomper de plus en plus.

Quoi qu'il en soit, le maintien de la mention du sexe à l'état civil n'empêche nullement de repenser les conditions pour obtenir un changement lorsque l'identité choisie par une personne ne correspond pas au sexe attribué et figurant sur tous les documents officiels l'identifiant tels que le permis de conduire, la carte d'assurance-maladie, le passeport, etc.[65] De plus, il est possible de se questionner sur la pertinence de voir la catégorie sexe apparaître sur l'ensemble de ces documents.

Certains auteurs préconisent d'ajouter aux catégories existantes une troisième option, celle d'un sexe « autre » ou « indéfini » pour les personnes ne s'identifiant ni au masculin ni au féminin. Cette proposition d'ajout d'un troisième sexe dans les structures occidentales rappelle un peu la notion de troisième genre présente dans certaines cultures[66]. Cette proposition est conçue par Terry Kogan comme une alternative au dimorphisme sexuel occidental et à la tyrannie des catégories binaires qui limitent les possibilités d'expression et la réalité du continuum entre les deux pôles. Il est possible de l'imaginer comme un espace de liberté pour les personnes qui transgressent les normes du genre, par exemple les personnes intersexuées[67].

---

65. Plusieurs associations militantes (voir les associations listées à la note de bas de page 24) et auteurs de la mouvance trans demandent l'abandon des exigences médicales actuelles et la possibilité de s'autodéfinir. Voir par exemple SPADE, « Resisting Medicine », préc., note 33, p. 29. Voir également Alexandre Baril qui affirme « les personnes transsexuelles revendiquent le droit de se réapproprier leur corporéité et de s'autodéfinir comme le font les femmes du mouvement féministe ». Alexandre BARIL, « Transsexualité et privilèges masculins » dans Line CHAMBERLAND et al (dir.), *Diversité sexuelle et construction du genre*, Presses de l'Université du Québec, 2009, à la p 289. En ce sens, on pourrait adopter une catégorisation du sexe temporaire, adaptée aux circonstances. Voir par exemple Dorian NEEDHAM, « A Categorical Imperative? Questionning the Need for Sexual Classification in Québec » (2011) 52 C. de D. 71.

66. Bernard SALADIN D'ANGLURE, « Réflexions anthropologiques à propos d'un « troisième sexe social » chez les inuits » (2006) 41-42 Conjonctures 177; Gilbert HERDT, *Third sex, Third Gender, Beyond sexual Dimorphism in Culture and History*, New-York, Zone Books, 1994.

67. Il s'agirait pour l'auteur d'une catégorie souple et ouverte à toute personne ne se reconnaissant pas dans les catégories actuelles :

Tout comme nous n'avons pas l'objectif de trancher sur la pertinence du maintien des catégories existantes, le but de cette étude n'est pas d'analyser le mérite de la création d'une troisième voie qui, selon nous, pourrait par ailleurs créer d'autres désavantages bien résumés par Dorian Needham[68]. Nous croyons plutôt en la possibilité de rendre plus souple le passage d'une catégorie de sexe à l'autre.

La possibilité de rendre moins permanentes les catégories liées au sexe et de donner une plus grande latitude aux individus à cet égard est bien sûr à contre-courant du discours civiliste opposé au volontarisme en matière d'état. Plusieurs auteurs dénoncent effectivement l'assouplissement éventuel des conditions de passage comme un danger ou une dérive néfaste pour le corps social. Jean Hauser dénonce ainsi « la tendance libertaire européenne vers l'effacement du sexe à l'état civil »[69]. Gérard Cornu déplore quant à lui l'assouplissement des règles françaises donnant accès au changement de la mention du sexe comme témoignant d'une « banalisation à frémir »[70] et d'un « laxisme »

It is a matter of personal choice. It is an identity category which an individual can assume to challenge the destructive history caused by our culture's adoption of a dimorphic sex/gender division. Identifying oneself as "Other" is a conscious choice by an individual to oppose the male/female, masculine/feminine dichotomies, and the oppressions that result from those dichotomies.

Terry KOGAN, « Transsexuals and Critical Gender Theory » (1996-1997) 48 *Hastings L. J.* 1233, 1247.

68. Dorian Needham propose notamment que l'ajout de nouvelles options n'amène pas pour autant une fluidité entre les catégories et ne reflèterait pas nécessairement le continuum sur lequel se trouve l'identité sexuelle. Cela pourrait également avoir pour effet de réifier les frontières entre le masculin, le féminin et l'autre, créant ainsi le risque de ne pas prendre en compte les personnes qui ne s'identifient pas à ces catégories. Outre les aspects pratiques liés à l'instauration de nouvelles catégories et à l'harmonisation des données tirées de ces nouvelles catégories avec celles du gouvernement fédéral et des autres provinces, de nouvelles formes de discrimination fondée sur le sexe pourraient voir le jour. Voir NEEDHAM, préc., note 65, p. 101 et 102.

69. Jean HAUSER, « Transsexualisme : Changer à quelles conditions », (2008) *R.T.D. civ* 271.

70. Gérard CORNU, *Les personnes*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 107.

débouchant « toujours sur un terrain plus mouvant »[71]. Gérard Mémeteau affirme pour sa part que « laisser le sexe à la vie privée aboutirait à un brouillage des repères sociaux »[72]. Laisser aux individus cette liberté de choix serait même, selon Édith Deleury et Dominique Goubeau, potentiellement dangereux à la lumière de la psychanalyse[73].

Il ressort de ce discours que trop de liberté serait une porte ouverte aux caprices et à la volonté individuelle permettant aux gens de changer de sexe comme ils changent de chemise. Comme si le cadre normatif lié aux catégories de sexe ne tenait que grâce au rempart du droit positif et du savoir médical. Et pourtant, à l'instar du changement de nom ou d'autres transformations identitaires majeures, on imagine mal qu'advenant un assouplissement des conditions prévues par la loi, les gens se ruent pour obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil.

On peut comprendre que laisser davantage de place à la volonté face à une caractéristique de l'identité que l'on considère comme fondamentale, donnée et immuable puisse susciter des réactions de craintes telles que celles exposées par les auteurs civilistes cités plus haut. Et pourtant, d'autres phénomènes que l'on croyait impensables ont été reconnus juridiquement sans que ne se produisent les conséquences désastreuses qui avaient été envisagées par les juristes. Pensons notamment au droit qui reconnaît aujourd'hui la possibilité pour une personne de changer volontairement de nom, qui permet d'épouser une personne du même sexe ou d'établir une filiation à l'égard de deux parents du même sexe.

Quoi qu'il en soit, les objections premières à l'autodétermination du genre sont la crainte d'une perte de contrôle et de stabilité. S'il est vrai que les systèmes juridiques préfèrent les catégories fixes et la prévisibilité, il ne s'agit pas là d'arguments très convaincants à l'encontre de l'autodétermination. Les catégo-

---

71. *Id.*
72. Gérard MÉMETEAU, « Transsexualisme et débat de société », (2007) *Médecine et droit* 141, 146 et 147.
73. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 14, nº 290.

ries fixes et binaires de sexe ont certes pu historiquement servir la stabilité juridique, mais elles ont également largement contribué à assurer la pérennité de hiérarchies sociales et d'oppressions. Car après tout, ce n'est pas tant la mention du sexe qui était importante, mais plutôt les droits que procurait cette mention.

C. Les obstacles juridiques à l'autodétermination

Il nous semble que le meilleur moyen de sortir du modèle contraignant actuel qui, on ne saurait le dire suffisamment, continue de faire violence aux personnes ne se conformant pas aux injonctions que dicterait leur sexe, serait d'envisager l'autodétermination du genre. Selon cette avenue, une personne pourrait choisir d'être reconnue par l'État comme appartenant à l'autre genre et ainsi obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil sans avoir à fournir de diagnostic médical ou de preuves de traitements et chirurgies. Le sexe à l'état civil serait alors déterminé par l'expression de l'identité de genre de la personne[74].

En effet, dès lors qu'on accepte le genre comme représentant un aspect fondamental de la vie humaine et comme un moyen légitime et sain d'expression de l'identité, il convient de se demander s'il existe des obstacles juridiques concrets qui empêchent d'envisager cette option de réforme. Le juriste civiliste opposera immédiatement ici le principe de l'indisponibilité de l'état et le *common lawyer* arguera que l'auto-identification irait à l'encontre des principes de stabilité et de prévisibilité privilégiés par la *common law*. Soit, la fluidité dérange et l'état des personnes doit présenter un certain caractère de stabilité, il n'en est pas pour autant immuable[75]. Au-delà des malaises et des inconforts que cette proposition peut présenter, il importe d'évaluer quels sont les réels défis qu'amènerait une telle réforme.

---

74. Nous convenons cependant qu'un tel modèle ne permettrait pas de résoudre la problématique de la binarité dans la différenciation sexuelle. Il nous semble cependant plus acceptable et plus respectueux des droits de la personne.

75. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 14, nº 289.

i. Les droits et obligations différentiels en fonction du sexe

Le premier défi posé par l'assouplissement des conditions pour obtenir un changement de la mention du sexe survient lorsqu'un État établit l'accès à des fonctions ou à des institutions sur une base différentielle entre les sexes. Si les droits et obligations des individus sont attribués en considération de l'appartenance à une catégorie de sexe (comme le fait notamment la France dans plusieurs champs du droit – notamment dans ceux touchant le droit de la famille) il est alors exclu que les gens puissent volontairement passer d'un sexe à l'autre. Cet assouplissement des conditions aurait alors pour effet de permettre de contourner des mesures législatives excluant certaines catégories de personnes, par exemple l'interdiction du mariage entre conjoints de même sexe, à titre d'illustration[76].

Au Québec en revanche, où l'égalité en droit est réalisée dans la plupart des domaines, cela poserait a priori beaucoup moins de problèmes. En effet, puisque les institutions liées à la conjugalité et à la parenté telles que le mariage, l'adoption, les congés parentaux et l'assistance à la procréation sont accessibles

---

76. HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 36, p. 36. Un auteur français affirme que l'indifférenciation du sexe ne serait possible que si les inégalités entre les sexes disparaissaient du droit français :
Une solution plus radicale proposée par Marcela Iacub dans ce même rapport serait d'enlever la mention du sexe dans les actes d'état civil, comme cela avait été proposé – puis abandonné – par le Parti Socialiste espagnol il y a quelques années. Cette détermination du sexe à la naissance emporte cependant des conséquences en termes de droits et d'obligations, rendant difficile un quelconque changement. En particulier, tout ce qui concerne le droit de la filiation dépend encore de la distinction entre femmes et hommes : procréation médicalement assistée, avortement, reconnaissance de l'enfant à la naissance, etc. La suppression de la mention de sexe dépend donc de la disparition de ces inégalités entre les sexes dans le droit français.
Azim AKBARALY, « Merci de bien vouloir retirer votre sexe de mon état civil. évolution et limites de la reconnaissance du transsexualisme dans l'état civil », en ligne : Revue-ganymede.fr <http://revue-ganymede.fr/articles/4/transetatcivil.php>.

à tous sans égard à leur sexe, peu d'obstacles à l'autodétermination du genre demeurent.

En ce qui concerne les domaines où un traitement différentiel subsiste toujours[77], il y a lieu de se demander si la différenciation sur la base du sexe est toujours pertinente et s'il n'y aurait pas lieu de réviser cette catégorisation. À titre d'exemple, certaines lois ou certains programmes touchent nécessairement une seule catégorie de personnes. Nous pensons au retrait préventif du travail en raison de la grossesse ou aux services reliés à l'avortement. Bien que nécessaires, ces programmes pourraient être offerts sur la base de la grossesse tout simplement et non en raison de l'identification à un genre. Ce qui veut dire que pour une personne qui se comporte socialement et est reconnu juridiquement comme un homme (comme le trans américain FtM Thomas Beatie ayant porté trois enfants), ce serait le fait de porter un enfant et non pas la mention du sexe à l'état civil qui déterminerait son accès à des programmes spécifiques prévus pour faciliter la grossesse et l'accouchement.

Le deuxième défi posé par l'autodétermination, qui nous apparaît le plus sérieux en droit québécois, est celui de l'accès à divers programmes et services publics ou privés distribués en fonction de l'appartenance à une catégorie de sexe ou offerts différemment selon cette appartenance. On pense notamment aux prisons, aux programmes d'accès à l'égalité ou aux services pour les victimes d'actes criminels. D'aucuns pourraient affirmer qu'en raison de la pertinence fonctionnelle d'opérer une différenciation sexuelle pour l'accès à de tels programmes, nous avons besoin de catégories de sexe stables. Il est effectivement important de déter-

77. Nous pensons notamment à certains articles du *Code civil du Québec* en matière de filiation où une distinction existe toujours entre la façon d'établir ou de forcer une filiation selon que l'on soit homme ou femme. Il est par exemple licite pour un père de déclarer sa filiation à l'égard d'un enfant qu'il n'a pas procréé alors qu'il est toujours impossible pour une femme d'être la mère d'un enfant qu'elle n'a pas porté en raison de l'interdiction de la gestation pour autrui (art 541 C.c.Q.), à moins d'être la conjointe d'une femme ayant accouché dans le cadre d'un projet parental.

miner quelles seront les personnes qui auront accès à ces services offerts en fonction du genre.

Outre ces cas évidents, il y a tout le marché des biens et services qui se présente dans la vie quotidienne et pour lequel la ségrégation des sexes est perçue comme fondamentale. On pense alors aux toilettes publiques, aux vestiaires et autres équipements sportifs, où l'accès peut devenir un véritable casse-tête pour les personnes trans. Il existe également de nombreux programmes sociaux en matière d'hébergement et d'emploi fournis sur une base genrée. Ils sont destinés aux femmes en général, qu'il s'agisse de soutien aux familles monoparentales ou de programmes de soutien pour les victimes d'agression sexuelle.

Par ailleurs, le domaine policier et le système carcéral sont des champs où la ségrégation sexuelle est presque systématiquement pratiquée et pour lesquels l'appartenance à un sexe détermine les conditions de fouilles, de surveillance et de détention.

Afin de répondre aux défis posés par l'autodétermination du genre, il convient de distinguer deux types de problématiques. Nous traiterons d'abord des situations impliquant l'identification de l'individu dans les documents officiels, pour ensuite nous attarder aux situations où l'identité choisie entre en conflit avec la protection d'autres intérêts.

ii. La reconnaissance du genre vécu

Si le genre est considéré par certaines féministes comme une construction sociale, il n'en reste pas moins que cette construction est le résultat de processus nombreux et variés. Il ne s'agit évidemment pas uniquement du fait personnel d'un individu qui se définit en vase clos[78].

78. Le lecteur qui désire lire davantage sur ce principe pourra consulter les travaux de Judith Butler.

L'identité est le résultat de négociations et d'interaction avec les autres. Lorsqu'il est question de genre, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'un élément parmi d'autres définissant une personne. L'ethnicité, la religion ou la profession sont d'autres marqueurs d'identité qui peuvent être plus centraux ou signifiants que le genre pour certaines personnes[79]. De plus, cette identification n'est certainement pas le fruit d'une construction purement personnelle, puisqu'elle est pétrifiée et traversée de préconceptions et d'influences sociales, culturelles et historiques. C'est donc une construction, certes, mais qui s'édifie avec le concours de tiers, du contexte social et des perceptions qu'ont les autres de « moi ». Vue sous cet angle, l'identité est contextuelle et se bâtit dans l'interstice entre une personne et les autres. En ce sens, l'identité est formée de plusieurs éléments dont certains seront plus centraux et elle n'est pas purement le fait du choix d'un individu. Elle se construit à travers l'utilisation de signes et de symboles partagés. Elle est ouverte à l'interprétation des autres. Mais, même s'il est possible de soutenir que le genre est établi à partir de normes socialement et historiquement construites, cela ne signifie pas qu'il faille légalement assigner une identité aux personnes sur la base de ces normes dominantes.

Nous pouvons au contraire accepter de reconnaître l'identité de genre revendiquée par une personne et ce serait même, selon le professeur Graham Meyeda, une responsabilité qui s'impose, quoique différemment selon les circonstances. Ce dernier suggère de distinguer les situations où l'individu se trouve

79. Georgia Warnke illustre à quel point l'identité est liée au contexte dans lesquels se trouvent les individus et met en lumière le fait que l'identité de sexe/genre ne détermine pas nécessairement une personne que sa race ou sa religion. Dans le cas de ces dernières catégories, l'État a d'ailleurs cessé d'en tenir compte pour déterminer les droits et obligations des citoyens. Voir Georgia WARNKE, « Transsexuality and Contextual Identities » dans Laurie J. SHRAGE, « *You've Changed* ». *Sex Reassignment and Personal Identity*, Oxford University Press, New York, 2009, à la page 28.

dans un rapport éthique des cas où il se trouve dans un rapport juridique avec l'État[80].

Lorsqu'une personne désire être reconnue dans son identité choisie et que les droits des tiers ne sont pas menacés par cette autodétermination, l'État se trouve dans une relation éthique et devrait donc respecter les choix subjectifs de l'individu. Ce serait le cas lorsqu'une personne désirerait obtenir des documents d'identification comme le permis de conduire ou le passeport. Dans ces cas, l'État devrait accepter l'identité de genre revendiquée par l'individu, dans la mesure où il n'existe aucun conflit entre l'intérêt de la personne d'être reconnue dans sa subjectivité et le droit des autres citoyens. On conviendra que ce n'est absolument pas compromettant pour l'État et la collectivité de respecter l'identité de genre vécue par une personne aux fins d'identification[81]. Pour une personne vivant socialement et apparaissant comme une femme, par exemple, il n'y a aucun conflit apparent à être désigné de sexe féminin dans ses papiers officiels, peu importe le sexe anatomique ou désigné à la naissance.

Comme il n'y pas d'intérêts conflictuels à balancer dans le rapport éthique, il n'existe pas de justification légitimant l'imposition d'une identité. L'État serait donc dans un rapport semblable à celui d'une personne privée qui aurait, dans une perspective lévinassienne, une obligation éthique de reconnaître « l'autre » et d'accepter sa subjectivité[82]. Autrement dit, dans le

---

80. Graham MAYEDA, « Who Do You Think You Are? When Should the Law Let Be Who You Want to Be? » dans Laurie J. SHRAGE (dir.), *« You've Changed ». Sex Reassignment and Personal Identity*, Oxford University Press, New York, 2009, à la page 194.

81. Nous rappelons ici la critique que nous avons réservée au sexe comme identificateur. De plus, il y a lieu encore une fois de souligner qu'un pays occidental, en l'occurrence le Royaume-Uni, n'exige pas que la mention du sexe soit identifiée sur le permis de conduire.

82. Graham MAYEDA s'exprime ainsi :
This recognition of the subjectivity of the other is the beginning of ethics. In fact, as Emmanuel Levinas as demonstrated, ethics is the recognition of the subjectivity or "otherness" of the other and taking responsibility for the inviolability of this otherness. The paradigm for recognizing the subjectivity of another is the "face-to-face." When we comme face-to-face

rapport entre individus, nous devons reconnaître l'autre pour ce qu'il est, ce qu'il pense et nous ne pouvons lui imposer notre propre subjectivité, projeter sur lui nos propres préconceptions, notre propre interprétation de la « normalité ». Dans ce type de rapports, l'État aurait l'obligation éthique de reconnaître l'identité choisie par les individus[83].

iii. Les conflits entre l'autodétermination du genre et la protection d'autres intérêts

Il existe d'autres cas ou l'État se trouve dans un rapport juridique avec l'individu, ce qui signifie qu'une personne en autorité, comme un juge, devra éventuellement restreindre les droits de cette personne au nom de la protection d'autres intérêts collectifs ou pour protéger les droits d'autres personnes. Nous ne sommes alors plus dans le cas d'un face à face entre deux personnes, mais plutôt dans un rapport triangulaire où l'arbitrage entre intérêts opposés justifie l'usage étatique de la force.

Dans ce type de rapport, les droits et la subjectivité des uns doivent être déterminés en fonction des droits et des perceptions des autres. Il s'agirait de cas où pour des raisons de sécurité ou pour assurer le confort de personnes vulnérables comme des femmes victimes d'agression sexuelle, l'État refuse l'identité revendiquée par la personne pour faire primer le sexe à la naissance. Le cas de Kimberley Nixon, qui s'est vue refuser un poste de conseillère bénévole à la Vancouver Rape Relief Society parce qu'elle avait initialement été identifiée de sexe masculin, constitue un bon exemple d'un tel arbitrage. Dans ce cas, la Cour a choisi de faire primer le confort des personnes vulnérables impliquées pour mettre de côté l'identité revendiquée par Kimberley Nixon[84].

---

with someone, listen to what they say, and really look at who they are rather than perceiving them through the veil of our own sclerotic patterns of thought and ideas, we begin to regognize how we should treat others.

G. MAYEDA, préc., note 80, à la page 202.

83. *Id* , p. 206.

84. *Vancouver Rape Relief Society* v. *Nixon*, 2005 BCCA 601.

Bien que la dialectique de Mayeda apparaît prometteuse, nous pensons néanmoins qu'il existe peu de cas où l'imposition d'une identité serait justifiée, à moins que l'on soit exposé à des motifs liés à la sécurité et au confort d'autres personnes vulnérables, comme dans le cas cité plus haut.

Prenons par exemple le cas de la prison ou d'autres services d'hébergement offerts sur la base d'une ségrégation sexuelle. Est-ce qu'un trans MtF non opéré devrait être placé dans un établissement pour homme alors qu'il vit sous une apparence féminine et désire être hébergé dans une institution pour femmes? Son identification au genre féminin entre-t-elle en conflit avec le droit d'autres personnes d'être à l'abri d'une présence masculine? Autrement dit, il faut s'interroger afin de savoir si la présence d'une personne trans (que l'on peut encore, à l'état civil, considérer comme un homme) fait courir aux femmes ou aux enfants des risques accrus d'être victimes de violence sexuelle ou d'autre type de sévices[85].

Afin de répondre à ces interrogations, il convient à ce stade de se pencher sur une question fondamentale posée par le profes-

---

85. Certains sont de cet avis. Nous pensons entre autres aux commentaires tenus par le président de l'*Institute for Canadian Values* suite à l'adoption du projet de loi C-389 (*Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel (identité et expression sexuelles)* visant essentiellement à reconnaître la discrimination fondée sur l'identité et l'expression sexuelle) disant que :
Bill C-389 is a danger to our children. If 'gender identity' is enshrined in the Criminal Code of Canada, any male at any time will be permitted in girls bathrooms, showers and change rooms as long as they have an "innate feeling" of being female, according to Megan Leslie's speech as she co-sponsored the Bill. If I then try to stop such a man from showering with my little girl at the local pool I could be in breach of the Criminal Code of Canada and could face imprisonment for two years. Also, the law is a teacher, therefore gender identity will be mandatory teaching in all schools. Last year we fought hard to stop such teaching from entering the Grade 3 Ontario Sex Ed Curriculum. Bill c-389 will bring it back with the force of the law. This reckless bill must be stopped. INSTITUTE FOR CANADIAN VALUES, en ligne : <http://www. canadianvalues.ca/kmitan/422-passing_bill_c_389_is_reckless_endanger ment_of_children.php>.

seur américain Dean Spade, qui se demande si la ségrégation sexuelle garantit réellement la sécurité des personnes[86]. Le professeur Spade démontre bien qu'il n'est pas évident que cette séparation en fonction des sexes de naissance garantisse la sécurité des personnes. La violence et les agressions sexuelles dans le milieu carcéral existent bel et bien et sont largement répandues tant dans les établissements pour femmes que ceux pour hommes. Au surplus, il est possible de renverser le problème et de constater que les services offerts sur une base de séparation des sexes continuent de persécuter toutes les personnes qui ne se conforment pas aux stéréotypes de genre, notamment les gais, les lesbiennes et les personnes trans. De plus, comme l'écrivait Dean Spade, cette ségrégation peut mener à un faux sentiment de sécurité[87].

Comme nous l'avons fait pour la pertinence d'accorder des droits et obligations différentiels en fonction des sexes, il est nécessaire de questionner le principe des services et programmes offerts sur une base genrée et la nécessité, voire même l'utilité de la ségrégation sexuelle dans certains contextes.

---

86. D. SPADE, préc., note 61, 810.

87. *Id.* Spade écrit :

> In these contexts the question becomes, does sex segregation make people safe? In the bathroom context, some commentators point out that "women's" signs on bathroom doors do not function as locks, and may, in fact, create a false sense of safe space, without providing any actual meaningful security. Because women's bathrooms are a non-secure gender-specific environment, the may even lead to an opportunity to target women for violence. In residential contexts, such as foster care group homes, jails and prisons, and homeless shelters, the question again becomes whether sex segregation makes a meaningful difference in safety and prevention of sexual assault. No doubt, sexual violence occurs in these contexts despite sex segregation. Moreover, at least some evidence suggests that because of the ways that gender norms operate, sex segregation may in fact enhance violent behavior and hierarchies within institutions. What are the limits of the safety offered by sex- segregation, and what other approaches to preventing sexual violence might be even more effective? Imagining alternatives to sex segregation, and looking at existing models, helps to assess what other possibilities might exist.

Quoi qu'il advienne de ces ouvertures et compte tenu de la réalité de la société actuelle, disons simplement qu'en dépit de la présence de ces programmes genrés, l'autodétermination du genre demeure toutefois l'option la moins violente, quitte à créer quelques compromis afin d'assurer le confort des personnes impliquées.

Parmi ces compromis, nous prenons par exemple la possibilité que certains gardiens ou préposés puissent être inconfortables face à une personne trans, puisqu'ils traitent normalement avec des personnes du même sexe que le leur pour prodiguer des soins corporels ou pour procéder à des fouilles. Dans ce cas-ci, on se demande si des accommodements ne seraient pas possibles, comme celui d'avoir un employé ou un gardien homme présent dans la salle si la personne hébergée ou détenue dans un centre pour femmes est biologiquement mâle afin de pallier un éventuel inconfort. Il ne faudrait pas, par ailleurs, négliger les droits et le respect de la personne qui subit la fouille ou les soins intimes. On peut raisonnablement supposer que, dans un tel cas, la sécurité de la personne hébergée ou détenue devrait primer sur les légers réajustements administratifs que l'autodétermination du genre créerait dans de tels services.

Conclusion

La première partie de cet exposé nous a permis de présenter le cadre normatif applicable à la détermination et au changement de la mention du sexe en droit québécois. Nous avons affirmé que le sexe était déterminé, la plupart du temps, en fonction de l'apparence des organes sexuels et nous avons également présenté les conditions requises pour obtenir le changement de la mention du sexe. De plus, nous avons abordé la situation à l'étranger. Les modèles belges et français, ressemblant au cadre juridique québécois – que l'on peut qualifier de traditionnels –, ont été analysés et critiqués. Ont suivi les modèles espagnols et britanniques qui, quoique plus souples que les premiers, présentent néanmoins d'importantes failles.

La deuxième partie fut l'occasion de présenter un modèle encore aujourd'hui inexploré en droit, mais qui mériterait certainement une attention particulière du Législateur. Il s'agit de l'autodétermination du sexe à l'état civil. Nous avons observé qu'aucun principe n'empêchait valablement, en droit, la possibilité pour une personne de décider le sexe auquel elle désire être identifiée.

Cette étude nous aura permis de faire quelques constats. Les phénomènes liés à la transsexualité et à l'identité sexuelle sont complexes et continuent d'être pensés dans plusieurs sphères du savoir. Ce qui nous a animés aura été d'identifier sur quel terrain le droit est en mesure et, plus encore, justifié d'intervenir dans ce débat. Nous proposons à cet égard quelques pistes de réflexion.

D'abord, une synthèse culturelle et sociologique de l'apparition du transsexualisme et l'histoire de sa prise en charge par les autorités médico-légales depuis le XIXe siècle nous apprennent que la place du « biologique » dans l'articulation entre le sexe et le genre n'est pas avérée[88]. Et même si elle l'était et que l'on pouvait trouver l'origine biologique exacte des variations de genre comme il est possible de retracer l'origine biologique de certaines malformations physiques ou de handicaps, il n'empêche que la réflexion juridique ne doit pas se situer du côté médical. Les raisons pour lesquelles le droit détermine le sexe et y attache, dans certaines juridictions, différents droits et obligations ne relèvent aucunement de raisons médicales, mais bien de raisons politiques ou sociales. Ainsi, ce n'est pas tant d'identifier les causes pathologiques du phénomène qui nous intéresse aujourd'hui,

88. Pour une analyse culturelle du 'troisième sexe', on consultera l'excellent ouvrage Laure MURAT, *La loi du genre. Une histoire culturelle du 'troisième sexe'*, Paris, Fayard, 2006. Pour une synthèse sociologique du transsexualisme et l'historique de sa prise en charge, jusqu'aux remises en question actuelles de la notion même de transsexualisme, le lecteur consultera l'article d'Éric MACÉ, « Ce que les normes de genre font aux corps / Ce que les corps trans font aux normes de genre », (2010) 4 *Sociologies* 497.

comme dans le débat sur l'homosexualité, mais plutôt de penser de quelle façon nous pouvons articuler de façon cohérente la lutte contre les violations des droits et libertés fondamentaux qui affectent toujours certaines catégories de personnes, que ce soit en matière de handicap physique, d'orientation sexuelle ou d'identité de genre. L'orientation théorique du mouvement *queer*, féministe et celui des *disability studies* pourraient, à cet égard, éclairer une investigation en ce sens[89].

Ensuite, nous avons vu que la place de la médicalisation et les interrogations sur la pertinence de maintenir le transsexualisme en tant que désordre mental opposent de nombreux spécialistes et divisent même les personnes trans et les organisations de défense des droits qui les représentent. Nous croyons cependant qu'à l'instar de la place du biologique, la place de la médicalisation ne devrait pas freiner la restructuration du cadre juridique et politique de la discussion. En effet, de même qu'il a été possible de dépénaliser certains phénomènes comme l'avortement, la contraception ou l'homosexualité, il est possible de penser au retrait du diagnostic de transsexualisme des conditions pour obtenir la modification de la mention du sexe à l'état civil, sans pour autant en arriver à le démédicaliser au point de remettre en cause la prise en charge de certains traitements que l'on considère toujours justifiés[90]. En ce sens, l'évolution des droits reliés à la reproduction nous vient en aide. On peut réduire les stigmates associé à certains phénomènes sans pour autant refuser une prise en charge

89. L'auteure allemande Ute Kalender propose une approche qu'elle qualifie de 'trans-crip' pour aborder les questions relatives aux phénomènes trans. Pour ce faire, elle croise les critiques féministes et *queer* et les théories issues des *disabilities studies*. Voir Ute KALENDER, « Subtles pressures, coercive sterilizations and denials of access : A trans-crop approach to reproductive subjectivation », (2010) 7 :2 *Graduate Journal of Social Science* 76.

90. J. DASTI, préc., note 35; Megan LESLIE, « Boys Will Be Girls : Sex Reassignment Surgery and the Ehtics of state Funding », (2004) *Dal J Leg Stud* 239

collective, comme nous arrivons à la faire lorsqu'il est question de fertilité et de grossesse[91].

Finalement, comme le soulignait Eric Macé[92], ces constats nous forcent à repenser le cadre normatif entourant l'ensemble des transitions, des transformations ou des états qui affectent la vie des individus et qui sollicitent l'intervention du droit et de la médecine. L'identité de genre, l'infertilité, la grossesse ou les chirurgies plastiques et cosmétiques nous renvoient à une question plus générale qui est celle de l'individuation contemporaine[93]. Ces parcours ne sont pas tant des affaires de genre que des manifestations de la façon dont les individus arrivent à être reconnus ou non, discriminés ou non dans l'ordre juridique[94].

Cette analyse des conditions du changement de la mention du sexe à l'état civil nous permet donc de penser à ces phénomènes de transition non pas comme des enjeux de vérité ou de certitude médicale, mais plutôt en termes de ce que signifie aujourd'hui l'appartenance citoyenne.

---

91. Pour une telle orientation, on consultera l'article de Franklin ROMEO, « Beyond a Medical Model : Advocating for a new Conception of Gender identity in the Law », (2004-2005) 36 *Colum HRL Rev* 715.
92. E. MACÉ, préc., note 88, p. 513.
93. Anthony GIDDENS, *Les Transformations de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme*, Paris, Hachette, 2006.
94. E. MACÉ, *préc.*, note 88, p. 513.