

L'intersexualité et l'état des personnes

Le droit face à l'identité du genre

Daniel Borrillo

En droit, l'état de la personne est constitué par l'ensemble des règles qui définissent sa personnalité juridique et qui l'individualisent par rapport à sa famille et aux autres membres de la société. L'état d'une personne comprend principalement ses prénoms et nom de famille, son lieu et sa date de naissance, sa filiation, sa nationalité, sa capacité civile, son domicile, sa situation au regard de l'institution du mariage (célibataire, marié, divorcé) ainsi que son sexe. Le premier alinéa de l'article 57 du Code civil français dispose : « l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés ».

Comment détermine-t-on le sexe de la personne pour l'inscrire dans le registre civil ?

Pour rudimentaire que cela puisse paraître, dans l'immense majorité des cas, c'est au travers de l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né que les autorités déterminent : l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, la reconnaissance de cet état par la société (état civil) et finalement l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui qui le porte.

Il arrive toutefois que l'enfant possède des caractéristiques sexuelles des deux sexes. Selon la jurisprudence française « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou fémi-

nin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »¹. De surcroît, l'*Instruction générale relative à l'état civil* précise que « lorsque le sexe du nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « sexe indéterminé » et l'officier d'état civil doit conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur »².

La situation est d'autant plus problématique que la loi oblige à déclarer le sexe très rapidement, plus précisément dans les trois jours après la naissance (art. 55 du Code civil). Passé cette période, il faut déclencher une procédure judiciaire particulièrement contraignante. À cela s'ajoute le fait que la médecine n'a pas un critère uniforme pour déterminer le sexe. La lecture de la jurisprudence montre que certains praticiens se fondent sur le sexe phénotypique, d'autres font référence au sexe génétique.

L'article 288 de l'*Instruction générale relative à l'état civil* est complété comme suit : « Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire. Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents de choisir

Il faut surtout souligner le paternalisme du droit positif dans lequel parents, médecins, juges et procureurs se substituent à la personne intersexuée.

Daniel Borrillo est juriste, chercheur associé au CNRS et auteur de plusieurs ouvrages parmi lesquels *L'homophobie: Le droit des homosexuels*, *Bioéthique* et *Le Droit des sexualités*. Il est le directeur du réseau des juristes latins travaillant sur les questions de genre et de sexualités.

Le genre cesse d'être une question d'ordre public, il s'agit désormais [en Argentine] d'une faculté individuelle.

pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon ».

Considéré par les juges comme un cas de force majeure, l'intersexualité permet une modification du sexe déclaré, considéré comme résultant d'une erreur matérielle du fait de l'incertitude initiale. Ainsi, par un jugement du 2 février 1973, le Tribunal de Grande Instance de Marseille fait droit à la demande en rectification de l'acte de l'état civil de José E. De même, la cour d'appel de Versailles a fait suite, en 2000, à la demande de rectification de l'état civil et de changement de prénom d'un enfant ayant présenté dès la naissance des organes sexuels masculins extrêmement insuffisants, puisque finalement le sexe indiqué à l'origine s'était révélé erroné³.

Dans l'état actuel du droit positif français, trois solutions sont possibles : indiquer « sexe indéterminé », même si ce choix est déconseillé par la norme ; attribuer le sexe le plus probable, selon l'avis médical, quitte à le rectifier par la suite, comme nous l'avons souligné plus haut ou, enfin, n'indiquer aucun sexe, mais pour cela il faut l'autorisation du procureur de la République.

De ces trois solutions, nous n'avons constaté aucune inscription en France comme « sexe indéterminé » et rarissimes sont les autorisations pour n'indiquer aucun sexe. Pratiquement dans la totalité des cas, il y a recours aux chirurgies et traitements correctifs constituent la règle. Il faut surtout souligner le paternalisme du droit positif dans lequel parents, médecins, juges et procureurs se substituent à la personne intersexuée.

Intersexualité et identité de genre

En dehors des cas d'intersexualité, la Cour de Cassation adoptait une position restrictive la rendant sourde aux demandes des transsexuels et, même si l'opération de changement de sexe était tolérée, la modification d'état civil leur était refusée au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe d'ordre public : « le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut pas s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'a pas pour autant acquis ceux du sexe opposé »⁴.

Le transsexualisme est le sentiment d'appartenir au sexe opposé à celui assigné à la naissance. Il met en évidence la complexité du sexe et de ses diverses composantes : sexe génotypique, sexe phénotypique, sexe endocrinien, sexe psychologique, sexe culturel et sexe social. Lorsqu'il n'y a pas accord entre les as-

pects biologiques et les aspects psychosociologiques du sexe, certaines personnes se trouvent face à une situation de trouble d'identité de genre, une sorte d'intersexualité psychique. Le refus de mettre en accord les documents d'identité avec le nouveau sexe a été considéré par la Cour européenne des droits de l'Homme contraire au respect du droit de la vie privée des transsexuels provoquant un revirement de la jurisprudence française.

Bien qu'il s'agisse de situations distinctes, la manière de traiter juridiquement l'identité de genre conditionne le traitement de l'intersexualité physique. Ainsi, dans un pays comme la France où la Cour de cassation oblige à démontrer l'irréversibilité de la situation pour inscrire le changement de sexe dans l'état civil, les personnes intersexuées sont également soumises à des traitements chirurgicaux dès la naissance afin de faire correspondre l'individu à l'un ou l'autre sexe.

L'expérience argentine

La loi n° 26 743 du 23 mai 2012 suit une autre voie. Ce texte crée un nouveau droit subjectif dénommé « droit à l'identité de genre ». L'article 2 de la loi définit que : « On entend par identité de genre l'expérience intime et personnelle de son genre vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps. Celle-ci peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens pharmacologiques, chirurgicaux ou autres. Elle implique aussi d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire ». Le genre devient ainsi un élément de la personnalité disponible par l'individu en tant que composante essentielle de sa vie privée. Le genre cesse d'être une question d'ordre public, il s'agit désormais d'une faculté individuelle.

De même, la loi argentine produit une démedicalisation totale de la « dysphorie de genre », catégorie qui disparaît du savoir médical, tout comme l'intersexualité. L'identité de genre est considérée désormais comme un élément de l'identité individuelle. La médecine concourt donc uniquement pour modifier le corps, si la personne le souhaite.

Le genre : une catégorie pertinente pour l'état civil ?

Si le genre est devenu en Argentine une question privée qui dépend uniquement de la volonté individuelle, on se demande pourquoi il faut conserver la catégorie « sexe » comme un élément d'identi-

cation publique des personnes. Si, sur le plan juridique, le genre appartient à la catégorie d'« identité dynamique » plus proche de la religion, de l'appartenance politique, de la profession ou des goûts vestimentaires, pourquoi le maintenir dans les documents d'identité? Personne ne songe, de nos jours, à inscrire dans les pièces d'identité l'appartenance religieuse, la profession ou l'affiliation politique des personnes. En revanche, l'assignation obligatoire à l'un ou l'autre sexe semble constituer une nécessité juridique majeure puisqu'elle refléterait une réalité naturelle. Or, l'intersexualité démontre le contraire.

La disparition du genre comme élément déterminant de l'état civil pourrait permettre de sortir de la situation d'urgence créée par la loi en obligeant les parents et le corps médical à décider, souvent de manière précipitée, de la rectification du sexe. Les associations de personnes intersexes dénoncent la chirurgie correctrice qui est source de frustration et de troubles futurs. Certains tribunaux commencent à sortir de la logique binaire des sexes en reconnaissant des situations intermédiaires. Ainsi, la cour d'appel de Nouvelle-Galles du Sud, par une décision du 31 mai 2013, a officiellement reconnu que les formulaires australiens de naissance, décès et mariage mentionnent outre « *homme* » ou « *femme* » sous la case « *genre* », la possibilité de cocher « *neutre* ». Un an plus tard, la cour suprême d'Australie « reconnaît qu'une personne peut être ni de sexe masculin ni de sexe féminin et autorise donc l'enregistrement d'une personne comme étant d'un genre « non spécifique » », selon un avis unanime de ses juges. L'Allemagne a également adopté une loi en 2013 selon laquelle les enfants nés avec les deux sexes pourront être déclarés à l'état civil de « sexe indéterminé », et pourront par la suite soit garder cette identité neutre, soit choisir à n'importe quel moment de changer leur identité en homme ou femme.

La loi argentine ne reconnaît pas cette « neutralité » au moment de l'inscription. Pourtant, celle-ci n'est juridiquement pas nouvelle, elle avait été évoquée à la fin du XIX^e siècle par le fondateur de la médecine légale, Alexandre Lacassagne, qui militait pour une réforme de l'article 57 du code civil afin d'« imposer un examen médical à la puberté qui statuera le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil » .

Mais aujourd'hui, il n'est plus question de reconnaître un troisième sexe, mais plutôt de sortir du binarisme de genre et surtout de cesser de considérer le sexe comme une catégorie d'État. Entretemps, le passage de l'identité de genre (ordre public) vers une question de vie privée permet de sortir de la situation particulièrement tendue, celle du choix dès la

naissance, sans tenir nullement compte de la personne concernée. La facilité de changer de sexe telle qu'elle est proposée par le dispositif argentin rend moins dramatique une inscription éventuellement erronée et permet d'associer l'individu concerné au choix futur.

Conclusion

En attendant la solution idéale, c'est-à-dire celle qui consiste à faire disparaître la mention du sexe dans l'acte de naissance, la généralisation de l'indication « sexe indéterminé » semble l'alternative la moins grave. Elle permet à la fois de tenir compte de la parole de l'enfant et d'entraver des interventions chirurgicales prématurées et irréversibles.

Le changement de sexe d'un enfant de six ans en Argentine a permis d'accorder les documents d'identité du mineur avec son identité de genre sans qu'un recours ni à la chirurgie ni à des traitements hormonaux ne soit nécessaire. La souplesse du droit laisse l'individu libre de choisir son sexe en réglant uniquement la question juridique de l'état civil. Concernant la question morphologique et l'apparence, la personne peut toujours, à l'âge adulte, décider de toute intervention sur son corps. Dans le système actuel, l'enfant n'a aucun rôle dans une décision si capitale comme le choix de son sexe. De surcroît, l'article 16-3 du Code civil dispose : « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne [...] ». Continuer à faire entrer de force les individus intersexuels dans l'un ou l'autre sexe – alors qu'il ne s'agit pas d'une maladie mais de diversité sexuelle – constitue une atteinte grave à leur intégrité physique. ♦

- 1 CA Paris, 18 janvier 1974 : D. 1974, p. 196 concl. Granjon.
- 2 Art. 288.
- 3 CA Versailles, 22 juin 2000, JCP 2001.II.10595, note Guez.
- 4 Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, Bull. Civ. I n° 117, p. 83.
- 5 A. LACASSAGNE, *Les Actes de l'état civil*, Paris, A. Storck 1887, p. 91.

**La disparition
du genre
comme élément
déterminant de
l'état civil pourrait
permettre de sortir
de la situation
d'urgence créée par
la loi en obligeant
les parents et
le corps médical à
décider, [...] de
la rectification
du sexe.**
