

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Master 2 « Personne et Droit »

Juin 2012

La binarité du sexe en droit

Approche autour des questions de
l'intersexuation et de la transidentité

Mémoire présenté par Louise Scalbert

Sous la direction du Professeur Grégoire Loiseau

Je tiens à remercier le Professeur Laurence Brunet pour m'avoir aidé dans ce travail et prêté un ouvrage fort intéressant, ainsi que Pauline Trouillard, Mathilde Bellaigue et Lucien Larquère pour leurs précieuses relectures.

Merci encore au Professeur Grégoire Loiseau pour m'avoir soutenue et encouragée dans ce travail.

Principales abréviations juridiques

Sources du droit

CASF = Code de l'action sociale et des familles

C. civ. = Code civil

Circ. = circulaire

Conv. EDH = Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

C. pén. = Code pénal

CSP = Code de la santé publique

CSS = Code de la sécurité sociale

C. trav. = Code du travail

D. = décret

IGEC = Instruction générale relative à l'état civil

L. = loi

Rép. min. = réponse ministérielle écrite

Publications

Bull. A.P. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)

Bull. civ. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)

Bull. crim. = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)

Cah. jurispr. = Cahiers de jurisprudence

D. = Recueil Dalloz

Defrénois = Répertoire général du notariat Défrénois

Dr. Famille = Droit de la famille

Dr. et patr. = Droit et patrimoine

Gaz. Pal. = Gazette du Palais

JCP G = Jurisclasseur périodique, édition générale

JO = Journal officiel de la République française (lois et règlements)

LPA = Les Petites Affiches

RDSS = Revue de droit sanitaire et social

Rép. civ. = Répertoire Dalloz de droit civil

RJPF = Revue juridique Personnes et Famille

RRJ = Revue de recherche juridique (Aix-en-Provence)

RTD civ. = Revue trimestrielle de droit civil

S. = Recueil Sirey

Juridictions

Ass. plén. = arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

CA = arrêt d'une Cour d'appel

CC = arrêt du Conseil constitutionnel

CEDH = arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme

Civ. = arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation

Crim. = arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation

TGI = jugement d'un tribunal de grande instance

Acronymes

ALD = Affection de longue durée	INSEE = Institut national de la statistique et des études économiques
CIM = Classification internationale des maladies	LGBT = Lesbiennes, gays, bissexuels et transgenres
DSM = Diagnostic and Statistical Manual	MtF = Male to Female = transsexuelle devenue femme
FtM = Female to Male = transsexuel devenu homme	OMS = Organisation mondiale de la santé
HALDE = Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité	STS67 = Association Support Transgenre Strasbourg
HAS = Haute Autorité de Santé	
IDAHO = International day against homophobia and transphobia	

Abréviations usuelles

Aff. = affaire	<i>op. cit.</i> = <i>opere citato</i> = dans l'ouvrage cité
al. = alinéa	p. = page
anc. = ancien	par ex. = par exemple
Art. = article	préc. = précité
cep. = cependant	pub. = publié
<i>cf.</i> = se reporter à	rapp. = rapport
chron. = chronique	s. = et suivants
coll. = collection	Sect. = section
concl. = conclusions	spéc. = spécialement
<i>Contra</i> = solution contraire	<i>supra</i> = ci-dessus
dir. = sous la direction de	t. = tome
doctr. = doctrine	trad. = traduit par
éd. = édition	V. = voyez
<i>ib.</i> = <i>ibid.</i> = <i>ibidem</i> = au même endroit	vol. = volume
<i>infra</i> = ci-dessous	
jurispr. = jurisprudence	
n. = note	Sauf indication contraire, les articles cités se réfèrent au Code civil.
n° = numéro	

Sommaire

Titre 1: L'axiome juridique de la binarite du sexe.....	16
Chapitre 1 La reconnaissance juridique du sexe limitée à deux catégories	17
<u>Section 1</u> : Le sexe : féminin ou masculin.....	17
<u>Section 2</u> : Les utilités de la partition du sexe en deux catégories	23
Chapitre 2 L'inadéquation de la binarité sexuelle aux personnes transgenres et intersexes : des maladies ?	28
<u>Section 1</u> : Le droit soumis à la médecine ou la légitimation des actes médicaux par le droit.....	29
<u>Section 2</u> : La vertu curative du droit	37
Titre 2 : La binarite sexuelle inadaptee : la necessite de rajustements.....	40
Chapitre 1 Les adaptations du droit aux « problématiques » intersexuation et transidentité.....	41
<u>Section 1</u> : Le changement de sexe à l'état civil.....	41
<u>Section 2</u> : Le changement de prénom	50
Chapitre 2 Nécessité d'une réforme face à l'insuffisance du droit actuel	52
<u>Section 1</u> : Insatisfaction des solutions juridiques actuelles.....	53
<u>Section 2</u> : Quelle législation ?.....	55

Introduction

« *De Bacchus, Vénus eut les Grâces ; d'Anchise, Énée ; et de Mercure, l'Androgyne, ce monstre charmant qui semble avoir hésité dans le choix de son sexe, entre celui d'une mère si belle et celui d'un père aussi vif, et finit, pour sortir du doute, par prendre les deux.* »

Émile Henriot, *Mythologie légère*, 1957, p. 37

« *Ô moment indécis du corps comme de l'âme, nuance délicate, intervalle imperçu de musique plastique, sexe suprême, mode troisième! Los à toi!* »

Joséphin Péladan, *De l'androgyne, théorie plastique*, 1910, p. 89

1. Le mythe de l'androgyne est vieux comme le monde. Beauté suprême chez Hermaphrodite, fils d'Hermès et d'Aphrodite, potentiel alarmant chez les androgynes du *Banquet* de Platon, ou encore mythe de l'être double dans certaines sociétés comme les Dogons, la possession simultanée des deux attributs sexués a toujours passionné et impressionné. Mais ce mythe inquiète aussi : face au cumul des deux attributs, Zeus sépara brutalement en deux l'individu androgyne.

L'entremêlement du sexe masculin et féminin se retrouve tout au long de l'histoire humaine. Dans la société bourgeoise européenne, jusqu'à la première moitié du XX^e siècle, il était d'usage de traiter les petits garçons comme des petites filles, cheveux longs, robes et coiffures féminines étaient de rigueur jusqu'à l'âge de 4 à 6 ans¹. Chez les Inuits, l'identité du sexe dépend du genre de l'âme-nom réincarnée dans l'individu. Si ces exemples nous montrent que le cumul ou l'inversion des sexes jalonnent l'humanité, les questions d'identité sexuelle restent cependant taboues dans notre société. Même si les propos de Simone de Beauvoir selon lesquels « On ne naît pas femme, on le devient »

¹ V. le récit de Jean-Paul Sartre dans *Les mots*, 1964

sont désormais fréquemment invoqués, il n'en reste pas moins que les transformations sexuelles, et les identités hors normes sont difficilement reconnues.

2. Le sujet de la transidentité est aujourd'hui entré sur la scène médiatique. Un mannequin androgyne, Andrej Pejic, révélé dans les défilés de Jean-Paul Gaultier pour des vêtements de mariage, pose aussi bien pour des collections homme que femme ; une chanteuse transsexuelle, Dana International, apparaît au Monde en entier lorsqu'elle gagne à l'évènement Eurovision en 1998 ; une députée transsexuelle, Anna Grodzka, remporte des élections législatives en Pologne en 2011. Autant d'individus qui intriguent et fascinent, effraient et attirent. Aujourd'hui, le phénomène transgenre semble le nouveau combat surgissant de la lignée du mouvement LGBT (Lesbiennes, Gays, Bisexuels, Transgenres), amenant avec lui sur scène les demandes de reconnaissance des personnes intersexes.

3. Cette émergence n'emporte pas pour autant l'accueil escompté. On cache, on ne compte pas, on n'organise aucun débat et, par voie de conséquence, on ne légifère pas. Le malaise règne quand les organes sexuels sont en jeu. Pourtant, l'intersexuation et le transsexualisme et, par-delà, la transidentité, sont des réalités. La binarité du sexe, impliquant qu'il n'y ait que deux sexes, semble mise à mal. Pourquoi alors notre société semble-t-elle persister à considérer seulement deux sexes, le masculin et le féminin ?

4. Avant de plus amples débats, une approche terminologique est nécessaire.

§1 Intersexes et transgenres : l'altersexuation²

5. **Avant-propos** - Étudier dans un même travail les intersexes et les transgenres n'est pas évident. Les revendications ne sont pas toujours les mêmes, et les associations de personnes intersexes militent pour que cette différenciation soit bien opérée. Pour autant, nous avons choisi de les étudier simultanément, car elles soulignent un même problème : celui de la binarité sexuelle.

6. Qu'est-ce que l'intersexuation, le transsexualisme, et, partant, qu'est-ce qui les différencie ?

I. Le transsexualisme

7. **Histoire** - Auparavant considéré par l'Église et par les juristes comme un comportement sexuellement déviant, le transsexualisme va peu à peu être accepté et étudié en tant que tel. Au XX^{ème} siècle, on distingue le travestissement de l'homosexualité. Puis ce comportement commence à être apprécié en tant que maladie. En 1931, Félix Abraham³ reconnaît, dans sa classification du travestissement, la catégorie des « travestis extrêmes » correspondant plus ou moins à la pathologie transsexuelle actuelle. Mais c'est surtout avec les travaux du psychologue Harry Benjamin⁴ et du psychiatre Robert Stoller⁵ que le terme de transsexualisme, pathologisé, se banalise. Aujourd'hui, le

² Nathalie RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

³ Félix ABRAHAM, *Les perversions sexuelles*, 1931 ; cité par Sylvie SESÉ-LÉGER, « Transsexualisme » (2009), in *Encyclopaedia Universalis*, [CD-ROM]

⁴ Symposium tenu à l'Académie de médecine de New York, 1953 : il se fait le partisan de l'accès à la transformation des corps pour ces personnes. V. *The transsexual phenomenon*, 1966

⁵ Robert STOLLER, *Sex and Gender*, 1964

transsexualisme est un phénomène connu et reconnu⁶. Les chiffres restent cependant flous, montrant le malaise qui plane toujours autour de cette question⁷.

8. Définitions - Ce qui est moins connu, ce sont les réalités que les mots recouvrent. Il convient de s'arrêter un moment sur les définitions, afin d'éclaircir les divers phénomènes ici étudiés⁸.

La **transidentité**, autrement appelée **transgénérisme**, regroupe toutes les personnes dont l'identité de genre diffère de la norme, la transgresse⁹.

L'**identité de genre** a été définie par un groupe d'experts du droit international des droits de l'homme comme « faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre, profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire »¹⁰. Les personnes dont le genre ne coïncide pas avec leur sexe de naissance figurant à l'état civil sont les **transgenres** ou **trans**. Ils/Elles peuvent être :

- **transsexuel(le)s** ou *transsexué(e)s*¹¹, souffrant d'une dysphorie de genre au point de ressentir le besoin de modifier leur corps physiquement afin de le faire correspondre, ou à tout le moins à le rapprocher, de leur identité de genre (on nommera *transsexuel* la personne étant devenue homme après avoir été femme (« Female to Male » ou FtM) et *transsexuelle* la personne étant devenue femme après avoir été homme (« Male to Female » ou MtF), suivant alors les volontés de ces personnes) ;
- **travesti(e)s**, utilisant des tenues ou accessoires vestimentaires se rapportant traditionnellement à l'autre genre ;
- **intergenres**, leur genre n'étant pas réellement déterminé, variant...

L'idée qui sous-tend l'ensemble de ces caractères est celle du « franchissement d'une barrière entre les sexes »¹².

La distinction entre l'ensemble de ces phénomènes est difficile, voire vaine. Pour autant, des praticiens du domaine médical ainsi que des juristes ne renoncent pas à classer selon ces différences.

9. Changement de sexe réservé aux transsexuels - Aujourd'hui, seul(e)s les transsexuel(le)s ont droit de cité sur la scène juridique. La notion de transsexualisme est ainsi entendue strictement dans le milieu juridique, se référant totalement aux définitions du corps médical. Selon ce dernier, le transsexualisme est un « sentiment profond, inébranlable et continu d'appartenir au sexe opposé à celui de l'état civil, malgré des caractères anatomiques et cytogénétiques sans ambiguïté [mêlé au] désir intense et obsédant d'obtenir dans ce sens le changement de sexe morphologique, fonctionnel et

⁶ En atteste notamment la quantité d'articles et de journaux non spécialisés sur la question : v. par ex. *Courrier International*, n° 1102, décembre 2011 ; *Sciences humaines*, n° 235, mars 2012

⁷ Les chiffres varient grandement selon les publications (de 1% à 1/50 000) ; le rapport de la Haute Autorité de Santé retient une prévalence allant de 1/10 000 à 1/ 50 000

⁸ Pour cette partie, nous nous sommes largement référé au glossaire de l'Association Support Transgenre Strasbourg (STS67, <http://www.sts67.org/>, consulté le 19.04.12)

⁹ Notons le préfixe *trans-* du latin *au-delà*, à *travers*

¹⁰ Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, présentés par un collège d'experts internationaux à l'ONU le 26 mars 2007. Ils n'ont pas une portée normative, mais commencent cependant à être mentionnés par des organes de l'ONU et certaines juridictions étatiques.

¹¹ Selon l'association STS67, on devrait préférer ce terme car il n'est en effet pas ici question d'orientations sexuelle mais de ressenti de genre. Elle souligne par ailleurs que le terme *transsexuel* conduit souvent dans le langage courant et dans les médias à des amalgames avec des situations différentes (<http://www.sts67.org/>, consulté le 19.04.12).

¹² Colette CHILAND, *Le transsexualisme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003, p. 10

légal [ne trouvant une] satisfaction durable [que] lorsque la transformation demandée a été effectuée correctement après qu'un diagnostic ait été posé »¹³. La jurisprudence permettant le changement de sexe ne définit donc pas le transsexualisme, mais se contente de se référer à son *syndrome*, laissant toute liberté à la médecine pour en décider.

C'est cette reconnaissance et cet encadrement par le domaine médical de la « pathologie » qui aboutiront à ce que la France reconnaisse la possibilité pour les transsexuels de changer de sexe sur leur état civil. Après avoir d'abord rejeté ces demandes sur le fondement de l'indisponibilité de l'état des personnes¹⁴, la France fut condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans un arrêt *B. c. France* sur le fondement du droit au respect à la vie privée garanti par l'art. 8 Conv. EDH¹⁵, pour, notamment, imposer l'utilisation trop fréquente de documents mentionnant le sexe réel de l'intéressé. La France aurait pu faire face à ce manquement en se dotant d'un système permettant aux personnes transsexuelles d'obtenir des documents mentionnant le sexe dont elles ont l'apparence¹⁶. La Cour de cassation décide pourtant d'aller de l'avant, et se prononce en faveur du changement de sexe à l'état civil : « Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine, [...] le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence »¹⁷.

10. Quant aux autres personnes transidentitaires, en dehors de la binarité sexuelle homme-femme, le droit leur refuse tout changement de sexe. Seuls les transsexuels ont une place dans notre droit.

Quid des intersexes ?

II. L'intersexuation

11. Définition et Histoire - Un autre phénomène interrogeant la binarité des sexes est celui de l'**intersexuation**¹⁸. Il concerne les personnes dont le sexe physique n'est clairement ni féminin ni masculin. Ceci résulte d'une anomalie génétique ou d'une anomalie survenue dans le développement des organes génitaux.

Monstruosité dans l'Antiquité, ces individus étaient brûlés, et leurs cendres jetées au vent jusqu'au XVII^{ème} siècle, car l'on croyait qu'ils provenaient de l'œuvre de Satan¹⁹. Néanmoins, ce phénomène a également beaucoup attiré et impressionné. Longtemps dénommés *hermaphrodites*²⁰, ils

¹³ Véronique ALUNNI-PERRET, Dominique PRINGUEY, Sandrine THAUBY, Frantz KOHL, E. ÉLLUL, Mireille BODA-BUCCINO, Patrick FÉNICHÉL, Daniel CHEVALLIER, Gérald QUATREHOMME, « Proposition de prise en charge du transsexualisme : l'exemple du collège spécialisé multidisciplinaire niçois », *Journal de médecine légale & Droit médical*, 2003, vol. 46, n° 1, 3-9

¹⁴ Civ. 1^{re}, 21 mai 1990 (4 arrêts), n° 88-12.829, Bull. civ. I, n° 117, p. 83 ; n° 88-15858, n° 88-12163 et n° 88-12250, inédits ; D.1991.169, rapp. J. Massip ; JCP G, 1990.II.21588, concl. F. Flipo, rapp. J. Massip ; Gaz. Pal. 1991, 1, p. 33, concl. F. Flipo : « Le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé. »

¹⁵ CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87, JCP G, 1992.II.21955, n. T. Garé ; D. 1993, jurispr. p. 101, n. J.-P. Marguénaud

¹⁶ François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, 12^e éd., Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2007, p. 194 ; V. infra, n° 137

¹⁷ Ass. plén., 11 déc. 1992 (2 arrêts), n° 91-12.373, n° 91-11.900, Bull. A.P., n° 13, p. 27 ; JCP G, 1993.II.21991, concl. M. Jéol, n. G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1992, 348, flash 25 ; Gaz. Pal. 1993, 90, panorama 65 ; Gaz. Pal. 1993, 101, jurispr. 10

¹⁸ On préférera en effet ce terme à ceux d'*intersexualité* ou d'*intersexualisme*, la question ne relevant pas de la sexualité de l'individu.

¹⁹ Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, Cours au collège de France 1974-1975, Gallimard, Le Seuil, coll. Hautes Études, 1999, p. 62, cité par Anne DEBET, « Le sexe et la personne », LPA, 1^{er} juill. 2004, n° 131, p. 21

²⁰ Qui désigne aujourd'hui scientifiquement une forme de reproduction asexuée

parent être (et sont parfois toujours) choyés dans certaines sociétés²¹ dans lesquelles ils sont le symbole de la complétude.

Aujourd'hui, la place des intersexes dans nos sociétés reste taboue, et les chiffres divergent. Pour autant, leur nombre n'apparaît pas négligeable : la Haute Autorité de Santé²² indique que la fréquence d'une telle population pourrait atteindre les 2%.

12.La transidentité et l'intersexuation ne peuvent être aujourd'hui négligées dans un État défenseur des droits de l'homme et des libertés. Ils amènent sur la table la question de la définition du sexe. Comment définir le sexe à travers ces phénomènes ? C'est en effet dans ces cas que son appréhension pose problème. Le changement de sexe ayant été admis, grande révolution de notre droit, il n'en reste pas moins que ce changement ne peut s'opérer que si l'on a défini la notion de sexe. Ainsi, aujourd'hui, « la véritable question n'est pas celle du changement de sexe, mais bien celle de la définition du sexe lui-même »²³.

§2 Définition du sexe

Le sexe revêt, dans le langage juridique, plusieurs significations : il désigne « les hommes et les femmes (sexe biologique), les comportements attendus de chaque catégorie (sexe social ou genre proprement dit) et le désir sexuel et affectif des uns envers les autres (hétérosexualité) »²⁴.

13. Sexe/Sexualité - En avant-propos, rappelons une différence essentielle qui doit être faite, pour éviter toute confusion. Le sexe englobe dans cette étude une dimension organique, voire sociale, se rapprochant alors du genre, mais n'est jamais abordé dans sa dimension active, à savoir des relations sexuelles, qui est englobé par la notion de *sexualité*. Si cette différence semble relativement claire, il convient de bien l'avoir en tête, tant elle peut parfois être confuse pour certaines consciences, assimilant le transsexualisme ou l'intersexuation à une sexualité (d'où l'importance du suffixe – *sexuation*, permettant de détacher ces phénomènes de la sexualité). Les questions d'identité sexuelle ne sont pas des questions de sexualité : on peut être aussi bien trans MtF avec une attirance pour les hommes, les femmes, ou les deux, et inversement, comme on peut être un individu « normal » (en tant que conforme à son identité de genre), avec des attirances pour des individus ayant la même identité de genre, une identité opposée, ou les deux.

14. Multitude des acceptions de la notion de sexe - Qu'est-ce que ce sexe ? Ou plutôt, quelle définition en retenir aujourd'hui ? Les évolutions sociales et médicales ont en effet abouti à déceler une pluralité de composantes.

Aucun texte juridique n'a défini ce que la notion de « sexe » recouvrait. Cette absence de définition, qui se retrouve dans de nombreux pays²⁵, peut s'expliquer par deux arguments. Tout d'abord, le caractère naturel – à premier abord – du sexe, semble inviter à ne pas le définir, celui-ci semblant évident. Au-delà de cet argument, c'est l'ensemble du corps qui était, jusqu'aux lois bioéthiques, quasi-absent du Code civil. Ceci peut s'expliquer par la tradition chrétienne qui faisait de

²¹ Il en est ainsi chez les Dogons : V. Germaine DIETERLEN, « L'image du corps et les composantes de la personne chez les Dogon », in *La notion de personne en Afrique Noire*, Paris, éd. L'Harmattan, 1971

²² Rapport de la Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 23

²³ Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000, p. 365

²⁴ Daniel BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in Nicole GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal (Belgique), Éd. Anthemis, 2012

²⁵ Par ex. en Pologne : Katarzyna PFEIFER, « Transsexualisme et droit polonais », RRJ, 2003-3, p. 1609

l'homme le simple usufruitier de son corps, le Créateur étant le seul propriétaire de celui-ci : seule l'âme devait être l'objet de réflexion de l'humain. « L'homme y est personne, c'est-à-dire pur esprit. »²⁶ La personne n'est envisagée que dans son caractère social et donc dans ses relations à autrui (règles sur le nom, sur l'état civil, sur l'incapacité). Le sexe, en tant qu'objet matériel de la personne, n'est donc logiquement pas défini.

15. Pourtant, le droit s'y réfère, notamment pour son attribution à la naissance²⁷. Or, avec l'évolution des sciences²⁸ et des mœurs, il est devenu nécessaire de préciser ce que signifiait cette notion. Elle recouvre en effet une multitude d'aspects. Nous aurions tous cinq sexes²⁹ : le **sexe gonadique** ou **morphologique**, qui transparait par les organes sexuels externes et internes ; le **sexe hormonal**, qui, par la présence d'hormones sexuées que sont la testostérone et les œstrogènes notamment, se traduit par la présence de caractères sexuels secondaires (pilosité, seins...) ; le **sexe chromosomique** (XX chez les femelles, XY chez les mâles) ; le **sexe psychologique**, qui est le sentiment d'appartenance à tel ou tel sexe ; puis finalement le **sexe comportemental** ou **psychosocial**. Quel est le sexe pris en compte par le droit ?

16. La notion morphologique initialement privilégiée – Le sexe a d'abord été défini par son caractère physique apparent. En effet, l'ancienne version de l'article 57 prévoyait la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil³⁰ : le sexe est alors celui que l'on constate à la naissance. La jurisprudence relative au mariage est venue préciser la notion de sexe en ce sens. Seule l'apparence des organes féminins ou masculins entre en ligne de compte : l'apparence d'organes féminins suffit ainsi à considérer une personne comme étant une femme, quand bien même elle présentait aussi des caractères intersexués. Dès lors, le mariage n'était ni nul, ni inexistant³¹.

Cet aspect domine aujourd'hui, l'assignation d'un sexe à la naissance se faisant sur un simple certificat médical. On se fie à l'apparence du sexe du nouveau-né.

17. Prise en compte du caractère chromosomique en cas de difficultés – Le développement des sciences a permis de fonder la différence entre les hommes et les femmes sur une composante physique quasi-absolue, issu du génome des êtres humains : la paire de chromosomes XX ou XY déterminera le fait d'être respectivement une femme ou un homme.

Cette composante n'est pas fréquemment utilisée. C'est seulement en cas d'intersexuation qu'on s'y réfère, afin de pouvoir déterminer le sexe *prévalent* du nouveau-né. Elle peut également être utilisée en cas de litige lorsque le sexe emporte des effets conséquents, comme dans les cas de compétitions sportives³².

²⁶ Jean CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, t. 1, 1950, p. 331

²⁷ Art. 57 C. civ.

²⁸ « Dès lors que la chirurgie moderne a les moyens de changer l'image sexuelle de l'être humain, le progrès scientifique devient un facteur de perturbation de la notion de sexe. » : Bruno PY, *Le sexe et le Droit*, Paris, PUF, 1999, p. 9

²⁹ Jean-François DORTIER, « Nos cinq sexes », *Sciences humaines*, n° 235, mars 2012, p. 30

³⁰ Permettant ainsi d'éviter le camouflage des garçons pour les faire échapper à la conscription.

³¹ Civ., 6 avr. 1903, D. 1904, n°1, p. 395, concl. Baudouin ; S. 1904, I, p. 273, n. A. Wahl : « La validité légale du mariage est subordonnée à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint ». La Cour de cassation casse ainsi l'arrêt qui prononçait la nullité du mariage au titre que la femme n'en était pas une mais simplement une « personnalité incomplète ».

³² Pour les Jeux Olympiques d'Albertville en 1992, le Comité International Olympique a néanmoins retenu une définition souple du sexe chromosomique, reconnaissant certaines malformations génétiques. Cf. Anaïs BOHUON, « Test de féminité : vide juridique et bouleversement de l'ordre sportif », *Jurisport*, mars 2010, p. 96

18. Les éléments psychosociaux - Le sexe ne se résume pourtant pas à une simple dimension physique. Peu à peu, il va être montré, notamment grâce aux travaux sur le genre³³, que cet élément des personnes revêt un caractère social.

Ces composantes sont reconnues par la Cour de Cassation ainsi que par les juridictions du fond – bien qu’insuffisantes pour invoquer un changement de sexe³⁴. Puis la Cour Européenne des Droits de l’Homme, admettant le mariage des personnes transsexuelles, annoncera clairement « ne plus être convaincue que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques »³⁵.

Aujourd’hui, c’est donc un ensemble d’éléments se combinant qui permet une définition juridique du sexe. C’est justement pour cela qu’il est difficile de le prendre en compte et de l’établir.

Qu’est-ce qu’un homme ou une femme aujourd’hui ? Si ce ne sont plus les seins, le vagin ainsi que la capacité d’enfanter qui font les femmes, pas plus que ce ne sont le sperme et la faculté d’engendrer qui font les hommes³⁶, quels éléments prendre en compte ? Les composantes physiques semblent en déclin ; les composantes sociales qui font les hommes et les femmes le sont également, et ce depuis longtemps :

« Les garçons, on dirait des filles, avec leurs cheveux longs ; quant à nous les filles, on dirait des garçons, les filles en pantalon [...] Non, nous n’avons rien des anges, des anges du paradis. Laissez-les au ciel là-haut, les anges. La Terre n’est pas le Paradis. »

Ces paroles de Serge Gainsbourg, chanson interprétée par France Gall³⁷, attestent en effet de l’amorce entreprise dans la contestation des clichés sociaux.

19. L’apparence : le caractère morphologique toujours dominant ? - Comment alors rattacher les individus à l’un des deux sexes ? Les phénomènes du transsexualisme et de l’intersexuation obligent à prendre en compte une certaine définition du sexe, et à faire pencher la balance dans un sens plutôt social ou physique. La définition du sexe par ses multiples composantes n’est donc pas complètement effective en droit.

La Cour de Cassation accepte le changement des transsexuels en vertu de l’apparence qui rapproche la personne transsexuelle de l’autre sexe³⁸. C’était à vrai dire un des seuls fondements possibles³⁹ : le nouvel état de la personne transsexuelle est « imparfait, la formule chromosomique

³³ Cf. infra, n° 20 s.

³⁴ Civ. 1^{re}, 7 juin 1988, n° 86-13.698, Bull. civ. I, n° 176, p. 122 ; Gaz. Pal. 1989, 159, jurispr. p. 4 ; Civ. 1^{re}, 10 mai 1989, n° 87-17.111, Bull. civ. I, n° 189, p. 125 ; JCP G, 1989.IV.257 ; D. 1989, p. 171 ; Gaz. Pal. 1989, 332, p. 157 ; Gaz. Pal. 1989, 267, panorama p. 126 ; Agen, 2 févr. 1983, Jurisdata n° 1983-600997 et n° 1983-041621, JCP G, 1984.II.20133, Gaz. Pal. 1983, 310 : « le sexe, non défini par la loi, est la résultante de composantes diverses : génétique, morphologique, hormonale, mais aussi psychologique (vécu personnel) et psychosocial (vécu relationnel). »

³⁵ CEDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; JCP G, 2003.I.132, étude C. Byk ; D. 2003, p. 2032, n. A.-S. Chavent-Leclère ; RJPF nov. 2002, p. 14, n. A. Leborgne ; spéc. § 100 ; Confirmé par CEDH, 24 juin 2010, *Schalk & Kopf c. Autriche*, n° 30141-04 ; D. 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ famille 2010.333 ; Constitutions 2010.557, obs. L. Burgorgue-Larsen ; RTD civ. 2010.738, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 765, obs. J. Hauser ; spéc. §82

³⁶ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, « Changement d’état civil des personnes *trans* en France : du transsexualisme à la transidentité », in Nicole GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal (Belgique), Éd. Anthemis, 2012

³⁷ « Nous ne sommes pas des anges », Paroles de Serge Gainsbourg, Interprète France Gall, Album *Baby Pop*, 1966

³⁸ V. cep. Nancy, 3 janv. 2011, n° 09/00931, inédit : « l’état civil d’une personne doit indiquer le sexe dont elle a l’appartenance »

³⁹ Et c’est d’ailleurs en ce sens que certains auteurs ont déclaré que le changement de sexe à l’état civil était un « abus de langage » : Jacques MASSIP, « Le transsexualisme... Encore », *Défrenois*, 1993, n° 15-16, p. 896

restant inchangée, [le transsexuel] se rapproche davantage, par son apparence physique, son psychisme et son insertion sociale, du sexe revendiqué » que du sexe initial⁴⁰. De plus, cette théorie était bienvenue car elle permettait de ne pas avoir à trancher « la question quasi-métaphysique de savoir si un transsexuel a réellement changé de sexe ». ⁴¹

Cependant, l'apparence nous ramène au physique de la personne. La jurisprudence se rattache donc à la morphologie observable des corps pour définir le sexe de l'individu. Ne revient-on pas alors à l'unique composante physique du sexe ?

Face à ce retour du physique – bien qu'incomplet⁴² – il est intéressant de réfléchir à la notion du sexe au travers des études de genre. Celles-ci nous permettent de repenser la notion même du sexe, et par là-même, la binarité de celui-ci.

§3 Les études du genre venant remettre en cause la définition du sexe

20.Plan - Si la notion de **genre** est utilisée depuis peu dans notre langage français courant – on dénonçait souvent une malencontreuse traduction du terme, ou encore une inadaptation de la notion à nos sociétés européennes – la démarche qui sous-tendait cette notion a commencé très tôt, notamment avec les études de Simone de Beauvoir sur le deuxième sexe. Puis la notion sera fortement mobilisée par les mouvements féministes des années 60-70. Les *gender studies* permettent de dénoncer les inégalités de traitement entre les hommes et les femmes, mais aussi de contester une histoire jusqu'alors androcentrée.

I. La notion de genre : tentative d'une présentation succincte

21.Aujourd'hui, le *genre* recouvre une multitude de phénomènes et relève d'un grand nombre de définitions. Nous nous proposons ici d'aborder deux aspects de cette notion de manière succincte, selon un développement proposé par la sociologue Irène Théry⁴³. Nous aborderons donc le genre comme un attribut identitaire des personnes, puis le genre en tant que modalité des relations sociales.

22.Le genre comme attribut identitaire des personnes - Il est souvent omis que cette notion a été créée par un « discours biotechnologique de la fin des années 1940 »⁴⁴ des psychologues et psychiatres souhaitant traiter les problèmes afférant au transsexualisme et à l'intersexuation. C'est John Money⁴⁵ et Robert Stoller⁴⁶ qui, les premiers, recourent à cette notion de *gender* dans le but de l'opposer à la notion de *sexe* : « le genre a des connotations psychologiques et culturelles, plus que biologiques. Si les termes appropriés pour sexe sont « mâle » et « femelle », les termes correspondant pour genre sont « masculin » et « féminin » ; ces derniers peuvent être totalement indépendants du sexe biologique [...]. Le genre est la quantité de masculinité ou de féminité que l'on trouve dans une personne, et bien qu'il y ait des mélanges des deux chez de nombreux êtres humains, le mâle normal a évidemment une prépondérance de masculinité et la femelle normale une prépondérance de

⁴⁰ Paris, 27 janv. 2011, n° 10/04525, inédit

⁴¹ Michel JÉOL, conclusions sous Ass. plén., 11 déc. 1992 (2 arrêts), n° 91-12.373, n° 91-11.900, Bull. A.P., n° 13, p. 27 ; JCP G 1993.II.1991, concl. M. Jéol, n. G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1992, 348, flash 25 ; Gaz. Pal. 1993, 90, panorama 65 ; Gaz. Pal. 1993, 101, jurispr. 10

⁴² Sur la suppression de l'obligation de chirurgie de réassignation sexuelle, V. infra n° 106

⁴³ Irène THÉRY, *Qu'est-ce que la distinction de sexe ?*, Bruxelles, 2^e éd., Yapaka, coll. Temps d'Arrêt/Lectures, 2011, p. 23

⁴⁴ Beatriz PRECIADO, *Testo junkie – Sexe, drogue et biopolitique*, Paris, Grasset, 2008, p. 93

⁴⁵ Sexologue au John Hopkins Hospital de Baltimore

⁴⁶ Psychiatre et psychanalyste à l'Université de Californie

féminité »⁴⁷. Le genre, opposé au sexe, devient, au même titre que ce dernier, une composante de l'identité de la personne.

23. Utilisée pour légitimer des opérations de traitement des enfants intersexes dès le plus jeune âge, cette définition sera critiquée. A l'opposition binaire du corps et du genre s'opposera alors à une vision plus libre de ce concept dès les années 80.

24. Le genre comme modalité des relations sociales⁴⁸ - Ann Oakley⁴⁹ propose l'acception du terme de *gender* comme un construit social variable et évolutif. Elle met en exergue la dimension constructiviste du genre : les individus sont orientés vers des modèles de la féminité ou de la masculinité, vers des identités et des rôles sociaux historiquement attribués à chaque sexe à partir d'une naturalisation des différences sexuelles et l'idée d'un profond déterminisme biologique. Elle ne remet pas en cause la conception naturelle du sexe, mais elle montre la place considérable que prend la biologie en tant que produit constructif de la différence sociale.

Ainsi, le genre se pense comme terrain des relations de pouvoirs entre le masculin et le féminin. Les études féministes de Judith Butler, Hélène Cixous, Luce Irigaray... s'inspirant principalement des théories sur la sexualité et la domination de Michel Foucault et Jacques Derrida viennent dénoncer le *phallogocentrisme* de la culture occidentale d'un monde formé par les hommes et pour les hommes : l'histoire, les coutumes, les sexualités et les relations entre les individus sont placés sous un dominant masculin.

Puis finalement, ce sont les dualismes mêmes qui viennent à être contestés⁵⁰, la dichotomie ne permettant pas de rendre compte pleinement de l'enjeu des relations et actions sociales⁵¹. L'ensemble des oppositions binaires, à savoir genre/sexe, corps/esprit⁵², masculin/féminin est concerné. « Le binôme féminin-masculin ne vient pas épuiser le champ sémantique du genre »⁵³. Le biologisme de la différence de sexes est dénoncé par les études féministes, venant remettre en cause les présupposés des sciences dures. Peu à peu, le sexe devient un continuum, et la différence entre le sexe féminin et le sexe masculin devient fiction. Les questions *trans* et *inter* sont intéressantes en cela que ce dualisme est remis en question. Les catégories d'hommes et de femmes sont amenées à être revisitées.

25. Cette dénaturalisation du sexe et de la dénonciation des rapports sociaux qu'il sous-tend se doit, dans cette étude, d'être mise en rapport avec le domaine juridique.

II. Le genre et le droit

26. Apparition récente de cette problématique dans le domaine juridique - La question du genre gagne tous les milieux scientifiques. Cette apparition est cependant tardive en droit. Les livres

⁴⁷ Robert STOLLER, *Recherches sur l'identité sexuelle*, trad. française de M. Novodorski, Paris, Gallimard, 1978, p. 28

⁴⁸ Irène THÉRY, *op. cit.*, p. 39

⁴⁹ Sociologue et féministe anglaise, auteur de *Sex, Gender and Society*, 1972

⁵⁰ Il convient ici de relever l'importance de la notion de *genre* en tant que notion neutre permettant de dépasser l'ensemble de ces dualismes.

⁵¹ Irène THÉRY, *op. cit.*, p. 28, à propos de l'ouvrage de Marilyn STRATHERN, *The Gender of the Gift*, Berkeley, University of California Press, 1988

⁵² Le corps se situe désormais à l'intersection du genre et du sexe : Bernard ANDRIEU « Les cultes du corps » (2009), in *Encyclopaedia Universalis*, [CD-ROM]

⁵³ Judith BUTLER, « Faire et défaire le genre », Conférence à l'Université de Paris-Nanterre X en 2004, consulté le 3 janv. 2012 sur <http://stl.recherche.univ-lille3.fr/textesenligne/auteursdivers/Butler.html>

sur le genre et le droit apparaissent dans les années 2000, et ne cessent de se multiplier depuis⁵⁴. Si dans les débuts ils traitaient des questions de discriminations entre hommes et femmes, d'autres aspects sont aujourd'hui abordés, par exemple dans les domaines de la famille⁵⁵, venant remettre en question des données fortement ancrées dans nos sociétés.

Si la doctrine s'intéresse à ce phénomène, il en va différemment du droit positif. La notion de *genre* n'est reprise, à notre connaissance, dans aucun texte juridique français⁵⁶. Seul le terme *sexe* est employé dans le langage juridique. Pourtant, en droit aussi, le « sexe est du genre de part en part »⁵⁷. Cette absence de prise en compte réside sans doute dans le fait que le genre est fortement subjectif et trop intime. Remplacer le sexe par cette notion serait critiquable, le genre étant difficilement saisissable et pouvant varier. Alors, dans ces conditions, comment le droit doit-il se comporter avec le sexe, avec le genre ? Et notamment dans les cas d'intersexuation et de transsexualisme, et plus largement de transidentité, le droit peut-il conserver ses concepts et institutions traditionnels, dont fait partie la binarité sexuelle ?

27.Plan - Cette binarité du sexe est mise à mal – ou, à tout le moins, questionnée – par ces problématiques des *altersexuels*. Présente depuis toujours, perpétrée par la religion, cette *bicatégorisation de la société*⁵⁸ est fortement ancrée dans notre droit. Elle se retrouve même dans les définitions du sexe : selon Gérard Cornu, « le sexe s'entend de l'appartenance à l'une des deux moitiés du genre humain »⁵⁹. Et certains affirment alors que le droit des personnes repose « sur le principe essentiel que les êtres humains sont rattachés à l'un ou l'autre sexe »⁶⁰. Catégorisant les individus en deux groupes, le sexe serait, « au fond, un premier pas vers l'individualisation »⁶¹. Le droit repose donc sur cette binarité. Ou, dirait-on plus justement, il pose cette binarité. Et parce que « développer une relation critique vis-à-vis des normes de genre présuppose de s'en écarter »⁶², nous trouvons ici tout l'intérêt à étudier cet axiome juridique de la binarité du sexe affirmée par notre système juridique (Titre 1). Nature ou culture, remettre en cause les fondements mêmes de cette bicatégorisation permet de mieux appréhender les questions du transsexualisme et de l'intersexuation. En dehors de cette binarité, ces phénomènes appellent en effet des aménagements à ce principe, voire viennent le remettre en cause au point d'avoir besoin de le réformer (Titre 2).

⁵⁴ Par ex. : Louise LANGEVIN (dir.), *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Paris, Éd. des Archives Contemporaines, coll. Manuels, 2008 ; Nicole GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal (Belgique), Éd. Anthemis, 2012

⁵⁵ Nicole GALLUS, *ibid.*

⁵⁶ Ainsi, les discriminations portant sur les personnes transsexuelles sont assimilées, au regard du droit du travail, à des discriminations sur le sexe (Art. L 1132-1 C. trav.) : V. par ex. Grenoble, 6 juin 2011, n°10/03547, inédit

⁵⁷ Judith BUTLER, *Gender Trouble, Feminism and the subversion of identity*, New York, Routledge, 1990 (édition française: *Trouble dans le genre : Le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, éd. La Découverte, 2005, Trad. Cynthia Kraus), p.71

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, 9^e éd., PUF, 2011

⁶⁰ Bruno PY, *Le sexe et le droit, op. cit.*, p. 6

⁶¹ Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2006, p. 51

⁶² Judith BUTLER, « Faire et défaire le genre », *op.cit.*

Titre 1

L'axiome juridique de la binarité du sexe

« C'est un phénomène proprement occidental que d'avoir posé la pensée de l'autre en pensée du contraire, et de l'avoir traversée d'une logique judiciaire adversariale. »⁶³

28.La différence, considérations philosophiques - La différence, notion philosophique, permet de penser l'Autre ou l'altérité. La pensée de la différence nous rend capable de théoriser le Même, et donc le Soi. Le concept de différence, bien qu'évident à nos yeux d'occidentaux, n'est cependant pas *naturel* : il est le fruit de la possibilité naturelle qu'a l'homme, du fait de sa raison essentielle⁶⁴, de se différencier de ce qui l'entoure. En cela, la différence est du construit, du *culturel*. Entre nature et culture, la différence peut-elle être raisonnablement instituée et délimitée ? L'étranger, l'altérité, influent chaque jour sur la perception que l'on a du Soi, et revient alors à une nouvelle façon de penser l'Autre. Des délimitations semblent vaines. Et pourtant, c'est par la faculté de conceptualiser la différence que nous avons une vision binaire de l'ensemble des choses nous entourant. Le sexe, attribut des personnes, n'y échappe pas. Celle-ci a toujours été perçue comme une dualité : l'homme et la femme, le masculin et le féminin sont en opposition constante. Un couple finalement indivisible par sa division primaire. Le droit, en tant que produit de l'être doué de raison, s'est inscrit dans le sillage de cette confrontation. S'appuyant à la fois sur la nature et la culture, il ne reconnaît l'existence que de deux sexes (Chapitre 1). Mais alors, quid des transgenres et des intersexes ? Avec le support de la médecine, il deviennent maladies. Le postulat de la différence sexuée n'en est que plus conforté (Chapitre 2).

⁶³ Gilda NICOLAU, « Genre du Droit / Genres de Droits », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

⁶⁴ Et en ce sens, on peut alors affirmer que ces concepts créés par l'Homme sont naturels, l'Homme étant par nature un être doué de conscience et apte à la conceptualisation.

Chapitre 1

La reconnaissance juridique du sexe limitée à deux catégories

« *Homme et femme il les créa.* »⁶⁵

29.Plan - Tout comme la religion, le Droit ne connaît que deux sexes : le masculin et le féminin. Tel est l'état en France de la conception des êtres sexués, bien que cette vérité ne soit pas absolue (Section 1). S'il n'est pas question de contester par les présentes constatations l'existence d'hommes et de femmes en tant que tels, ni même de faire l'apologie de la disparition des êtres sexués, il convient simplement de remarquer que cette binarité est une construction, et que, comme toute classification, elle n'est pas neutre (Section 2).

Section 1 : Le sexe : féminin ou masculin

30.Le droit s'inspire de données naturelles et culturelles (§1), posant l'existence de deux catégories de personnes : les hommes et les femmes (§2).

§1 La binarité du sexe : un fait naturel et/ou culturel

Pour invoquer ce principe de la dualité des sexes, des données naturelles et culturelles sont mobilisées. La binarité apparaît alors comme naturelle, dans le sens qu'elle correspondrait à l'ordre habituel des choses, qu'elle serait la *normalité* (I). Mais il doit être tenu compte, dans ce domaine comme dans tous les autres aspects pseudo-naturels de nos sociétés, du pouvoir instituant du droit (II).

I. La différence des sexes : une donnée naturelle ?

31.Nature ou culture ? - La différenciation biologique fait des êtres humains des êtres masculins ou féminins. Du côté de la culture, l'observation des sociétés du monde entier, actuelles et dans leur historicité, amène également la différence des sexes. Ce fait *naturel*, au fondement de toute société, est conçu comme une « opposition conceptuelle essentielle : celle qui oppose l'identique au différent »⁶⁶, au même titre que le sec et l'humide, le froid et le chaud opposés par Aristote...Et pourtant, les aspects

⁶⁵ Genèse, I, 27

⁶⁶ Françoise HÉRITIER, *Masculin/Féminin, La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996

biologiques (A) ainsi que les aspects culturels, analysés au travers des études de genre (B), semblent montrer que le sexe ne se découpe pas clairement en deux catégories.

A. Les aspects biologiques mettant à mal la différence des sexes

32. Les progrès incessants de la science nous permettent d'expliquer de nombreux phénomènes que l'on observe dans la nature. Le sexe en fait partie. L'endocrinologie, le développement de la génétique ont tenté de fonder la différence entre le mâle et la femelle. Présence de telles hormones ou de tel couple de chromosomes pour tel sexe ou pour tel autre. Cette différenciation a pu être considérée comme capitale par des biologistes, aboutissant à un progrès décisif dans l'évolution des espèces⁶⁷. Pour autant, il convient de constater que, si elle repose sur des caractères biologiques différenciateurs, elle n'est pas parfaite. L'existence d'*anomalies* ou plutôt de *variations* dans le génome humain ainsi que dans les phases de développement de la vie, expliquant les cas d'intersexuation, en attestent.

33. **Anomalies génétiques** - Robert Stoller affirmait qu' « il y a aussi, génétiquement parlant, d'autres sexes »⁶⁸. Les cas d'anomalies génétiques sont nombreux⁶⁹, et nous n'en citerons que quelques exemples des plus récurrents : syndrome de Turner⁷⁰, de Klinefelter⁷¹ ou encore syndrome 47⁷². Parmi ces formules, seules certaines amènent à un problème de stérilité, une seule est létale⁷³.

34. **Anomalies au stade du développement de l'utérus** - Dans l'utérus de la mère, la différenciation sexuée se fait dès la cinquième semaine. A ce moment peut survenir une anomalie. Soit l'utérus et le pénis se développent en même temps et pleinement, on parle d'*hermaphrodisme vrai*, forme très peu courante ; soit un des deux organes n'est pas pleinement affirmé, ce qui est plus courant, on parle de *pseudo-hermaphrodisme*.

35. La différence des sexes n'est pas idéale dans la biologie. Elle est même biaisée. Et cela est chose reconnue depuis longtemps déjà⁷⁴. S'il existe des hommes et des femmes et que les « autres » êtres y sont rattachés par un quelconque moyen, est-ce parce que cette opposition est culturelle ?

B. La différence des sexes, un fait culturel ?

36. La biologie ne constitue des êtres sexués qu'inégalement, et de manière floue. Cependant, la remise en cause de la différence des sexes reste délicate. Dans toute pensée et dans toute société, on a pu affirmer qu'il y a seulement deux sexes⁷⁵. Ceci s'est inscrit dans les mœurs avec la religion. De nombreux récits mythiques font part de cette différence fondamentale. L'Ancien Testament indique

⁶⁷ Jacques MASSIP, « Le transsexualisme... Encore », *op. cit.*

⁶⁸ Robert STOLLER, *Recherches sur l'identité sexuelle*, *op. cit.*, p. 28

⁶⁹ Jean-François DORTIER, « Nos cinq sexes », *op. cit.*

⁷⁰ Absence d'un second chromosome X ou Y : génotype 45 X (développement de caractères sexuels féminins ; les personnes atteintes de ce syndrome sont stériles)

⁷¹ Présence d'un chromosome X supplémentaire : génotype 47 XXY (développement de caractères sexuels masculins ; les personnes atteintes de ce syndrome sont stériles)

⁷² Présence de deux chromosomes Y : génotype 47 XYY (aucune incidente apparente ni sur la morphologie, ni sur la fécondité)

⁷³ Formule 45 Y

⁷⁴ Nicolas de CONDORCET affirmait en 1787 qu' « il n'y a, entre les deux sexes, aucune différence qui ne soit l'ouvrage de l'éducation » ; pensée relayée par Simone de BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, Paris, Folio, coll. Essais, t. 2, p. 13 : « On ne naît pas femme, on le devient »

⁷⁵ Françoise HÉRITIER, *op. cit.*, p. 57

qu'Eve est créée à partir d'une côte d'Adam ; dans le Coran, l'Homme et la Femme sont créés à partir d'un même être⁷⁶ ; au-delà des religions du livre, on retrouve cette différence fondamentale dans le mythe Dogon⁷⁷.

Au soutien de ces pensées, on argue de la différence des sexes comme fondement et nécessité de la perpétuation de l'espèce. Et en effet, tant que l'utérus artificiel n'aura pas été conçu, et tant que le clonage ne parviendra pas à créer de nouveaux êtres humains, la reproduction sexuée sera nécessaire à la perpétuation de l'humain. C'est ainsi que « la distinction des sexes, par laquelle passe forcément la reproduction même du genre humain, doit être tout à la fois garantie et régulée »⁷⁸. Pourtant, la reproduction sexuée implique-t-elle d'établir des différences et des oppositions ?

37. Les études de genre ont permis de passer outre cette naturalisation des corps :

« Les études sur le genre permettent de faire éclater les représentations naturalisées et naturalisantes de la différence des sexes fondée sur un discours biologique structurant les catégories de pensée. »⁷⁹

La pensée oppositionnelle, placée dans un contexte de rapports sociaux, est contestée. Émile Durkheim parle de la *division des sexes* (opposée à la *différence de sexes* d'Auguste Comte), pour dénoncer la construction des divisions sexuées comme conséquence de la division sociale plutôt que leur cause ; Marcel Mauss, quant à lui, utilise l'expression de *division par sexe*, entendant par-là que cette différence vient instituer les individus dans des catégories pragmatiques et donc dans des rôles sociaux masculins ou féminins⁸⁰. C'est le « travail collectif de socialisation du biologique et des biologisation du social »⁸¹ qui crée l'identité sexuelle. Le genre permet donc de surpasser la binarité même du sexe : le monde ne se divise pas en deux, et pas davantage en deux sexes, deux sexualités, deux genres. Si tel est le cas, c'est parce que les deux branches sont des conceptions normatives⁸².

II. La « fonction instituante »⁸³ du droit

38. Croyance et Vérité - Le Droit a un pouvoir performatif⁸⁴. Il ne peut rester neutre : il est toujours subjectif, toujours partial, quand bien même la recherche de la vérité sociale serait son fondement. Par des constatations de faits prétendument naturels, on occulte le fait que le Droit repose sur des croyances et les institue. Ce dogmatique, montrant le paradoxe constant entre Croyance et Vérité, a été mis en avant dans les écrits de Pierre Legendre⁸⁵. Si la croyance vient se transformer en vérité, c'est parce que le droit a un aspect instituant :

⁷⁶ Sourate al-Nisâ', 4 : 1

⁷⁷ Germaine DIETERLEN, *op. cit.*

⁷⁸ Alain SÉRIAUX, « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire », RRJ, 2005-1, p. 549

⁷⁹ Malha NAAB, « *Gender Studies*, une appropriation encore timide dans le droit français », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

⁸⁰ Irène THÉRY, *Qu'est-ce que la distinction de sexe ?*, *op. cit.*, p. 19

⁸¹ Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998, p. 14

⁸² Gilda NICOLAU, *op. cit.*

⁸³ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

⁸⁴ V. John L. AUSTIN, *How to do things with words*, Harvard University Press, 1975

⁸⁵ V. par ex. Pierre LEGENDRE, « Conclusions, Le corps, la vie de la représentation, l'institutionnel », in Muriel FABRE-MAGNAN, Philippe MOULIER (dir.), *La génétique, Science humaine*, Paris, Belin, 2004

« Même lorsque les catégories du droit paraissent n'être qu'un reflet fidèle de la réalité empiriquement observable, il y a toujours, à l'origine de leur formation, un choix du législateur, qui décide de donner un statut officiel et d'attacher des conséquences juridiques à telle ou telle donnée du réel. La fonction du droit n'est donc jamais purement reconnaitive, mais toujours aussi constitutive. »⁸⁶

« La division est toujours l'effet de la loi, et non une condition préexistante sur laquelle agit la loi. »⁸⁷

39. Le sexe naturel : une croyance culturelle - Peut-on se passer de la nature comme norme⁸⁸ ? Ce fantasme selon lequel la nature aurait armé les individus d'attributs indélébiles affecte la doctrine. Les auteurs indiquent ainsi que le sexe fait partie des données naturelles de l'être⁸⁹, et que partant, le droit n'a pas à le définir⁹⁰. Seules les sciences dures auraient leur mot à dire quant à la définition du sexe, et le droit ne viendrait qu'entériner les révélations des scientifiques⁹¹. Mais alors pourquoi, si la nature fait droit, le droit devrait-il l'inscrire ? Pourquoi ne pas laisser la nature révéler ces deux catégories du vivant ? C'est là qu'on voit au plus clair la fonction instituante du droit : en érigeant un fait en donnée juridique, il crée ce fait. Dans notre ordre juridique, il crée les hommes et les femmes en tant qu'êtres juridiques, et institutionnalise la différence de sexes⁹². Et en assignant un sexe à un individu à la naissance, il opère une qualification.

Le droit est, au-delà de sa dimension normative, un discours⁹³, une « construction sociale plaquée sur le réel⁹⁴. Il dessine ainsi un ordre symbolique⁹⁵. Par celui-ci, il tend à inscrire dans les esprits, de manière insidieuse, une certaine idée de ce qui est *normal* ou *naturel*⁹⁶. Le champ exclu de la reconnaissance du droit ne serait donc qu'anormalité. Or, le droit peut-il se permettre de fonder des *anormalités* au seul titre des postulats et constatations des sciences ? Ne doit-il pas prendre du recul par rapport aux biologistes et créer un ordre juridique réfléchi, existant à part entière ? Cela apparaît d'autant plus contestable – et illégitime dans un État de droit qui se doit de reconnaître tout individu – que cette catégorisation très nette entre hommes et femmes est délicate, voire impossible pour le cas des personnes intersexes et des personnes transgenres.

40. « La différence des sexes est un postulat. »⁹⁷ C'est en son sein même que les insuffisances du modèle binaire se retrouvent. Pourtant, le droit positif ne reconnaît que des hommes ou des femmes, et impose sa reconnaissance.

⁸⁶ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*

⁸⁷ Judith BUTLER, *Gender Trouble, Feminism and the subversion of identity*, *op. cit.*, p. 143

⁸⁸ Alain SÉRIAUX, *op. cit.*

⁸⁹ Gérard CORNU, *Droit civil, Les personnes*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 51

⁹⁰ Catherine LABRUSSE-RIOU, *La vérité et le droit (journées canadiennes)*, Association Henri Capitant, tome XXXVIII, Economica, 1987, p. 103

⁹¹ Michèle-Laure RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985

⁹² Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*

⁹³ Mikhaïl XIFARAS, « Avant-propos », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

⁹⁴ Philippe REIGNÉ, « Trouble dans la jurisprudence. L'état civil face au transgendérisme », JCP G, n° 49, 6 déc. 2010, 1205

⁹⁵ Irène THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, 1997, n°10, p. 159-211

⁹⁶ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*

⁹⁷ Philippe REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », JCP G, n° 42, 17 oct. 2011, étude 1140

§2 Etat du droit positif : le sexe masculin ou féminin

41.L'article 57 du Code civil impose d'indiquer dans l'état civil de l'enfant dès la naissance un sexe. Si la définition du sexe pose des difficultés⁹⁸, celle de savoir quel sexe attribuer en créant d'autres. Pour autant, l'état du droit positif est clair. Les textes et la jurisprudence reconnaissent seulement le sexe masculin et le sexe féminin (I). Dès lors, transsexualisme et intersexuation sont tournés en modèles de cette binarité (II)

I. La reconnaissance de deux sexes par le droit

42.Doctrine - Dans la doctrine, le sexe apparaît comme la *summa divisio* de l'état des personnes. C'est le « partage primordial » de Jean Carbonnier⁹⁹, l'« altérité primordiale » d'Alain Sériaux¹⁰⁰ ou encore la « différence originelle » de Philippe Malaurie¹⁰¹. Les êtres humains seront donc soit hommes soit femmes.

43.Textes - En France, les textes juridiques se réfèrent souvent aux expressions « l'un ou l'autre sexe » ou encore « aux deux sexes » que ce soit dans les textes civil, pénal, social¹⁰². Quant à savoir à quels sexes ils font allusion, il apparaît clairement que c'est l'homme et la femme. Un auteur démontre ceci avec l'exemple de l'article L6112-1 du Code du travail, qui mentionne l'homme et la femme puis les rappelle sous l'expression « l'un ou l'autre sexe »¹⁰³.

44.Jurisprudence - L'existence de deux sexes est également claire pour la jurisprudence. Il est affirmé de manière constante que « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »¹⁰⁴.

45.IGEC - Cette stricte opposition hommes/femmes est cependant quelque peu atténuée par les services de l'état civil. L'Instruction générale de l'état civil évoque implicitement la possibilité d'indiquer à l'état civil un « sexe indéterminé », tout en repoussant vivement l'utilisation¹⁰⁵. Ceci étant, cette solution apparaît être « illégale, inexistante et inappliquée », ne reposant sur aucun texte¹⁰⁶.

46.Il n'y a donc que deux sexes en droit. Cette solution est, ce qui peut surprendre, réaffirmée à travers la transidentité et l'intersexuation.

⁹⁸ Cf. supra, n° 14 s.

⁹⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, 27^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 497

¹⁰⁰ Alain SÉRIAUX, *op. cit.*

¹⁰¹ Philippe MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, Paris, 3^e éd., Defrénois, coll. Droit civil, 2007

¹⁰² Benjamin MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire (dir. Dominique FENOUILLET), Université Paris II, 2010, p. 12

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Paris, 18 janv. 1974, D. 1974, p.196, Gaz. Pal. 1974, 1, 158 ; TGI Dijon, 2 mai 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, 577 ; TGI St-Étienne, 11 juill. 1979, D 1981, p. 271 ; TGI Nanterre, 21 avr. 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, 605

¹⁰⁵ IGEC, art. 288

¹⁰⁶ Benjamin MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 13

II. Le transsexualisme et l'intersexuation comme modèles de la binarité sexuelle

« Si l'on veut bien admettre que le droit joue un rôle constitutif dans les affaires de genre, on ne s'interdira plus de considérer que les règles, procédure et arguments juridiques puissent être genrés, dans le sens où leur usage est activement engagé dans la production ou la reproduction de rapports de genre déterminés. »¹⁰⁷

47. Il est étonnant de constater que c'est précisément dans les cas mettant le plus à mal la binarité sexuelle que le droit affirme ce postulat. Les procédures de rectification de la mention du sexe pour les intersexes¹⁰⁸ tendent en effet à conforter qu'il n'y a en droit que deux sexes.

48. Pour les transsexuels, le changement de sexe en droit ne révèle pas leur vraie identité : on ne se réfère qu'à une apparence¹⁰⁹. Cherchant à conforter la structure de l'espèce humaine en deux catégories, on se sert d'artifices pour rattacher les individus à l'un ou l'autre sexe. Tout comme « les mesures anti-harcèlement sexuel servent elles-mêmes à reproduire les normes de genre »¹¹⁰, la procédure de changement de sexe produit de la différence. La volonté de changer de sexe, comme le harcèlement, n'est qu'un effet de l'inadaptation de cette règle. En effet, être en dehors de la norme, c'est finalement toujours se définir par rapport à celle-ci : « Ne pas être tout à fait masculin ou tout à fait féminin, c'est encore être compris exclusivement en termes de relation au totalement masculin ou au totalement féminin. »¹¹¹ Le problème perdurera tant qu'on ne touche pas au fondement : la bicatégorisation de la société.

49. L'opposition idéale entre le tout masculin et le tout féminin est conservée par la médicalisation des problèmes identitaires de genre. Si on a abandonné en partie la définition biologique du sexe, « ce changement ne s'est pas fait sans contrepartie. Ce qui a été perdu sur le terrain de l'essentialisme biologique a été récupéré sur le terrain médical : on y a en effet assuré la préservation, par voie de reconstruction chirurgicale et hormonale des corps, de la différence des sexes »¹¹². En effet, la condition d'opération de réassignation sexuelle pour obtenir le changement de sexe – aujourd'hui normalement abandonnée¹¹³ – procède de cette normativité des corps. Le corps du transsexuel devient un instrument du *biopouvoir* dénoncé par Foucault. L'appartenance à l'un ou l'autre sexe, autrefois réalisée au moyen de qualifications, s'opère aujourd'hui par le « bistouri »¹¹⁴. Cette binarité des sexes se retrouve pour le cas des personnes intersexes. Devant être assignés à l'un ou l'autre sexe, on procédait souvent à des opérations chirurgicales pour les *conformer à la norme*, leur faire perdre leur *anormalité*.

50. **Exacerbation des stéréotypes de genre** - Ces apparences et rapprochements, opérés pour déterminer si l'individu doit être homme ou femme, imposent des stéréotypes du genre masculin et féminin. Ceci est étonnant, lorsqu'on sait combien est affirmée aujourd'hui l'égalité entre les deux sexes¹¹⁵. Cela apparaît quand nous observons la jurisprudence relative aux transsexuels. Il en ressort

¹⁰⁷ Mikhaïl XIFARAS, *op. cit.*

¹⁰⁸ Cf. infra n° 114 s.

¹⁰⁹ Cf. supra n° 19

¹¹⁰ Judith BUTLER, « Faire et défaire le genre », *op. cit.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

¹¹³ Cf. infra n° 106

¹¹⁴ Philippe REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *op. cit.*

¹¹⁵ Art. 3 du préambule de la Constitution de 1946 ; en matière de parité, on peut citer la récente Loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à

qu'il existerait un « sexe cérébral féminin »¹¹⁶, des professions plus ou moins féminines¹¹⁷, une apparence physique et un comportement social plutôt féminins ou plutôt masculins. La relation avec une personne d'un genre différent est même prise en compte, donnant toute puissance à l'hétérosexualité¹¹⁸. Quant aux affaires intéressant les intersexes, c'est le « sexe d'élevage »¹¹⁹ qui prend part à la rectification de la mention du sexe. Il y aurait donc des modèles de genre féminin et masculin, auxquels les personnes en quête d'identité sexuelle tendraient forcément. Cela ne peut être que dénoncé. Il est nécessaire de repenser les genres, et ce qu'ils recouvrent. La position selon laquelle il n'y a que deux sexes et deux genres est catégorique, et *catégorisante* en ce qu'elle y attache des effets. En effet, « en droit, une distinction n'a jamais à être faite qu'autant que des conséquences qui s'y attachent »¹²⁰. Quelles sont les conséquences en question ?

Section 2 : Les utilités de la partition du sexe en deux catégories

51. Les catégories juridiques sont un « ensemble de faits d'actes, d'objets auquel la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques »¹²¹. Instituer de telles catégories n'est pas neutre en droit. La distinction regroupe des personnes et leur assure un traitement similaire. Il est intéressant de comprendre pourquoi une partition homme/femme est opérée, et quelles conséquences elle amène. On a pu dire que cette binarité avait des incidences en matière de comportement, de linguistique, de politesse ou encore de vêtements¹²². Heureusement, le droit ne s'en tient pas expressément à de tels aspects. L'affirmation persistante de l'égalité entre les hommes et les femmes¹²³ et la lutte contre la discrimination¹²⁴, l'ont amené à tirer de moins en moins d'effets de cette différence¹²⁵. Il en persiste certains en matière de droit du travail afin d'interdire aux femmes des travaux considérés comme dangereux¹²⁶, ou encore pour la répartition de la population carcérale. La plupart des différences ont

l'égalité professionnelle du 27 janvier 2011, Loi n° 2011-103 (JO n° 23, 28 janv. 2011, p. 1680) ; CC, n° 97-388 DC, 20 mars 1997, *Plans d'épargne retraite* : « le principe constitutionnel d'égalité entre les sexes s'impose au pouvoir réglementaire sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence »

¹¹⁶ Agen, 13 déc. 1994, Jurisdata n° 1994-050821, Cah. jurispr. Aquitaine 1995, 2, p. 39

¹¹⁷ Aix en Provence, 28 nov. 2007, n°07/14524, Jurisdata n° 2007-358582

¹¹⁸ Nancy, 9 janv. 2012, n° 11/01043 et 12/00055, Jurisdata n° 2012-006036

¹¹⁹ Versailles, 22 juin 2000, n° 2000-134595 ; JCP G, 2001.II.10595, n. P. Guez

¹²⁰ Laurent LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit*, Actes du XVIIe colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Paris, Éd. Pierre Téqui, 2002

¹²¹ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*

¹²² Laurent LEVENEUR, *op. cit.* : L'auteur relève en effet que, même si les femmes portent aujourd'hui des pantalons, ils ne sont pas taillés de la même façon...

¹²³ Cf. supra note 115

¹²⁴ Art. L 123-1 C. trav. interdisant de prendre en considération le sexe pour l'embauche ; Art. 225-1 C. pén. ; Art. 225-4-10 C. pén.

¹²⁵ Il reste en droit comparé de nombreux États où la différence hommes/femmes entraîne des conséquences considérables en matière de droits, notamment dans des pays où la Charia est appliquée à titre de loi. Il en est ainsi de l'Arabie Saoudite. V. Naïm Tamim AL-HAKIM, « Casse tête juridico-religieux pour les Saoudiens », *Okaz* (extraits), paru in *Courrier International*, n° 1102, décembre 2011

¹²⁶ Art. R 234-9 et -10 C. trav. : interdiction de faire occuper les femmes à des travaux tels que ceux utilisant un marteau-piqueur à air comprimé... On remarque ici aussi l'application d'un stéréotype selon lequel les femmes sont moins résistantes physiquement que les hommes. Si c'est certes vrai en moyenne, chose que l'on ne peut dénier, n'est-il cependant pas vrai qu'il y a des cas dans lesquels certaines femmes seraient plus aptes à exécuter ces travaux que certains hommes. Il ressort de ces dispositions une conception androcentrée de notre droit, l'homme s'assurant de la sécurité des femmes en tant que catégorie.

été supprimées¹²⁷. Aujourd'hui, le droit utilise cette classification comme un élément d'identification de la personne, le sexe figurant à l'état civil (§1). Cette bicatégorisation peut aussi être vue comme le maintien d'une structure sociale androcentrée (§2).

§1 Le sexe statut¹²⁸ : un élément de l'état des personnes

52.État des personnes - L'état des personnes n'est défini par aucun texte. La doctrine s'est donc attachée à le cerner. Il est « une notion juridique qui évoque l'idée de statut juridique et regroupe plusieurs éléments tels que le *status familiae* (état d'époux, de parent, d'allié), le *status civitatis* (nationalité, citoyenneté) et l'état physiologique individuel »¹²⁹. Il est traditionnellement indisponible.

53.Indisponibilité et Immutabilité - Ce principe d'indisponibilité de l'état des personnes a été affirmé par la jurisprudence relative notamment aux affaires de transsexualisme¹³⁰, mais aussi aux affaires de gestation pour autrui¹³¹. Il signifie que la volonté n'a pas sa place dans l'état des personnes, et que l'individu ne peut changer d'état par sa seule initiative : il empêche l'auto-institution du sujet¹³². « Nul ne peut créer un droit en invoquant une situation de fait qu'il a lui-même instauré. » Ce principe a été et est encore critiqué par la doctrine comme « totalement inadéquat »¹³³ ou encore « inapproprié »¹³⁴. Aujourd'hui, il ne s'oppose plus au changement de la mention du sexe à l'état civil.

On parle beaucoup plus volontiers aujourd'hui du principe d'immutabilité de l'état des personnes, selon lequel l'état ne peut changer que du fait d'intérêts légitimes. Par là, on entend sauvegarder la continuité du sujet. On accepte les changements, inhérents à l'état. Ceux-ci ne peuvent simplement pas être complètement éradiqués. L'état civil montre bien ce principe. Il se fait gardien de l'histoire juridique de la personne¹³⁵.

54.État civil - L'état des personnes est très étroitement relié à l'état civil. Celui-ci a plusieurs acceptions. Réduit à sa fonction d'identification, il est « l'institution qui a pour fonction de faire connaître avec précision l'état des personnes, c'est-à-dire l'existence et l'évolution des événements qui affectent leur condition juridique »¹³⁶. Il peut être également défini comme l'ensemble des éléments de la personne auxquels le droit attache un effet. Du latin *stare*, tenir debout, il permet à l'individu d'exister sur la scène juridique.

55.Composantes - Quels sont les éléments qui le composent ? Si les conceptions varient, le sexe est un élément de l'état des personnes pour la plupart des auteurs¹³⁷. Il est inscrit sur l'acte de

¹²⁷ Par exemple, jusqu'en 1975, l'adultère dans le mariage commis par la femme était puni plus sévèrement que celui commis par l'homme, ce dernier adultère n'étant incriminé que si l'homme avait entretenu une concubine dans la maison conjugale, et la peine était moindre (cf. Art. 336 et 339 anc. C. pén.)

¹²⁸ Daniel BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.*

¹²⁹ Bruno PY, *Le sexe et le droit, op. cit.*, p. 5

¹³⁰ Civ. 1^{re}, 16 déc. 1975, n° 73-10.615, Bull. civ. I, n° 374, p. 312 ; D. 1976, p. 397, n. R. Lindon ; JCP G, 1976.II.18503, n. J. Penneau

¹³¹ Ass. Plén, 31 mai 1991, Bull. n 4 ; D.1991, Jur., p.417, rapp. Y. Chartier, n. D.Thouvenin ; JCP G, 1991.II.21752, comm. J. Bernard, concl. Dantewille

¹³² Patrick WACHSMANN, Alumna MARIENBURG-WACHSMANN « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme », RTDH, 2003, n° 56, p. 1157

¹³³ Michèle-Laure RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985

¹³⁴ Anne-Marie LEROYER, « La notion d'état des personnes » in *Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004

¹³⁵ Claire NEIRINCK, « Les caractères de l'état civil », *Droit et société*, vol. 47, 2008, p. 41

¹³⁶ Bruno PY, *Le sexe et le droit, op. cit.*, p. 5

¹³⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 502 ; Muriel FABRE-MAGNAN, Introduction générale au droit, Droit des personnes, Méthodologie juridique, Paris, 2^e éd.,

naissance et fait ainsi partie de l'état civil. Il en est, avec le lieu et la date de naissance, le « noyau dur », faisant partie d'une « réalité historique résistant à toute manipulation extérieure »¹³⁸. Pourquoi le droit s'est-il occupé du sexe alors que celui-ci semble évident ? A cet égard, il semble que les rôles initiaux de l'état civil soient dépassés.

56. Rôle de l'état civil - L'état civil a traditionnellement un rôle probatoire : il a été créé pour constater de manière authentique l'état des personnes, mais son rôle a évolué. Dépassant la seule fonction d'identification sociale, il a aujourd'hui une fonction d'identification subjective de la personne, cette dernière venant se situer dans la société par rapport à son état :

*« Naguère envisagé comme un moyen de preuve de l'identité civile, il occupe désormais un rôle reconnu dans la constitution de l'identité psychologique. »*¹³⁹

57. Identité statutaire - L'identification des personnes s'opère depuis l'Antiquité dans le but de recenser les individus. L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 et l'ordonnance de Blois de 1579 rendent obligatoire la tenue de registres de baptêmes et de mariage par les curés. Puis, l'état civil est laïcisé par le décret des 20 et 25 septembre 1792, et la tenue en sera confiée aux municipalités. On individualise pour identifier : un but d'ordre social transparaît.

Ce rôle d'identification implique que l'état civil doive représenter la réalité de l'état des personnes. Quelle est cette réalité pour le sexe ? Sur quel(s) critère(s) s'appuyer ? Pour les personnes intersexes ou pour les personnes transgenres, le sexe dépend d'un choix. Peut-on alors affirmer que l'état civil remplit une fonction d'identification s'il ne représente pas l'exacte réalité ?

Par ailleurs, l'argument d'identification par le sexe semble contestable aujourd'hui. En effet, la numérotation, la biométrie, etc. permettent une identification des individus indépendamment de leur sexe comme de tout critère physique. Pourquoi venir ici prendre en compte cet élément qui peut être sensible pour certaines personnes ?

58. Identité subjective - Le sexe à l'état civil semble finalement n'avoir qu'une dimension symbolique¹⁴⁰. Il crée l'identité subjective de l'individu, il a un rôle de reconnaissance sociale¹⁴¹. Confronté à la demande des transsexuels, le droit « reconstitue le masque de la personne pour celui qui est en face d'un miroir brisé. [...] Il s'agit moins de choisir, dans le silence de la loi, une vérité dans un code normatif extérieur que de trouver une fiction acceptable qui réponde à la demande en neutralisant le risque de désarticulation de la société entière au-delà du droit lui-même »¹⁴². L'état civil, en ce sens, vient situer l'individu dans la société, et lui assure stabilité au regard de celle-ci. Mais s'il vient représenter la subjectivité de l'individu, pourquoi ne lui laisserait-il pas liberté totale dans le choix de son identité sexuelle ?

59. Cette fausse nécessité d'identification semble reposer sur une structure sociale hétérocentrée, dénoncée par les *gender studies*.

PUF, coll. Licence Droit, 2011, p. 190 ; Thierry GARÉ, *Le droit des personnes*, Paris, 2^e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2003, p. 54 ; Contra : Joseph HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, Paris, T. 1, Sirey, 1928

¹³⁸ Par ex. Jean CARBONNIER, *Ibid.*, p. 502

¹³⁹ Daniel GUTMANN, *op. cit.*

¹⁴⁰ Amoindrissement de la fonction de l'état civil néanmoins déjà opérée par l'acte d'enfant sans vie : Jean HAUSER, « Du rôle et de la signification de l'état civil », RTD Civ. 2003, p. 475

¹⁴¹ Cf. infra n° 86 s.

¹⁴² Denis SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : La justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, coll. Signes, 1994

§2 Le genre fonction¹⁴³ : la binarité sexuelle au service d'une structure sociale hétérocentrée

« La différence biologique entre les sexes n'a de sens que culturellement [...] et le droit prend non seulement une part non négligeable dans son authentification, mais serait lui-même genré. »¹⁴⁴

60. La différence des sexes constitue aujourd'hui une base fondamentale de nos sociétés¹⁴⁵. Par celle-ci s'affirme le caractère hétérosexuel du mariage et de la filiation¹⁴⁶. Cette différence biologisée instituerait une norme hétérocentrée, créant un *contrat social*. Le droit est ici critiqué pour avoir été élaboré pour un individu *normalisé* : le national, de sexe masculin, hétérosexuel, appartenant à l'ethnie et à la religion majoritaire, jouissant de toutes ses facultés physiques et mentales. Quant aux autres, ils sont exposés aux discriminations¹⁴⁷.

61. Nous n'étudierons pas ici les questions du mariage homosexuel et de l'homoparentalité, et nous nous intéresserons seulement à l'institution d'un *contrat sexuel*¹⁴⁸ par le droit.

Cette notion est issue des travaux de Carole Pateman, théoricienne politique et féministe. Elle propose une nouvelle approche des contrats sociaux, les montrant comme des contrats sexuels, permettant de maintenir le pouvoir du sexe masculin sur le sexe féminin :

« La structure de notre société et de notre vie quotidienne incorpore la conception patriarcale de la différence sexuelle. »¹⁴⁹

La différence de sexe participerait de ce contrat sexuel. Le faux ordonnancement de la Nature selon lequel on est soit femme, soit homme, s'entend en ce sens « comme une injonction pratique : « sois femme ! » / « sois homme ! » [...] Elle sonne comme un dictat et un rappel à l'ordre. Cet usage de la différence, loin d'ouvrir les perspectives de diversité, nous enferme abusivement dans un clivage de genre, et finalement dans un système d'alliance intersexuelle qu'on peut appeler hétérosexiste »¹⁵⁰. Le sexe, tel que retenu par le droit, deviendrait une institution patriarcale impliquant subordination des femmes et injonction à l'hétérosexualité¹⁵¹. C'est l'attribution du sexe par le droit qui déterminerait l'attribution de rôles genrés : on passe de l'être sexué à l'avoir sexué¹⁵². La différence anatomique entre les organes sexuels ne serait alors qu'une « justification naturelle de la différence socialement construite entre les genres »¹⁵³.

¹⁴³ Daniel BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.*

¹⁴⁴ Gilda NICOLAU, *op. cit.*

¹⁴⁵ Conclusions Françoise FLIPO, sous Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, n° 88-12.829, Bull. civ. I, n° 117, p. 83, JCP G, 1990.II.21588 ; Laurence MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », Dr. Famille, n° 9, sept. 2005, étude 18

¹⁴⁶ Daniel BORILLO, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

¹⁴⁷ Danièle LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit », in Bertrand BADIE, Marc SADOON (dir.), *L'autre, Études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Science Po, 1996

¹⁴⁸ Titre de l'ouvrage de Carole PATEMAN, *The sexual contract*, Cambridge, Polity Press, 1988 (édition française : *Le contrat sexuel*, Paris, La découverte, 2010, Trad. Charlotte Nordmann)

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 27

¹⁵⁰ Nathalie RUBEL, *op. cit.*

¹⁵¹ Daniel BORILLO, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *op. cit.*

¹⁵² Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

¹⁵³ Pierre BOURDIEU, *op. cit.*, p. 13 s.

62. Aujourd'hui, les études de genre nous conduisent de plus en plus à affirmer que le sexe est lui-même un construit, légitimant un système politique. Judith Butler utilise la notion de *gender* comme « moyen de dépasser ce binôme naturalisé »¹⁵⁴ : les références au *gender trouble* (trouble du genre), au *gender blending* (mixage de genre) ou aux notions « transgenre » ou « genre croisé » permettent un dépassement des simples masculin et féminin, quand l'existence de deux sexes, et corrélativement des deux genres induits, perpétue la matrice hétérosexuelle dénoncée par ces auteurs¹⁵⁵.

63. Dès lors, les revendications des transgenres pour changer de sexe ne sont pas des demandes de changement de sexe, mais des demandes de changement de catégorie de sexe. En cela, ils perpétuent une matrice hétérosexuelle. Il est nécessaire de porter un regard nouveau sur ces mal-être, en tant qu'ils remettent en cause la division naturelle des sexes et, partant, la construction sociale sur laquelle elle repose¹⁵⁶. Mais le droit se positionne en défenseur d'une structure hétérocentrée, et n'admet pas que ces phénomènes remettent en cause cette binarité. Il se lie alors avec la médecine, et fait de ces cas des anormalités. Ce besoin de justification se fait si pressant que le droit en perd son autonomie :

*« Dépassant la seule question de l'état civil, le [transsexualisme] se relie à une interrogation beaucoup plus fondamentale, celle de la définition des missions respectives de la médecine et du droit. Alors que la première a manifestement pour vocation de soigner, on enseigne traditionnellement que le second est d'abord investi de la mission d'assurer l'harmonie sociale. »*¹⁵⁷

S'attachant à des aspects qui ne la concernent pas, les missions respectives s'entremêlent, et la médecine semble acquérir ici une sorte de domination injustifiable.

¹⁵⁴ Judith BUTLER, « Faire et défaire le genre », *op. cit.*

¹⁵⁵ Contra : Françoise HÉRITIER, *op. cit.*

¹⁵⁶ Mikhaïl XIFARAS, *op. cit.*

¹⁵⁷ François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, p. 190

Chapitre 2

L'inadéquation de la binarité sexuelle aux personnes transgenres et intersexes : des maladies ?

« Droit et Médecine sont deux ordres qui se perçoivent comme normatifs. Le Droit a pour fonction d'organiser et de régir la société. Quant à la Médecine, fondée sur des principes de nature scientifique, donc irréfutables et s'imposant à l'homme, elle y trouve le fondement à la fois de son développement et de sa pratique. Le savoir technique hautement spécialisé du médecin, joint au sentiment de sa responsabilité vis-à-vis du malade, semblent exclure que quiconque puisse porter un jugement extérieur, donc nécessairement incompetent, sur sa pratique. »¹⁵⁸

64.La médecine défend un intérêt individuel : celui du malade et de son état de santé. Elle semble seule capable et légitime pour se prononcer sur les détresses de l'individu subies dans son intimité la plus forte, c'est-à-dire son corps. Le droit, lui, s'intéresse à un ordre social, visant non pas l'intérêt individuel mais l'intérêt collectif. Ne doit-il pas, justement dans ce but, intervenir parfois dans la sphère médicale ? En effet, toucher à l'individu, c'est toucher en même temps à l'humanité. En ce sens, la médecine intervient également sur l'ordre social. Ce pouvoir médical devient lui-même un nouvel ordre juridique¹⁵⁹, s'appuyant sur des faits qu'il érige en Vérité. Par conséquent, « le juge ne doit pas abdiquer ses pouvoirs au profit du médecin »¹⁶⁰. Les règles doivent continuer d'être édictées par les législateurs, c'est-à-dire le peuple, et non par des experts. L'avis médical doit être pris en compte, mais le droit ne doit pas être soumis à cette discipline et doit garder son indépendance pour assurer un certain ordre social et la liberté des individus.

65.Plan - Dans le cadre du transsexualisme et de l'intersexuation, le droit français n'a pas pris cette place adéquate à l'égard de la médecine¹⁶¹. Il se soumet totalement à ses dires, traitant ces deux phénomènes comme des maladies et légitimant les opérations de *conformisation* (Section 1). Comble de l'enchevêtrement des rôles, le droit est lui-même érigé en traitement par la médecine, se voyant attribuer un but de reconnaissance sociale (Section 2).

¹⁵⁸ Françoise DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, « De quelques difficultés dans les relations entre Droit et Médecine », in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, Paris, L'Harmattan, 1999

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Françoise DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, *op. cit.*

¹⁶¹ Mais également dans de nombreux autres pays occidentaux. Par ex., aux États-Unis, le transsexuel a été défini par les juges comme « un individu appartenant anatomiquement à un sexe en croyant fermement appartenir à l'autre. Ce sentiment est si fort qu'il est obsédé par le destin de conformer son corps, son appartenance et son statut social à son véritable *gender* » (Aff. Richards vs United States Tennis Association, 1977) : le droit a ici intégré dans cette notion à la fois la nécessité thérapeutique pour *conformer son corps* et la nécessité de l'intervention du droit pour *conformer son statut*.

Section 1 : Le droit soumis à la médecine ou la légitimation des actes médicaux par le droit

« Ne sous-estimons pas la violence exercée par les normes, surtout quand elles en viennent à distinguer ce qui est une vie vivable de ce qui ne l'est pas. Parmi les sanctions sociales appliquées aux transgressions de genre, je citerai, par exemple, la « correction » chirurgicale des personnes intersexuées, la pathologisation médicale et psychiatrique et la criminalisation des personnes souffrant de « dysphorie du genre », le harcèlement des personnes ayant des « troubles du genre » dans la rue ou au travail, la discrimination à l'embauche et à la violence. »¹⁶²

66.Ces propos de Judith Butler mettent bien en avant la violence des normes dans le cadre de l'altersexualité. Ces normes impliquent notamment la normalité, et par-là découle une règle, celle de la binarité sexuelle. C'est ainsi que l'on peut en déduire que cette binarité du sexe en droit est une norme susceptible d'être remise en cause, comme tout autre texte, par confrontation avec des normes de même rang ou avec des normes supérieures. Ceci n'a pourtant pas pu se faire, du fait de la prééminence du discours médical sur le discours juridique. Et se placer dans un champ hors du droit empêche tout recours juridique. Ainsi, le transsexualisme et l'intersexualité sont pathologisés, sans aucun recours possible (§1). Et par voie de conséquence, les interventions chirurgicales sur ces corps considérés comme *anormaux* sont légitimées (§2).

§1 La « pathologisation » de l'altersexualité

67.Dans la pathologisation de phénomènes, c'est la détermination du normal et de l'anormal qui est en jeu. La médecine dicte cette frontière instable dans le cadre de la transidentité. Peut-on être sûr de la véracité de ces pathologisations ? Il faut rappeler que les maladies ne sont qualifiées comme telles que dans leur aspect culturel : l'évolution des mœurs peut faire perdre ce caractère¹⁶³. Dans le cas de la binarité sexuelle, « la *nomos agraphos*, la norme qui allait sans dire, a glissé ces dernières années vers une *anomos graphos*, une désignation explicite de l'anomalie, des comportements anatomiques dont « on » ne veut pas »¹⁶⁴. On cherche à déterminer l'anomalie, afin de mieux la combattre en la *normalisant*. La pathologisation du transsexualisme et de l'intersexualité a été opérée dans cette perspective par la médecine (I). Puis, elle a été acceptée par le droit (II). Pour autant, les critiques sont nombreuses (III).

I. Rapides considérations médicales

68. Intersexualité - En ce qui concerne l'intersexualité, les considérations médicales amenant à la conclusion d'une anomalie sont simples. Érigeant la binarité sexuelle comme normalité pour l'ensemble des espèces mammifères, on a alors pu diagnostiquer les problèmes à l'origine de ces *malformations* sexuelles. Déduction en a été faite que l'intersexualité est une maladie.

¹⁶² Judith BUTLER, « Faire et défaire le genre », *op. cit.*

¹⁶³ Georges CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Paris, Quadrige, PUF, 2009 ; on pense notamment à la pathologisation de l'homosexualité par le médecin aliéniste Richard von Krafft-Ebing, dans son ouvrage *Psychopathia sexualis* de 1886

¹⁶⁴ Nathalie RUBEL, *op. cit.*

69. Transsexualisme - En ce qui concerne les phénomènes de transidentité, seul le transsexualisme a été pathologisé : c'est le syndrome de dysphorie de genre (*gender dysphoria*) ou le syndrome de Benjamin. Le premier regroupe la diversité des états apparentés par l'insatisfaction, voire la détresse, liée au sexe anatomique, et par une demande d'un changement de sexe¹⁶⁵ : il est question d'une instabilité de genre, accompagnée du désir de changer de sexe. Le second syndrome se définit par le sentiment d'appartenir au sexe opposé et le désir corrélatif d'une transformation corporelle.

L'étiologie du transsexualisme est toutefois inconnue. Certains praticiens tentent de l'expliquer par des critères physiques du cerveau¹⁶⁶, d'autres par des critères purement psychologiques¹⁶⁷. En tout état de cause, la plupart des auteurs psychiatres et psychanalystes s'accordent pour dire que c'est une psychose¹⁶⁸. Quelle est la différence avec l'intersexuation si l'on recherche une cause physique ? Certains auteurs ont alors parlé d'*intersexualisme psychologique*¹⁶⁹ ou encore d'*hermaphrodisme psychique*¹⁷⁰.

L'affirmation que le transsexualisme est une maladie est aujourd'hui constante dans le milieu médical. Ainsi, le DSM IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*¹⁷¹), ouvrage tenant lieu de référence dans la médecine psychiatrique américaine mais également internationale, utilise les notions de *syndrome de dysphorie de genre* et de *trouble dans l'identité sexuelle ou de l'identité de genre* pour décrire le transsexualisme. Le *gender identity disorder* serait l'« identification intense et persistante à l'autre genre » associé à « un sentiment persistant d'inconfort par rapport à son sexe ou un sentiment d'inadéquation par rapport à l'identité de genre correspondante ». Par ailleurs, l'Organisation Mondiale de la Santé, depuis 1993, place le transsexualisme dans la *Classification internationale des Troubles mentaux et du comportement (CIM-10)*¹⁷² au titre de « troubles de la personnalité et du comportement ». Il est défini comme le « désir de vivre et d'être accepté en tant que personne appartenant au sexe opposé. Ce désir s'accompagne habituellement d'un sentiment de malaise ou d'inadaptation par rapport à son sexe anatomique et du souhait de subir une intervention chirurgicale ou un traitement hormonal afin de rendre son corps aussi conforme que possible au sexe désiré. » Il doit être établi que l'individu est engagé dans un processus morbide (dépression nerveuse et risque de suicides¹⁷³).

¹⁶⁵ Définition médicale de Donald LAUB, Norman FISK, « Gender dysphoria syndrome. (The how, what, and why of a disease) », in D. LAUB, P. GANDY, *Proceedings of the second interdisciplinary symposium on gender dysphoria syndrome*, Palo Alto, Stanford University Press, 1973, p. 7

¹⁶⁶ Professeur Louis GOOREN, spécialiste de médecine interne et d'endocrinologie, à l'Université libre d'Amsterdam : s'occupe du traitement des transsexuels depuis une trentaine d'années. Considère que ce syndrome pourrait être occasionné par une anomalie cérébrale due à un défaut dans l'imprégnation hormonale survenant au moment ou après la naissance : normalement, le cerveau de l'homme, présenterait des différences avec celui de la femme en particulier en ce que le « noyau sexuellement dimorphe » de l'aire préoptique de l'hypothalamus serait plus grand et contiendrait plus de cellules nerveuses chez le mâle que chez la femelle. Cette différenciation, qui se ferait dans les premières années de sa vie, à savoir jusqu'à 3 ou 4 ans, serait erronée chez les sujets transsexuels.

¹⁶⁷ Robert STOLLER : le sujet transsexuel aurait vécu une relation trop symbiotique et trop gratifiante avec sa mère, dont la féminité infiltrerait le noyau d'identité de genre.

¹⁶⁸ Un « délire partiel » selon Jean Delay (1956), une « altération fondamentale des rapports du sujet avec le monde » selon Jean-Marc Alby (1959).

¹⁶⁹ Jean-Paul BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 1993

¹⁷⁰ Harry BENJAMIN

¹⁷¹ Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, manuel de psychiatrie édité par l'Association américaine de psychiatres faisant référence internationale

¹⁷² Chapitre V, CIM-10, disponible sur <http://www.legislation-psy.com/spip.php?article443>, consulté le 28.03.12

¹⁷³ Taux de tentatives de suicide de 20% avant toute intervention hormono-chirurgicale selon le Rapport de la Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 142

Cependant, le transsexualisme a pu être qualifié de maladie iatrogène, c'est-à-dire créée par l'activité médicale elle-même¹⁷⁴, au service de la réalisation de désirs fous de la médecine : ceux de transformer un homme en une femme et inversement.

II. Le droit aux suites de la médecine

70.Le fait que le droit considère ces phénomènes comme des maladies présente des enjeux majeurs : remboursement des soins par la sécurité sociale, changement de sexe à l'état civil, ou encore reconnaissance sociale. Le droit s'est donc conformé aux considérations médicales pour l'ensemble de ces demandes.

71. Transsexualisme - Le décret du 4 octobre 2004¹⁷⁵ introduit les troubles précoces de l'identité de genre dans la catégorie des « troubles névrotiques sévères et des troubles graves de la personnalité du comportement ». La prise en charge du transsexualisme s'effectuait sur la base juridique des Affections de Longue Durée (ALD 23). Les associations de lutte contre la transphobie et l'homophobie ont milité pour une suppression de cette classification. Le 16 mai 2009, la veille de la journée mondiale de lutte contre l'homophobie (IDAHO), la ministre de la Santé d'alors, Roselyne Bachelot, annonçait la future déclassification du transsexualisme de ces affections. Le décret du 8 février 2010¹⁷⁶ la réalise : les troubles précoces de genre sont retirés des affections psychiatriques de longue durée. Cette déclassification a été applaudie par certaines associations¹⁷⁷, mais a été décriée par d'autres¹⁷⁸, inquiètes que le remboursement des soins ne soit plus possible. Elle n'entraîne pourtant pas dépathologisation : les opérations autour du transsexualisme restent remboursables¹⁷⁹ dans le cadre du dispositif des Affections de longue durée hors liste (ALD 31¹⁸⁰), qui concerne les maladies graves comportant un traitement prolongé d'une durée prévisible supérieure à 6 mois, et une thérapeutique particulièrement coûteuse¹⁸¹.

Par ailleurs, les notions de « dysphorie de genre », ainsi que de « transsexualisme primaire et secondaire »¹⁸² restent employées par le droit pour accorder le changement de sexe à l'état civil¹⁸³.

¹⁷⁴ Éric MACÉ, « Ce que les normes de genre font aux corps / Ce que les corps trans font aux normes de genre », *Sociologie*, 2010/4 Vol. 1, p. 497

¹⁷⁵ Décret n°2004-1049 du 4 octobre 2004 relatif à la liste des affections comportant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse (JO n° 232, 5 oct. 2004, p. 17039)

¹⁷⁶ Décret n°2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D 322-1 du Code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée » (JO n° 34, 10 févr. 2010, p. 2398)

¹⁷⁷ Comité IDAHO

¹⁷⁸ Association STS67, Association Inter LGBT ; V. Noria AIT-KHEDDACHE, « Les transsexuels s'inquiètent de ne plus être remboursés », *L'express*, publié le 15.02.2010, consulté le 26.04.2012 sur http://www.lexpress.fr/actualite/societe/les-transsexuels-s-inquietent-de-ne-plus-etre-rembourses_849109.html

¹⁷⁹ Un protocole de 1989 exigeait trois conditions : 1. nécessité d'un suivi pendant une période minimale de deux ans, par une équipe hautement qualifiée ; 2. rédaction par ces trois praticiens d'un rapport concluant au caractère indispensable des interventions médicales et chirurgicales envisagées ; 3. une lettre ministérielle du 4 juillet 1989 accompagnant ce protocole autorisait la prise en charge seulement si l'intervention avait été réalisé dans un établissement public, mais cette condition a été remise en cause par Civ 2^{ème}, 27 janv. 2004, n°02-30.613, Bull civ. II, n° 27, p. 21. Pour le détail du remboursement des soins, V. Caroline MASCLET, « Les aspects juridiques liés à la prise en charge du transsexualisme en France », RDSS 2008, p. 497

¹⁸⁰ Art. L 322-3, 4° CSS

¹⁸¹ En l'espèce, l'enjeu est de taille : l'opération de réassignation sexuelle représente un coût allant de 200 000 à 250 000 euros (Rép. min., JO Sénat, 4 mai 2006, p. 1286)

¹⁸² Par ex : Isabelle BON, *Le transsexualisme, l'émergence conjugquée de pratiques médicale et judiciaire*, Thèse (dir. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI), Université Jean Moulin – Lyon 3, 1990

¹⁸³ Cf. infra n° 99 s.

72. Intersexuation - Concernant l'intersexuation, le droit ne se prononce pas directement sur le fait de savoir si c'est ou non une maladie, mais admet le remboursement des soins par l'assurance-maladie¹⁸⁴. De plus, la jurisprudence affirmant la nécessité d'appartenir à l'un ou l'autre sexe¹⁸⁵ soutient le caractère anormal de ces situations d'indétermination sexuelle.

III. Critiques

73. Critiques - Ces pathologisations sont fortement critiquées. En ce qui concerne l'intersexuation, la plupart des organisations d'intersexes revendiquent l'acceptation de ce phénomène non pas comme une maladie mais comme un aspect de la variabilité du corps humain¹⁸⁶. Ce serait une « simple variation dans le développement sexuel »¹⁸⁷, dont les intersexes seraient « les premières victimes de cette logique binaire des sexes »¹⁸⁸.

Quant aux diagnostics du transsexualisme, ils ont été dénoncés pour plusieurs choses. Tout d'abord, car ils assignent à l'individu une identité, et l'enferment dans une catégorie, sans liberté d'émancipation¹⁸⁹. Le transsexualisme serait en ce sens une « technologie de genre », un dispositif d'exercice des rapports de pouvoir par la production des catégories de genre et des corps sexués afférents. De plus, ce terme semble dépassé par les considérations actuelles sur la transidentité : le phénomène ne peut être réduit au simple transsexualisme.

74. Une normalisation des phénomènes de la transidentité a été tentée par l'adoption d'un nouveau terme¹⁹⁰. Serait « cisgenre » (du latin *cis*, du même côté), toute personne qui se sentirait appartenir à un genre conforme à son sexe physique. Ce nouveau terme – au même titre qu'avait été créé celui d'« hétérosexuel » – permettrait de désigner ceux qui ne s'appellent pas car *normaux*. Grâce à cette notion, les transgenres seraient *normalisés* :

« La condition nécessaire à l'existence des identifications trans est l'existence de normes cisgenres : sans normes de genre, pas de transgression des normes, pas de déviance, pas d'outsiders contestant les normes au nom desquelles ils sont désignés comme déviants. »¹⁹¹

Pour le moment, cette notion n'est pas adoptée dans le langage courant. La prise en compte de la normalité de ces phénomènes par le domaine juridique semble lointaine. Maladies, le transsexualisme et l'intersexuation peuvent être légitimement « contrés » par des opérations chirurgicales. L'idée est alors de mettre en conformité le genre au sexe et d'attribuer un sexe non équivoque.

§2 Légitimation des interventions sur les corps

75. La Gender Identity Clinic Research, créée par Robert Stoller, est le premier centre médical à s'être spécialisé dans les cas de traitement des enfants intersexes et des personnes se sentant appartenir

¹⁸⁴ Art. L 321-1, 1° CSS

¹⁸⁵ Paris, 18 janv. 1974, D. 1974, p.196, Gaz. Pal. 1974, 1, 158

¹⁸⁶ Association ORFEO

¹⁸⁷ Benjamin MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 38

¹⁸⁸ Daniel BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.*

¹⁸⁹ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

¹⁹⁰ Jack DRESCHER, « Queer Diagnoses: Parallels and Contrasts in the History of Homosexuality, Gender Variance, and the Diagnostic and Statistical Manual », *Archives of Sexual Behavior*, septembre 2009, n° 39, p. 427

¹⁹¹ Éric MACÉ, *op. cit.*

à l'autre sexe. Médecine du désir ou médecine de la nécessité¹⁹² ? La question du caractère pathologique de ces phénomènes résout celle des interventions sur les corps sexués. Pour le constater, il convient de rappeler les conditions générales des interventions médicales sur le corps humain (I), pour ensuite s'attacher aux interventions spécifiques de la conformisation (II) ou de la réassignation sexuelle (III). En dernier point, nous ferons un petit résumé critique sur ces opérations (IV).

I. La nécessité médicale légitimant les actes médicaux

76.Nécessité médicale - L'article 16-3 du Code civil dispose qu' « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne [...] » La nécessité médicale est donc la clé de la légitimité de l'intervention. Sans elle, les interventions sur le corps sont considérées comme des atteintes à l'intégrité du corps humain.

Cette nécessité implique un besoin, non pas seulement un désir.

Elle doit de plus être médicale. Avant la réforme de ce texte, c'était une nécessité thérapeutique qui était exigée. Cette condition était remplie si l'acte était considéré au jour des faits comme propre à soigner l'affection dont souffrait le patient, voire à la diminuer si le soin est impossible. Aujourd'hui¹⁹³, la condition est beaucoup plus large. L'acte est médical s'il procure un soin, mais aussi s'il vise à procurer un mieux-être, aussi bien physique que psychique.

Le problème réside donc dans le fait que c'est au médecin de définir ce qui est thérapeutique. Cela est-il assez légitime ? On peut se poser la question dans les cas de l'intersexuation et du transsexualisme, pour lesquels la pathologie est contestable et contestée.

77.Proportionnalité - Par ailleurs, cette nécessité doit être proportionnée à l'état du malade pour garantir la licéité de l'acte : le médecin doit donc établir une balance avantages/risques, puis observer si celle-ci est positive¹⁹⁴. Dans ce cas, l'acte sera proportionné et licite. Pour l'intersexuation et le transsexualisme, l'opération consiste bien souvent en une ablation d'une partie des organes génitaux. L'acte est particulièrement grave car il entraîne une mutilation, nécessairement irréversible. Seul un intérêt supérieur pourra justifier l'acte, celui-ci résidant dans un « enjeu vital »¹⁹⁵. Cet intérêt est-il tout le temps caractérisé ?

78.Consentement ? - En outre, l'article 41 du Code de la déontologie médicale¹⁹⁶ dispose qu' « aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans informations de l'intéressé et sans son consentement ». Le consentement est-il clair et libre dans ces cas ?

II. Les opérations de « traitement » des enfants intersexes

79.Les opérations pratiquées sur les enfants intersexes sont parfois appelées « corrections » chirurgicales. On « corrige » ces enfants nés avec des caractéristiques sexuelles « déviantes » pour leur permettre de s'adapter, d'être *mieux* et d'atteindre une certaine *normalité*. C'est le « scalpel de la

¹⁹² Gérard MÉMÉTEAU, « Transsexualisme et débat de société », Médecine et Droit, 2007, p. 141

¹⁹³ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1990 portant création d'une couverture maladie universelle (JO n° 172, 28 juillet 1999, p. 11229)

¹⁹⁴ Bruno PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse (dir. Jean-François SEUVIC), Université Nancy II, 1993, p. 200 s.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 209

¹⁹⁶ Art. R 4127-41 CSP

norme »¹⁹⁷, qui s'impose à ces corps stigmatisés. La nature est soumise à la norme et non l'inverse. « Dans ce cas, l'idéalité de la morphologie genrée est littéralement gravée dans la chair. »¹⁹⁸

80. Opérations hâtives en recul - Pour choisir un sexe en cas d'indétermination, les experts se basent sur le sexe prédominant. Alors qu'à la Renaissance on laissait une relative autonomie à ces personnes¹⁹⁹, les années 50 marquent le début des opérations quasi-immédiates des enfants intersexes. La théorie de John Money prévaut : il estime que l'enfant se sentira appartenir au sexe dans lequel ses parents l'élèvent, lorsqu'ils le font avec assez de convictions. On estimait donc que les organes devaient être conformés au sexe dominant qui serait le « sexe d'élevage ». Mais cette justification fut plus tard invalidée, et eut un impact médiatique avec l'affaire David Reimer²⁰⁰. Ainsi, dès le début des années 90, les associations d'intersexes militent pour s'opposer aux interventions précoces et imposées, assimilées à des formes de maltraitance. Aujourd'hui, la Haute Autorité de Santé recommande d'attendre que l'identité de genre des enfants intersexes se développe avant de procéder à une chirurgie irréversible, qui serait arbitraire.

81. Opérations illégales ? – Comme on l'a vu plus haut²⁰¹, le droit admet ces opérations. Mais peut-on par cette seule acceptation en déduire que l'intersexuation est une maladie ? Le raisonnement est ici défectueux en ce qu'il est inversé. La première condition de licéité des actes fait donc défaut. L'intersexuation n'est qu'une variation du sexe : ainsi, il est impossible de considérer que ces opérations de traitements sont conformes à l'art. 16-3 C. civ.²⁰². Seuls seraient légitimes les actes visant à soigner une maladie qui ne saurait être l'intersexuation : ceux visant à prévenir une maladie (qui ne saurait être l'intersexuation) à condition que cet acte soit efficace de manière quasi-certaine, ou encore ceux à visée esthétique respectant le Code de santé publique. Sinon, les responsabilités civiles du médecin et des parents seraient engagées²⁰³.

Pourtant, ces interventions ont été considérées licites par la jurisprudence. La Cour d'Appel de Versailles les admet implicitement²⁰⁴. Suite à une insensibilité aux androgènes, un enfant intersexe est déclaré de sexe masculin. Alors que le traitement médical en vue de développer son appareil génital masculin avait échoué, un corps médical, réunissant cinq professeurs, avait préconisé, puis réalisé, avec le consentement des parents, une intervention chirurgicale pour favoriser l'orientation du sexe de l'enfant vers une féminisation prévisible. La Cour était donc saisie d'une demande en changement de prénoms. Elle y répond favorablement. Or, le jugement de première instance soulignait que l'ablation pénienne est une opération castratrice²⁰⁵. Ce point n'est pas soulevé en appel : l'opération est donc licite. Un auteur montre les défauts de cet arrêt :

¹⁹⁷ Judith BUTLER, « Faire et défaire le genre », *op. cit.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Selon le chirurgien Ambroise Paré, on permettait à ceux dont le sexe était très incertain « d'élire du quel sexe ils veulent user, avec défense, sur peine de perdre la vie, de ne se servir que de celui duquel ils auront fait élection. » : cité par Philippe REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *op. cit.*

²⁰⁰ Cas rendu public en 1997: suite à une légère malformation du pénis, deux frères jumeaux doivent se faire opérer juste après la naissance pour une simple circoncision. Mais au cours de l'opération, le pénis de l'un fut détruit. John Money, voulant confirmer sa théorie, conseilla une castration, ce qui fut fait. L'enfant fut alors élevé par ses parents dans un « sexe d'élevage » féminin. Mais à l'adolescence, il se sent mal dans son corps et la vérité lui est révélée. Il décide alors de retrouver son sexe d'origine et se fait appeler David. Il se marie et adopte des enfants. Mais à 38 ans, alors que son frère jumeau vient de mourir dans un accident, il se suicide. Un livre a été écrit sur son cas : John COLAPINTO, *A Nature Made Him : The Boy that was raised as a girl*, 2000

²⁰¹ Cf. supra n° 72

²⁰² Benjamin MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 41

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Versailles, 22 juin 2000, JurisData n° 2000-134595 ; JCP G, 2001.II.10595, n. P. Guez

²⁰⁵ TGI Nanterre, 1er juin 1999, inédit

« On mesure le chemin parcouru depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1903 ; il fallait alors inscrire les corps dans les catégories de sexe au moyen des qualifications juridiques ; il faut maintenant inscrire les catégories de sexe dans les corps par la seringue ou le bistouri. »²⁰⁶

En effet, en 1903, on se référait à l'apparence du sexe²⁰⁷. Aujourd'hui, on contraint les corps à cette ressemblance. Ces opérations de changement de sexe sont également licites concernant les transsexuels.

III. Les opérations de changement de sexe pour les transsexuels

82. Les opérations de réassignation sexuelle sont anciennes. Il semblerait qu'elles aient été pratiquées dès le second et premier siècle avant Jésus Christ²⁰⁸. Le premier cas de réassignation sexuelle médiatisé concernait un ancien GI : George, devenu Christine Jorgensen en 1953. En France, c'est en 1979 que se déroule la première intervention chirurgicale de réassignation sexuelle.

83. Le transsexualisme ayant été assimilé à une maladie, l'action du médecin semble justifiée. Le droit n'a pas en effet à se « fourvoyer dans des considérations de mœurs et de folie »²⁰⁹. Ce suivi de la médecine par le droit est favorisé par la Cour européenne des Droits de l'homme qui indique que la nécessité des mesures de conversion médicale n'est pas une affaire juridique : seuls les experts ont leur mot à dire²¹⁰.

Le droit les qualifiait pourtant de délits de castration²¹¹ jusque dans les années 70, et ce même si elle était faite avec le consentement de l'intéressé. Il les admet par la suite avec la justification de l'intérêt thérapeutique du patient²¹², qui doit être établi de manière certaine²¹³. Il se place ainsi sur le terrain d'un protocole médical²¹⁴, impliquant un diagnostic certain du transsexualisme²¹⁵. C'est ce seul diagnostic qui entrainera la licéité de l'intervention chirurgicale.

Cependant, ce raisonnement est contestable. Tout d'abord, la médecine aurait dû se baser sur le terrain de la légitimité de ces interventions, quitte à constater l'impasse thérapeutique, plutôt qu'à déceler une maladie²¹⁶. Il est quelque peu déconcertant qu'elle ait voulu transformer les désirs des

²⁰⁶ Philippe REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *op. cit.*

²⁰⁷ Civ., 6 avr. 1903, D. 1904, n°1, p. 395, concl. Baudouin ; S. 1904, I, p. 273, n. A. Wahl

²⁰⁸ G. ANDROUTSOS, M. PAPADOPOULOS, S. GEROULANOS, « Les premières opérations de changement de sexe dans l'Antiquité », *Andrologie* (2011), n°2, p. 89-93, cité par Daniel BORILLO, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *op. cit.*

²⁰⁹ J. VEDRINNE, J.-M. ELCHARDUS, « Évolution des réponses médico-juridiques à la question du transsexualisme », in *Droits de l'homme et médecine*, vol. 2, Masson, 1984, p. 162

²¹⁰ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97 ; RTD civ., 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud : c'est à l'assureur de rapporter la preuve que la nécessité médicale n'était pas établie : cela revient-il à présumer celle-ci ? ; CEDH, 8 janv. 2009, *Schlumpf c. Suisse*, n° 29002/06, §57

²¹¹ Art. 316 C. pén. anc. Cependant, jamais on n'a retenu la castration à l'encontre des médecins dans le cadre de telles opérations.

²¹² Pour en savoir plus sur la licéité des actes de réassignation sexuelle : V. Christelle LEPRINCE, « Le transsexualisme, évolution contemporaine des idées et du droit », *Revue juridique de l'Ouest*, 2, 2008, p. 133 (qui conclut à la licéité de ces actes)

²¹³ Crim., 30 mai 1991, *Affaire Oyac*, n° 90844-20, Bull. crim., n° 232, p. 591 ; JCP G, 1991.IV.348 : condamnation pénale du chirurgien qui avait procédé à une réassignation sexuelle sur un jeune élève infirmier trois mois seulement après la première consultation : la Cour de cassation estime qu'il avait davantage agi pour « satisfaire sa curiosité scientifique » plutôt que dans l'intérêt thérapeutique du patient.

²¹⁴ Cf. infra n° 98 s.

²¹⁵ Bruno PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 166

²¹⁶ Françoise DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, *op. cit.*

individus en réalité. Ensuite, la réassignation repose sur l'idée proprement occidentale de division des corps et des âmes. L'âme des personnes trans serait née dans le mauvais corps, ce qui est discutable²¹⁷. De plus, la satisfaction des transsexuels après leur opération n'est que relative : certains se disent insatisfaits de leur conversion, quand d'autres finissent par se suicider²¹⁸. L'acte ne semble alors pas proportionné dans tous les cas. Finalement, le consentement peut sembler forcé, étant donné que seules les personnes opérées peuvent obtenir un changement d'état civil²¹⁹.

Mais la médecine ne peut être totalement blâmée. Le droit n'est jamais intervenu clairement sur le procédé à suivre : il a laissé toute compétence au pouvoir médical pour régler ces questions de réassignation sexuelle. Or, face aux risques élevés de suicide²²⁰, la médecine se devait d'intervenir, et elle a opté pour les interventions chirurgicales, directement demandées par les personnes transsexuelles, qui, ayant intégré ce discours de dissociation entre l'âme et le corps, « remercient leur *Créateur* de les avoir soignées » après l'opération (et ce alors même que les opérations de conversion sexuelles sont souvent, notamment en France, relativement décevantes)²²¹.

IV. Critiques de ces pratiques

84. De nombreux auteurs considèrent ces opérations irréfléchies. Réponses réelles de transformation à des demandes idéales de transformation²²², elles ne peuvent être adaptées. C'est une « collaboration avec la psychose »²²³, une réponse « à une demande folle par une offre folle »²²⁴. La transformation aboutit en effet à un corps mutilé, alors que c'était au départ un corps sain²²⁵. Ces opérations seraient donc absurdes et hypocrites²²⁶.

Par ailleurs, la conformisation ou réassignation sexuelle réduit l'individu à son sexe anatomique. La définition du sexe est alors revisitée : alors que le droit prétend tenir compte du sexe psychosocial, ici, il semble réduit à peu de choses. L'ensemble de ces pratiques vient confirmer le fait selon lequel il n'y aurait que deux sexes. Les ambiguïtés sexuelles, sujet tabou, sont effacées. Le droit vient non pas « démissionner face aux experts médicaux, mais les [incite] à des performances dans la reconstruction des corps sexués »²²⁷.

85. Le corps humain se médicalise. La médecine dicte et le droit légitime. Tel enchevêtrement en arrive à des considérations folles, selon lesquelles le droit aurait également des vertus curatives. Il perd sa vertu d'ordonnement social pour s'attacher à des intérêts particuliers.

²¹⁷ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

²¹⁸ De 0,5% à 1,9% selon le Rapport de la Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 142

²¹⁹ Cf. infra n° 105 s.

²²⁰ Cf. supra note 173

²²¹ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

²²² Denis SALAS, *op. cit.*

²²³ Joost MERLOO, cité par Pierre-Henri CASTEL, *La métamorphose impensable : Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, N.R.F. Gallimard, 2003, p. 56 ; Voir aussi J. LACAN, *Le séminaire 1971-1972, ... ou pire*, Leçon du 8 décembre 1971, dactyl., p. 9 : considère le transsexualisme comme une psychose.

²²⁴ Anne DEBET, *op. cit.*

²²⁵ Colette CHILAND, « Homosexualité et transsexualisme », in *Adolescence*, vol. 7, 1989, p.133 : « L'idée qu'on puisse changer un homme en femme est une idée folle ; on ne change pas le sexe, on transforme un corps sain en un corps mutilé qui a besoin de l'appoint constant d'hormones ; on ne change qu'une apparence ; mais c'est cette apparence qui permet au sujet d'occuper la place qu'il souhaite dans le réseau des échanges symboliques : le langage et les rôles sociaux »

²²⁶ Colette CHILAND, *Changer de sexe*, Paris, Odile Jacob, 1997

²²⁷ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

Section 2 : La vertu curative du droit

« La revendication est pressante : à travers le changement d'état civil, le transsexuel recherche la reconnaissance par les autres de ce qu'il estime être sa véritable identité ; quant au corps médical, il tend à considérer qu'en parachevant la mutation, un tel changement concourt à l'apaisement des troubles et est, par là-même, doté de vertus thérapeutiques. Mais précisément, le droit n'a-t-il pas ici d'autres impératifs à satisfaire que celui d'apporter un complément de traitement ? »²²⁸

86. Plan - La reconnaissance d'un état homme ou femme se fait ressentir dans la société, devenant un besoin social – vital ? – des individus (§1). Le droit a accepté cette mission de reconnaissance, devenant lui-même traitement (§2). Mais n'est-ce pas une réponse folle à une demande folle (§3) ?

§1 La reconnaissance par le droit : un besoin social des individus

87. La reconnaissance est le fait d'accepter, d'admettre une chose ou un sujet, après l'avoir nié ou mis en doute. Dans le cadre du sexe, elle permet à l'individu d'être considéré pour ce qu'il est vraiment, et surtout pour ce qu'il n'était pas aux yeux des autres. Si l'intersexe était un individu *anormal*, l'attribution d'un sexe lui permet de s'affirmer en tant qu'être masculin ou féminin aux yeux de la société. Si le transsexuel était un individu qui voulait être homme ou femme, mais *qui ne l'était pas*²²⁹, le changement de sexe lui permettra d'être homme ou femme, et non plus transsexuel. Les parents des premiers ressentent généralement ce passage de l'attribution d'un sexe à leur enfant comme la « véritable naissance » de celui-ci²³⁰. Les seconds, quant à eux, vivent leur changement de sexe comme une « renaissance »²³¹.

88. La reconnaissance est en effet étroitement liée à la viabilité du sujet. L'être humain qui, restant humain après la transformation de tous en Rhinocéros, peut-il survivre dans cette société, alors même qu'il sait avoir raison²³² ? On se définit relativement aux normes et aux autres sujets. Dans le cas de la différence sexuelle, les normes genrées sont très importantes dans cette reconnaissance et donc dans la définition de soi-même :

« Se conformer à une certaine conception du genre équivaldrait alors précisément à garantir sa propre lisibilité en tant qu'humain. A l'inverse, ne pas s'y conformer risquerait de compromettre cette lisibilité, de la mettre en danger. »²³³

Le genre se construit toujours « avec ou pour autrui »²³⁴. Ce n'est pas la présence du sexe masculin qui empêche d'être une femme : ce qui compte le plus est la reconnaissance sociale²³⁵. « Ni seulement objet de chair ni sujet psychologique ; il a besoin d'un tiers qui lui signifie sa place

²²⁸ François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, p. 188

²²⁹ Natacha TAURISSON et Michela MARZANO, « Transsexualisme, corps et changement d'identité », *Cités*, 2005/1 n° 21, p. 103-112 : « C'est comme si l'on n'était personne et tout à la fois ».

²³⁰ Anne-Marie RAJON, « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », *Droit et société*, vol. 47, 2008, p. 71

²³¹ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

²³² Eugène IONESCO, *Le rhinocéros*, 1959

²³³ Judith BUTLER, « Faire et défaire le genre », *op. cit.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Natacha TAURISSON et Michela MARZANO, *op. cit.*

inaliénable dans le monde commun »²³⁶. Et l'identité sociale est celle apparaissant sur l'état civil. Par conséquent, le droit s'est fait garant de la reconnaissance sociale des sujets. Cette reconnaissance est acceptée par le droit.

§2 La reconnaissance par le droit : un traitement ?

Ceci est notamment visible dans le cadre du transsexualisme.

89.Nécessité de la reconnaissance affirmée par la médecine - La médecine a érigé le droit en traitement. C'est dans la définition même du syndrome du transsexualisme que cette fonction est prescrite²³⁷. La modification de l'état civil devient le « complément nécessaire du traitement »²³⁸. La médecine cherche à parfaire son œuvre par le droit²³⁹, à lui donner sens. Car, sans modification à l'état civil, l'acte médical serait simple absurdité. Le juriste en est réduit (voire contraint²⁴⁰) à vérifier le caractère thérapeutique de l'intervention²⁴¹. La fonction thérapeutique du droit vient remplacer sa fonction auparavant répressive :

« Ainsi, le droit entérine le fait : la reconnaissance médicale et la réalisation chirurgicale du transsexualisme obligent l'officier d'état civil à modifier la mention relative au genre humain. »²⁴²

90.Acceptation de ce rôle par le droit - Ce changement a d'abord été refusé, « bien que le transsexualisme soit médicalement reconnu »²⁴³. Le droit avait pour seule fonction d'assurer l'harmonie sociale, et non une fonction thérapeutique : certes compatissant au mal-être des personnes transsexuelles, il ne souhaitait pas se fourvoyer. Mais en 1992, « le droit s'incline [...] devant la médecine : le changement médical doit entraîner le changement juridique et le sexe psychologique et social l'emporte sur le sexe biologique »²⁴⁴. Est-ce le rôle du droit ?

§3 Une réponse folle à une demande folle ?

91.Certaines solutions juridiques peuvent avoir une finalité thérapeutique. Ainsi, la réforme du divorce en 1975 permettait d'aller vers un meilleur divorce pour tous ; le droit de l'enfant a pour vocation son bonheur (art. 3 Convention de New York), et le droit des personnes et de la famille a pour vocation le bonheur individuel²⁴⁵. Qu'en est-il ici ? Si les politiques de reconnaissance peuvent

²³⁶ Denis SALAS, *op. cit.*

²³⁷ Rapport du Professeur KÜSS à l'Académie de médecine, séance du 29 juin 1982, cité par Christelle LEPRINCE, *op. cit.*

²³⁸ Jean-Paul BRANLARD, *op. cit.*

²³⁹ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.*

²⁴⁰ Françoise DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, *op. cit.* : « le juriste se trouvait alors condamné à abandonner le dogme de l'immutabilité du sexe, sauf à créer une discordance évidente entre la réalité et son appréhension par le droit. Le comble fut néanmoins que le corps médical revendique l'acceptation du changement de sexe par l'état civil comme élément nécessaire de la thérapeutique ! »

²⁴¹ Denis SALAS, *op. cit.*

²⁴² Laurence MAUGER-VIELPEAU, « Le mariage peut-il survivre au transsexualisme d'un époux ? », D. 2002, p. 124

²⁴³ Civ. 1^{re}, 21 mai 1990 (4 arrêts), n° 88-12.829, Bull. civ. I, n° 117, p. 83 ; n° 88-15858, n° 88-12163 et n° 88-12250, inédits ; D.1991.169, rapp. J. Massip ; JCP G, 1990.II.21588, concl. F. Flipo, rapp. J. Massip ; Gaz. Pal. 1991, 1, p. 33, concl. F. Flipo

²⁴⁴ Laurence MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *op. cit.*

²⁴⁵ Jean HAUSER, « L'identité sexuelle », RTD civ. 1991, p. 289

parfois mener à une remise en cause des principes démocratiques²⁴⁶, c'est surtout l'aspect thérapeutique qui doit être critiqué.

92. La personne présente, parce qu'elle est humaine, une « vocation anthropologique de son identité »²⁴⁷. Le rôle du juriste est de trouver un juste équilibre entre l'affirmation de l'ordre public²⁴⁸ et la prise en compte des convictions du patient et de l'équipe médicale : il est l'« espace neutre » entre la collectivité et le patient. Il ne doit pas être sollicité : « sans être totalement insensible au mal-être des transsexuels, il doit assurer l'harmonie sociale et défendre les principes sur lesquels repose la société »²⁴⁹. Or, ce glissement utilitariste du droit, visant à satisfaire un intérêt particulier, noie l'aspect humain de la personne. De nombreux auteurs ont considéré l'acceptation du changement de sexe à l'état civil comme une réponse folle à une demande folle²⁵⁰. Dans la crise des représentations du sujet de droit, où l'identité sexuée devient complexe, le droit se retrouve face à un individu qui lui demande de répondre à la question métaphysique « Qui suis-je ? ». Le droit peut-il répondre à cette question, et le doit-il ? Si de nombreux auteurs refusaient le changement d'état civil comme accréditant la déraison²⁵¹, nous contestons cette solution non pas sur la base de la *folie* des demandeurs (folie que nous rejetons en tant que telle), mais sur la base de l'efficacité de cette solution : l'état civil est-il le bon outil²⁵² ? Et était-ce l'inscription de ce sexe à l'état civil qui devait être contestée ou ne devait-on pas contester le postulat qui la sous-tendait, à savoir la binarité sexuelle ? Car c'est bien cette « différenciation subjective »²⁵³ qui est ici en cause.

²⁴⁶ Claudine HAROCHE, « Les paradoxes de l'égalité : le cas du droit à la reconnaissance », in Gilles GUGLIELMI, Geneviève KOUBI, *L'égalité des chances, Analyses, Évolutions, Perspectives*, Paris, La Découverte, coll. Recherches, 2000, p. 25

²⁴⁷ Denis SALAS, *op. cit.*

²⁴⁸ Cf. supra n° 56 s.

²⁴⁹ Christelle LEPRINCE, *op. cit.*

²⁵⁰ Patrick WACHSMANN, Alumna MARIENBURG-WACHSMANN, *op. cit.*

²⁵¹ *Ibid.* : « Fantasma démiurgique » ; le droit se rend « complice d'une supercherie » : Jean-Paul BRANLARD, *op. cit.*, p. 520 ; le droit accréditerait la « déraison » selon Gérard MÉMÉTEAU, *op. cit.*

²⁵² Jean HAUSER, « Un sexe évolutif ? Du transsexualisme, du trans-genre et des prénoms », RTD civ. 2010, p. 759

²⁵³ Pierre LEGENDRE, cité par Patrick WACHSMANN, Alumna MARIENBURG-WACHSMANN *op. cit.*

Titre 2

La binarité sexuelle inadaptée : la nécessité de rajustements

93.Plan - La binarité sexuelle est donc une construction, entraînant la pathologisation des situations qui ne s'y conforment pas. Cette inadaptation peut cependant se révéler tardivement. Non pas par l'attribution initiale d'un sexe féminin ou masculin, mais par la nécessaire adaptation du droit à la réalité, qui peut être mise au jour avec l'évolution de l'individu dans la construction de son individualité. Il s'agira alors des demandes de changement de sexe ou de prénom à l'état civil (Chapitre 1). Cependant, ces solutions sont-elles satisfaisantes et répondent-elles à toutes les demandes ? Il semble que les possibilités actuellement offertes n'épuisent pas l'ensemble des problèmes qui se posent du fait de la binarité des sexes. En cela, nous tenterons d'apporter des ébauches de propositions visant à satisfaire les divers intérêts en présence (Chapitre 2).

Chapitre 1

Les adaptations du droit aux « problématiques » intersexuation et transidentité

« Le Parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme ».

Jean-Louis De Lolme, XVIII^{ème} siècle

94.Plan - Cette phrase est dépassée : l'acceptation du changement de sexe des personnes transsexuelles le prouve. Pourtant, est-ce que le changement de sexe ne correspond pas à représenter une réalité plus juste, plus profonde ? Le droit ne changerait pas l'homme en femme, il le considérerait dans ce qu'il est vraiment et, ainsi, rétablirait la vérité.

Aujourd'hui, le changement de sexe à l'état civil est possible sous de strictes conditions (Section 1). Quant au changement de prénom, qui est étroitement associé au sexe, il en est un corollaire, voire un « lot de consolation » (Section 2).

Section 1 : Le changement de sexe à l'état civil

95.La binarité sexuelle implique d'appartenir à l'un ou l'autre sexe. Dans ce modèle, seul un changement de sexe est envisageable. En effet, c'est l'unique possibilité qui permet à la fois de satisfaire les individus (notamment au nom du respect de la vie privée²⁵⁴) et de rester dans un modèle de bicatégorisation de la société. Le changement de sexe opère une confirmation du paradigme.

96.Les actions relatives à l'état civil - Comment ce changement peut-il s'effectuer ? Il existe en matière d'état civil quatre types de jugements²⁵⁵ :

- les actions en annulation des actes d'état civil²⁵⁶, qui permettent d'annuler un acte quand il y a eu omission d'une formalité substantielle ou inexactitude d'une énonciation essentielle (concerne les éléments essentiels tels que la naissance, la mort, la filiation selon l'IGEC)

²⁵⁴ Recommandation 1117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 29 sept. 1989, <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta89/frec1117.htm>, consulté le 28.03.12 : demande la reconnaissance par le droit du changement de sexe sur les registres de naissance, notamment au nom de la vie privée.

²⁵⁵ Hubert BOSSE-PLATIERE, « Actes de l'état civil », Rép. civ., mars 2010, dernière mise à jour janv. 2012, spéc. n° 216 s.

²⁵⁶ IGEC, art. 161 s. : très peu d'annulations sont présentées, dans la mesure où les irrégularités sont réparées grâce à l'action en rectification.

- les actions en rectification des actes d'état civil²⁵⁷, visant à corriger les irrégularités non essentielles commises dans la rédaction des actes d'état civil
- les actions d'état, s'intéressant à l'état lui-même
- et les jugements de suppléance de l'état civil, intervenant en cas de perte ou d'inexistence des registres.

97.Choix - Si l'on peut directement écarter les actions en annulation d'état civil, le sexe n'étant a priori pas un élément essentiel au sens de l'IGEC, ainsi que les jugements en suppléance de l'état civil, le registre matériel n'étant pas en cause, il convient de s'attacher aux actions en rectification et aux actions d'état. Le choix entre ces deux actions est important, car il emporte des effets aussi bien au niveau de la procédure²⁵⁸ qu'au niveau des effets juridiques. L'action d'état aboutit à un jugement constitutif, n'ayant d'effets que pour l'avenir, alors que l'action en rectification aboutit à un jugement déclaratif, l'état de la personne étant supposé avoir toujours été celui reconnu. Suite à ces jugements, il sera procédé à une inscription en marge de l'acte, et non pas à l'élaboration d'un nouvel acte, du fait du principe d'immutabilité de l'état civil.

L'action en rectification revêt deux formes : elle peut être administrative ou judiciaire. La rectification administrative concerne notamment les cas d'erreur manifeste sur le sexe²⁵⁹. La rectification judiciaire ne concerne que les erreurs non matérielles, dont la réparation ne soulève aucune question relative à l'état des personnes²⁶⁰. La question du sexe relève certes de l'état des personnes, mais l'article 288 de l'IGEC indique que les actions en changement de sexe pour les personnes intersexes sont donc des actions en rectification judiciaire (II).

Quant au changement de sexe des personnes transgenres, l'IGEC²⁶¹ indique qu'il faut intenter une action d'état (I).

I. L'action d'état ouverte aux transsexuels

98.Conditions - Cette action d'état emporte changement de sexe pour l'avenir²⁶², mais est soumise à des conditions très strictes. Elles sont assez floues, du fait de l'absence d'intervention législative en la matière, et du fait de la divergence des juges du fond. L'assemblée plénière de la Cour de cassation s'était prononcée en 1992, dans un « cadre rigide et contraignant »²⁶³. Elle exigeait quatre conditions : le syndrome du transsexualisme, un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique aboutissant à ce que la personne ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et ait pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, ainsi qu'une expertise judiciaire établissant la réalité du syndrome transsexuel. Cette décision montre encore une fois la soumission du droit à la médecine, qui décidera seule du sexe de la personne transsexuelle²⁶⁴. Ces conditions ont été revisitées, et l'on peut en compter trois aujourd'hui. Il faut que le transsexualisme ait été diagnostiqué (A), que le comportement social de la personne se rapproche du

²⁵⁷ L'erreur doit être faite *ab initio*. Régie par IGEC, art. 175 s. et art. 99 C. civ. : il existe deux types de rectifications : 1. la rectification judiciaire, ordonnée par le président du TGI, lorsque l'acte est incomplet ou erroné ; 2. la rectification administrative, ordonnée directement par le procureur de la République qui transmettra sa décision à l'officier d'état civil, et ce dernier portera une mention rectificative sur l'acte erroné.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ IGEC, art. 176

²⁶⁰ IGEC, art. 177

²⁶¹ IGEC, art. 179

²⁶² Les jugements en matière d'état des personnes sont constitutifs : TGI Paris, 24 sept. 1981 (2 affaires), JCP G, 1982.II.19792, n. J. Penneau ; Paris, 2 juill. 1998, JCP G, 1999.II.10005, n. T. Garé ; JCP G, 1999.I.149, n°2, obs. B. Teyssié : la rectification de l'état civil du transsexuel n'a donc pas d'incidences sur l'acte d'état civil de son enfant.

²⁶³ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

²⁶⁴ *Ibid.*

sexe dont elle demande la reconnaissance (B), et que l'individu ait subi un traitement médico-chirurgical ayant un effet irréversible (C). S'agissant de l'expertise judiciaire, sa nécessité à été remise en cause (D). Finalement, nous regarderons si d'autres conditions ne sont pas requises (E).

A. Le diagnostic du transsexualisme

99. Ce diagnostic du transsexualisme est exigé dans la majorité des États ayant légiféré sur la question du changement de sexe²⁶⁵. Il repose sur des considérations médicales, permettant d'écarter les demandes des personnes transidentitaires non transsexuelles ou atteintes de maladies psychiatriques (on parle de diagnostic « différentiel »²⁶⁶). Ce diagnostic doit être établi par un groupe d'experts médicaux (notamment psychiatres) : il repose sur les définitions façonnées par la médecine, à savoir notamment la CIM 10 ou le DSM IV²⁶⁷.

100. Pourtant, ce diagnostic est apprécié différemment selon les juridictions du fond. Certains juges exigent un « transsexualisme vrai »²⁶⁸, d'autres un « transsexualisme authentique rigoureusement diagnostiqué »²⁶⁹. Ces différences ne sont plus valables aujourd'hui. Dès lors, il en résulte une insécurité juridique, et par voie de conséquence des discriminations indirectes envers les personnes transgenres en général. Étant dans des situations identiques, elles sont face à une différence de traitement dès lors qu'elles obtiendront satisfaction ou non en fonction de la circonscription dont elles relèvent.

B. Le comportement social et une apparence physique de l'autre sexe

101. Une autre exigence s'ajoute : il faut que la personne ait un comportement social et une apparence physique la rapprochant du sexe dont elle se revendique.

102. Épreuve de vie réelle - Cette condition doit être rapprochée de l'épreuve de vie réelle exigée par le corps médical²⁷⁰, permettant de s'assurer du diagnostic du transsexualisme et légitimant l'opération – partielle ou entière – de réassignation sexuelle. Celle-ci est de deux ans en France²⁷¹, pendant lesquels il est effectué un suivi psychiatrique, accompagné de traitements hormonaux dont les effets sont réversibles²⁷². Le patient est alors censé vivre en permanence dans le rôle du sexe désiré. Mais cette épreuve de vie réelle est requise avant d'effectuer une opération de réassignation sexuelle, alors que l'exigence d'un comportement social et d'une apparence physique est plus générale.

²⁶⁵ Cep. en Argentine : une loi, votée par l'Assemblée nationale le 30 novembre 2011, et votée par le Sénat le 10 mai 2012, n'exige ni diagnostic médical ou psychiatrique, ni opération pour procéder au changement de sexe à l'état civil.

²⁶⁶ Rapport de la Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, spéc. p. 94

²⁶⁷ Cf. supra n° 69

²⁶⁸ Paris, 28 juin 2001, Jurisdata n° 2001-149456

²⁶⁹ Poitiers, 30 juin 1999, n° 99-276, inédit ; Paris, 27 janv. 2011, n° 10/04525, inédit

²⁷⁰ Jacques MASSIP, « Le transsexualisme... Encore », *op. cit.*

²⁷¹ Selon le protocole de 1989 (V. supra note 179) ; en Grande-Bretagne, cette exigence est également de deux ans, en Espagne d'un an.

²⁷² Cependant, certains auteurs contestent l'administration d'hormones à cette période, le diagnostic du transsexualisme n'étant pas certain : l'intérêt thérapeutique n'est donc pas formé : V. Bruno PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, *op. cit.*, p. 166

103. Possession d'état - Il faut donc se comporter en tant qu'homme/femme et ressembler à un homme/une femme. Est-ce une possession d'état ? Même si ce rapprochement a été décrié²⁷³, il reste que cette condition n'en est pas moins très proche. On décèle en effet l'exigence du triptyque tractatus, fama et nomen. La personne doit se comporter dans le sexe considéré et être traitée comme tel. Puis, elle doit être considérée aux yeux de tous (ou du moins de la plupart) comme appartenant à ce sexe. Ici est en jeu la crédibilité du changement : c'est le phénomène de « passing », qui est le fait d'être perçu par les autres dans la catégorie sexuelle à laquelle on désire appartenir²⁷⁴. Finalement, le fait que la personne ait choisi un prénom d'usage se rapportant au sexe qu'elle revendique est systématique.

104. Critiques - Véhiculant des représentations genrées sur ce qu'est un homme ou une femme²⁷⁵, cette condition devrait être dénoncée. Le transsexualisme, instrument au service de la binarité sexuelle²⁷⁶, vient permettre d'affirmer qu'il existerait des modèles masculins et féminins, auxquels devraient se soumettre les individus. Cette condition renforce également les inégalités : l'image qu'on donne de nous-mêmes, ressemblant plus ou moins à une femme ou à un homme, dictera les possibilités de changement de sexe à l'état civil. Le juge viendra-t-il apprécier la beauté des individus²⁷⁷ ? On sait comme de telles appréciations sont subjectives, et c'est pour cela que le droit se doit de s'en écarter. Pourtant, abandonnant peu à peu le contrôle physique des sexes, il semble que le contrôle social et psychique soit renforcé²⁷⁸.

C. Un traitement irréversible

105. Exigence - La possibilité de changer de sexe est soumise à la condition d'avoir subi un traitement irréversible. Ce caractère est exigé aussi bien par les rares textes²⁷⁹ que par la jurisprudence²⁸⁰. Qu'est-ce que cette irréversibilité ?

106. Abandon de l'obligation de réassignation sexuelle – *Tota mulier in utero*²⁸¹. Cette maxime d'Hippocrate nous indique que les organes font les individus sexués. En 1992, quand la Cour de Cassation autorise pour la première fois le changement de sexe à l'état civil²⁸², la condition de traitement médico-chirurgical exigée est une opération de réassignation sexuelle. On exige une

²⁷³ Assimilation considérée comme une insulte à l'égard de la possession d'état : Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.* ; V. aussi Gérard CORNU, *Droit civil, Les personnes, op. cit.*, p. 105 : « Le masque du transsexualisme et la transparence de la possession d'état ne vont pas dans le même chemin ». Cette assimilation à une possession d'état a d'ailleurs été refusée par la jurisprudence : TGI Seine, 18 janv. 1975, RTD Civ. 1966, p. 74, obs. R. Nerson ; Nancy, 11 oct. 2010, n°10/02477 et 09/02179, Jurisdata n° 2010-022249 ; JCP G, 2010.I.1205, n. P. Reigné

²⁷⁴ Définition proposée par l'association STS67, consulté le 26.04.2012 sur http://www.sts67.org/html/gloss/fr_glossaire.html

²⁷⁵ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

²⁷⁶ Cf. supra n° 47 s.

²⁷⁷ Sur la relativité de la beauté, V. Gilles MARCHAND, « Les lois de la beauté », *Sciences humaines*, 2005, vol. 162, p. 15

²⁷⁸ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

²⁷⁹ Circ. de la direction des Affaires civiles et du Sceau n° civ/07/10 du 14 mai 2010 (NOR : JUSC1012994C) : exige un « changement de sexe **irréversible** » ; Recommandation du Conseil de l'Europe n° 1117, 1989, disponible sur <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta89/frec1117.htm>, consulté le 28.03.12 : exige un « **transsexualisme irréversible** »

²⁸⁰ Nancy, 3 janv. 2011, n° 09/00931, inédit : « La demande de changement d'état civil à raison de la mention du sexe implique que soit préalablement établi le **caractère irréversible** du processus de changement de sexe ».

²⁸¹ « La femme est toute entière dans son utérus »

²⁸² Ass. plén., 11 déc. 1992 (2 arrêts), n° 91-12.373, n° 91-11.900, Bull. A.P., n° 13, p. 27 ; JCP G, 1993.II.21991, concl. M. Jéol, n. G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1992, 348, flash 25 ; Gaz. Pal. 1993, 90, panorama 65 ; Gaz. Pal. 1993, 101, jurispr. 10

vaginoplastie pour la transsexuelle MtF et une phalloplastie pour le transsexuel FtM. Le but implicite de cette condition est de lutter contre l'indétermination sexuelle. La classification binaire reste suprême : en modifiant les corps, en les « re-normalisant », on tente à sauvegarder la *summa divisio*²⁸³.

Des exceptions étaient déjà accordées quand la santé de la personne transsexuelle était en jeu. La Cour d'appel de Rennes admit en 1998 le changement de sexe à l'état civil du prisonnier dont l'état de santé (porteur du VIH) ne permettait pas de se soumettre à une opération de réassignation sexuelle²⁸⁴. Le changement de sexe sera également accordé en cas de modifications partielles²⁸⁵, ou encore en l'absence de cette opération, dès lors que le requérant ne pouvait faire face au coût élevé de l'opération²⁸⁶. La condition est donc affaiblie.

Le maintien de cette exigence donna lieu à des critiques. Le milieu trans dénonçait ces pratiques²⁸⁷. En effet, les personnes transgenres ne ressentent pas tout le besoin d'avoir physiquement un nouveau sexe (sauf pour certaines transsexuelles MtF pour qui leur pénis leur est insupportable). Ce qu'elles désirent le plus, c'est changer d'apparence physique et de statut sociojuridique²⁸⁸.

De plus, cette condition de soumission à une opération chirurgicale apparaît contraire aux droits et libertés fondamentales²⁸⁹. Le commissaire aux droits de l'Homme Thomas Hammarberg indiquait que « le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou tout autre opération chirurgicale, c'est oublier que les personnes transgenres ne souhaitent pas toutes subir de telles interventions. De plus, ces opérations ne sont pas toujours médicalement possibles, accessibles ou abordables sans un financement de l'assurance maladie. Il se peut que le traitement ne corresponde pas aux souhaits et aux besoins du patient ou que le médecin spécialiste ne le prescrive pas. L'impossibilité d'accéder à la reconnaissance officielle de l'identité de genre sans ces traitements place les personnes transgenres dans une impasse »²⁹⁰. La suppression de cette condition se fait pressante, d'autant plus que l'exigence de réassignation sexuelle est très peu exigée dans les autres pays de l'Union européenne, sauf par la Belgique.

Finalement, le changement sera également forcé par des considérations pratiques (notamment difficulté de maîtriser la phalloplastie). La condition d'intervention médico-chirurgicale est remplacée par un traitement irréversible, qui ne s'entend pas nécessairement comme une exigence de l'ablation des organes génitaux²⁹¹.

²⁸³ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

²⁸⁴ Rennes, 26 oct. 1998, Jurisdata n° 1998-100706 ; D. 1999, jurispr. p. 508, n. M. Friant-Perrot : se fondant sur « une morphologie générale très féminine » et sur « l'apparence physique et le comportement social d'une femme », la Cour d'Appel autorise le changement de sexe sans réassignation sexuelle, celle-ci ne pouvant être envisagée du fait de l'état de santé de la requérante, et du fait de la situation particulière de cette transsexuelle MtF, prisonnière dans un secteur homme.

²⁸⁵ Bordeaux, 25 janv. 1993, Jurisdata n° 1993-040252, Cah. jurispr. Aquitaine 1993, p. 210, obs. J.-J. Lemouland ; Civ. 1^{re}, 18 oct. 1994, n° 93-10.730, inédit ; Gaz. Pal. 1995, 300, somm. 17 ; accepte le changement de sexe à l'état civil, le requérant ayant subi une hormonothérapie accompagnée d'une mammectomie et d'une hystérectomie, cependant sans réassignation sexuelle (pas de phalloplastie) ; Aix-en-Provence, 9 nov. 2001, n° 00/20236, Jurisdata n° 2001-157510

²⁸⁶ Poitiers 20 déc. 2006, n° 06/00431, Jurisdata n° 2006-330972 : accepte le changement de sexe à l'état civil sans réassignation sexuelle, car le coût de celle-ci, trop élevé, ne pouvait être payé par la requérante.

²⁸⁷ « Ce qu'on a entre les jambes ne regarde personne » : Natacha TAURISSON et Michela MARZANO, *op. cit.*

²⁸⁸ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

²⁸⁹ Principe n° 3 de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 2007 : « Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre ».

²⁹⁰ Rapport du Commissaire des Droits de l'Homme Thomas HAMMARBERG, « Droits de l'Homme et identité de genre », juillet 2009, p. 19 ; V. aussi Résolution 1728 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à propos de la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, 29 avril 2010, Art. 16.11.2

²⁹¹ Circ. de la direction des Affaires civiles et du Sceau n° civ/07/10 du 14 mai 2010 (NOR : JUSC1012994C)

107. Remplacement par une exigence de stérilité ? - Le rapport de la Haute autorité de santé indique que cette irréversibilité peut être obtenue par des traitements hormonaux, qui peuvent modifier de façon irréversible les caractères sexuels secondaires ou encore la fécondité²⁹². Or, les traitements hormonaux ne peuvent être totalement irréversibles. L'arrêt de la prise d'hormones entraînera une disparition partielle des effets, alors que seuls certains caractères physiques secondaires persisteront²⁹³. Dès lors, seule la stérilité semble remplir cette condition de traitement irréversible. La pratique va en tous cas dans ce sens, l'administration continuant à demander la stérilisation comme préalable au changement de sexe²⁹⁴. Par ailleurs, une réponse ministérielle de 2010 indiquait, à propos du caractère irréversible du traitement, que « cette notion est d'ordre médical et non juridique et, selon certains spécialistes, il peut résulter de l'hormonosubstitution, ce traitement gommant certains aspects physiologiques, notamment la fécondité, qui peut être irréversible »²⁹⁵. Cette exigence de stérilité est également fréquente dans la plupart des États européens ayant légiféré sur la question (Belgique, Pays-Bas, Allemagne, mais pas l'Espagne).

On « dé-naturalise » donc les corps au prix d'une stérilisation de ceux-ci²⁹⁶. Si éthiquement cette solution peut nous apparaître contestable, elle pourrait se justifier au regard de la hantise de l'inversion des sexes dans la filiation²⁹⁷ :

« Seule une telle irréversibilité garantirait la cohérence de l'état civil, interdisant qu'un homme ne puisse accoucher d'un enfant ou une femme être le père biologique d'un enfant dont une femme a accouché. »²⁹⁸

Cependant, la peur, comme toute impression, importe peu au plan juridique. Il faut apprécier cette exigence de stérilisation au regard de sa licéité. La stérilisation est un acte possible en France. Il est soumis au consentement libre et éclairé de la personne²⁹⁹. Peut-on considérer que ce consentement est libre, quand les personnes qui désirent changer de sexe à l'état civil ne peuvent obtenir satisfaction qu'en procédant effectivement à cette opération³⁰⁰ ? Pour certains, c'est un « chantage organisé par l'État pour octroyer aux personnes transsexuelles le droit de s'intégrer dans la société avec le genre qu'elles souhaitent »³⁰¹. Cette « solution eugénique »³⁰², réduisant l'individu à sa seule fonction reproductrice³⁰³, semble par ailleurs être en contrariété avec les droits et libertés fondamentales. Dans un nouveau rapport de 2011, le commissaire aux droits de l'Homme indiquait que l'abolition de

²⁹² Rapport de la Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, spéc. p. 35

²⁹³ L'hormonosubstitution pourrait avoir des effets irréversibles, qui seraient relativement persistants malgré l'arrêt de la prise d'hormones : 1. pour les FtM dans le « développement mammaire et l'atrophie testiculaire induits par l'oestrogénothérapie », 2. pour les MtF, dans les « modifications de la voix, la pilosité faciale, la calvitie et l'hypertrophie clitoridienne induites par la testostérone » : Rapport de la Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, spéc. p. 104

²⁹⁴ Daniel BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.*

²⁹⁵ Rép. min., JO Sénat, 30 déc. 2010, p. 3373

²⁹⁶ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

²⁹⁷ Affaire de l'américain Thomas Beatie qui, tombé enceint, a donné naissance à trois enfants entre 2008 et 2010 grâce à un don de sperme et après avoir arrêté temporairement la prise de testostérone ; V. également le film *L'Événement le plus important depuis que l'homme a marché sur la Lune*, Jacques Demy, 1973 (dont le titre anglais est beaucoup plus évocateur : *A slightly pregnant man*)

²⁹⁸ Sophie PARICARD, « Le transsexualisme, à quand la loi ? », Dr. Famille, n° 1, janv. 2012, étude 2

²⁹⁹ Art. L2123-1 s. CSP

³⁰⁰ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

³⁰¹ Marcella IACUB, Contribution au rapport de la HAS, p. 36

³⁰² Philippe REIGNÉ, « Trouble dans la jurisprudence. L'état civil face au transgendérisme », *op. cit.*

³⁰³ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

l'obligation de stérilisation et d'autres traitements préalables à la reconnaissance légale du genre choisi par la personne transgenre est seule conforme au « respect de l'autonomie, de la santé et du bien-être de la personne »³⁰⁴. Finalement, cette exigence semble également critiquable dans la mesure où l'apparence comme fondement du changement de sexe à l'état civil ne semble plus justifiée.

108. Incertitudes persistantes quant à la notion d'irréversibilité - L'insécurité juridique perdure, tant les appréciations sur le caractère irréversible divergent. Certaines cours d'appel acceptent le changement de sexe à l'état civil à la condition que le requérant ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine³⁰⁵ ; d'autres estiment qu'un traitement hormonal féminisant de cinq ans est insuffisant³⁰⁶ ; d'autres encore considèrent que le traitement peut apparaître comme irréversible dès lors qu'un avis d'un médecin psychiatre l'indique³⁰⁷. Le caractère irréversible va du tout au (presque) rien, et cela est fortement contestable. Légiférer en ce domaine s'impose, dans un sens respectueux des droits des personnes transgenres.

La proposition de loi de Michèle Delaunay nous apparaît ici convaincante, car la procédure de changement de sexe à l'état civil serait affranchie de tout parcours médical³⁰⁸.

D. Remise en cause de la nécessité de l'expertise judiciaire

109. Ancienne exigence de l'expertise - La jurisprudence³⁰⁹ exigeait une expertise judiciaire, toujours dans cette même perspective de contrôle et de normalisation des corps. La Cour de cassation encourageait « les juges à se montrer zélés dans l'inspection des corps »³¹⁰. Or, cette expertise était contestée car inutile³¹¹, chère³¹² et humiliante.

110. Abandon de la condition - Elle a donc été abandonnée aujourd'hui : la circulaire de 2010 invite à ne recourir à des expertises « que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur »³¹³. Dans les autres cas, il suffira de s'appuyer sur les pièces fournies, notamment attestations et comptes-rendus médicaux engageant la responsabilité des praticiens les ayant établis. Cela reviendra à faire une application stricte de l'art. 263 du Code de procédure civile, selon lequel l'expertise n'est ordonnée que si les constatations ou consultations ne suffisent pas à éclairer le juge. Il suffit donc de documents médicaux attestant du caractère irréversible du traitement³¹⁴. Cependant, il reste que certaines juridictions du fond n'appliquent pas la circulaire

³⁰⁴ Rapport du Commissaire des Droits de l'Homme Thomas HAMMARBERG, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », décembre 2011

³⁰⁵ Paris, 23 sept. 2010, n° 09/28266, Jurisdata n° 2010-026965

³⁰⁶ Paris, 27 janv. 2011, n° 10/04525, inédit ; V. aussi Nancy, 11 oct. 2010, n° 10/02477 et 09/02179, Jurisdata n° 2010-022249 ; JCP G, 2010.I.1205, n. Ph. Reigné

³⁰⁷ Nancy, 2 sept. 2011, n° 11/02099, JCP G, 2012.VI.122 aperçu rapide, F. Vialla, p. 122 ; zoom, P. Reigné, p. 124

³⁰⁸ Proposition de loi n° 4127 visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil, 22 décembre 2011, Assemblée nationale

³⁰⁹ Ass. plén., 11 déc. 1992 (2 arrêts), n° 91-12.373, n° 91-11.900, Bull. A.P., n° 13, p. 27 ; JCP G, 1993.II.21991, concl. M. Jéol, n. G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1992, 348, flash 25 ; Gaz. Pal. 1993, 90, panorama 65 ; Gaz. Pal. 1993, 101, jurispr. 10 ; Agen, 13 déc. 1994, Jurisdata n° 1994-050821, Cah. jurispr. Aquitaine, 1995, 2, p. 39

³¹⁰ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

³¹¹ En effet, dans le cadre des opérations effectuées en France et demandant à être remboursées, un certificat cosigné de l'équipe médicale ayant assuré la prise en charge complète de la personne aura été fourni à la Caisse nationale d'assurance maladie.

³¹² Caroline MASCRET, *op. cit.*

³¹³ Circ. de la direction des Affaires civiles et du Sceau n° civ/07/10 du 14 mai 2010 (NOR : JUSC1012994C)

³¹⁴ Nancy, 11 oct. 2010, n° 10/02477 et 09/02179, Jurisdata n° 2010-022249 ; JCP G, 2010.I.1205, n. P. Reigné ; Rennes, 7 juin 2011, n° 10/03953, Dr. Famille, 2012, étude 2, n° 1

(qui certes n'a pas de valeur juridique). L'exigence d'expertises judiciaires varie, amenant, encore une fois, insécurité juridique et inégalité face au droit.

E. Des conditions supplémentaires ?

111. Mariage ? - Le célibat (du moins le non-mariage) semble être une condition exigée implicitement par le droit. Les médecins refusent généralement d'opérer les personnes transsexuelles mariées, et les personnes transsexuelles elles-mêmes n'intentent pas d'action en changement de sexe à l'état civil. Les individus connaissent en effet la réticence des juridictions du fond à accorder un changement de sexe à l'état civil si la personne est mariée. Il n'existe aujourd'hui, à notre connaissance, qu'un seul jugement accordant ce changement de sexe malgré un mariage : la Cour d'appel de Caen, en 2003, indiquait que « l'ordre public n'est pas affecté et troublé par la coexistence chez une même personne, à un moment donné, d'une appartenance au sexe féminin et du statut de conjoint d'une femme », et ordonnait ainsi le changement de sexe, malgré le fait que le mariage ait été contracté quelques mois auparavant³¹⁵. Cette décision semble être unique, les autres étant des refus³¹⁶.

112. Âge et capacité ? - Il semble que le requérant doive être majeur et capable pour exercer cette action. Cet acte semble impliquer un consentement strictement personnel³¹⁷. Ces conditions de capacité sont ainsi expressément exigées aussi bien en Espagne qu'au Royaume-Uni.

Pour renforcer encore plus la clarté de la volonté du changement de sexe, un collègue de médecins propose de repousser l'âge minimum pour une intervention chirurgicale à 25 ans³¹⁸.

113. L'action d'état est soumise à des conditions très strictes en matière de transidentité, fermant la porte à toute volonté de changement hors parcours médical, et ne résolvant le problème du transsexualisme qu'en partie. En ce qui concerne l'intersexuation, il s'agit d'une action en rectification, et les conditions sont en cela beaucoup plus souples.

II. L'action en rectification pour l'intersexuation

114. Les cas de non-conformité de la mention du sexe à l'état civil pour les personnes intersexes sont réglés par des actions en rectification judiciaire. En effet, l'erreur sur le sexe attribué à l'enfant était présente dès l'origine : soit on ne s'est pas aperçu de l'ambiguïté sexuelle à la naissance, soit elle avait été diagnostiquée mais mal « traitée »³¹⁹. La jurisprudence va dans ce sens³²⁰.

Cependant, pour qu'il y ait erreur, il faut d'abord qu'un sexe ait été attribué à la naissance (A). Si celui-ci ne correspond pas à la *réalité*, alors une action en rectification pourra être engagée (B).

³¹⁵ Caen, 12 juill. 2003, inédit, cité par L. Mauger-Vielpeau, in « Le transsexualisme et le Code civil », Dr. Famille 2005, étude 18, n° 3

³¹⁶ TGI Besançon, 19 mars 2009, n° 08/02219, Dr. famille, 2011, comm. 33, n°3 : refus du changement de sexe à l'état civil pour le transsexuel qui, marié depuis 37 ans, n'avait pas l'intention de divorcer ; TGI Brest, 15 déc. 2011, n° 11/00975 ; JCP G, 2012.V.100, n. J. Dubarry

³¹⁷ Art. 458 C. civ.

³¹⁸ Véronique ALUNNI-PERRET et al., *op. cit.*

³¹⁹ Benjamin MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 49

³²⁰ Par ex. : Paris, 8 déc. 1967, JCP 1968.II.15518 bis, note P. N. ; D. 1967, p. 289 ; RTD civ. 1968, p. 536, obs. R. Nerson

A. L'attribution initiale d'un sexe

115. Le choix d'un sexe - L'attribution d'un sexe par le droit repose aujourd'hui sur le certificat d'accouchement délivré par le médecin. En cas de doute sur le sexe, le choix se fera par référence à une vérité physique et biologique médicalement constatée. L'individu se verra attribuer le sexe considéré comme prédominant³²¹ ou comme étant le plus probable³²² par la médecine. En aucun cas le choix du sexe ne sera fait par les parents, seul l'intérêt de l'enfant étant à prendre en compte³²³. Il n'est pas non plus laissé à la liberté de l'individu lui-même, contrairement à ce qu'il avait pu être fait entre les XVI^e et XIX^e siècles³²⁴.

Comment choisir ce sexe ? Le droit impose que la déclaration de naissance soit faite dans les trois jours à compter de la naissance³²⁵ : le sexe doit nécessairement être choisi dans ce délai. Mais la désignation du sexe prédominant, qui sera fonction de facteurs anatomiques, hormonaux et génétiques³²⁶, nécessite des investigations cliniques, biologiques et histologiques. Celles-ci prennent de plusieurs semaines à plusieurs mois. Le temps juridique s'avère donc inadapté au temps médical. Pour faire face à cette difficulté temporelle, l'Instruction générale relative à l'état civil prévoit que le procureur de la république puisse admettre qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance, si le médecin ne peut immédiatement donner une indication et s'il pourra le déterminer d'ici un ou deux ans³²⁷. Le sexe sera alors inscrit à la suite des investigations.

Mais pour les cas où le sexe a été indiqué initialement et se révèle tardivement inapproprié, une rectification de l'état civil est nécessaire.

B. La rectification de la mention du sexe à l'état civil³²⁸

116. Effets - Cette action en rectification a un effet déclaratif : l'enfant sera considéré avoir toujours été du sexe qui lui a été attribué. Mais la mention de ce jugement en rectification est faite en marge. De nombreuses familles ne supportent pas que la mention du sexe soit inscrite sous forme d'une correction en marge du registre de l'état civil : l'absence de ratures permettrait de conjurer le doute, d'oublier l'« anomalie » de l'enfant³²⁹. Mais cet effet participe du principe de l'immutabilité des personnes et est donc nécessaire.

117. Conditions - Les conditions pour que cette rectification judiciaire soit ordonnée sont relativement simples. Elles ont été évoquées notamment dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles

³²¹ Précepte d'Ulpien, L. 10, *De statu hominum* 1. 5 « Quaeritur hermaphroditum cui comparamus ; et magis puto, ejus sexus aestimandum qui in eo praevallet. » : on range les individus portant les attributs des deux sexes dans celui qui semble prédominant

³²² IGEC, art. 288

³²³ Versailles, 22 juin 2000, n° 2000-134595 ; JCP G, 2001.II.10595, n. P. Guez

³²⁴ Au XVI^e et XVII^e siècles, les cas d'ambiguïtés sexuelles sont résolus par une vérité formulée par le sujet lui-même : l'hermaphrodite doit promettre qu'il utilisera un seul sexe, soit l'*organum ratum* désigné par la visite corporelle, soit l'*organum electum* choisi par sa seule conscience ; puis en 1816, le Garde des sceaux affirme que « c'est aux individus que cela concerne ou à leurs parents de choisir le sexe qui paraît leur convenir », cité par Daniel BORILLO, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *op. cit.*

³²⁵ Art. 55 C. civ. ; à défaut d'une telle déclaration, les personnes ayant assisté à l'accouchement verront leur responsabilité pénale engagée aux termes de l'art. R645-4 C. pén.

³²⁶ Anne-Marie RAJON, *op. cit.*

³²⁷ IGEC, art. 288

³²⁸ Pour une explication détaillée de la procédure de l'action en rectification d'état civil, V. Benjamin MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 48 s.

³²⁹ Anne-Marie RAJON, *op. cit.*

de 2000³³⁰. Il faut que le choix parental du changement de sexe soit fait en concertation avec les médecins dans l'intérêt de l'enfant (ce doit être « l'aboutissement juridique d'une situation médicalement constatée et conseillée ») ; il faut qu'il y ait une impossibilité médicale à mettre fin à l'ambiguïté sexuelle dans le sens du sexe déclaré ; la dernière condition est psychosociale : il faut que les parents aient élevé leur enfant dans le sens de ce sexe (idée du « sexe d'élevage »). Souvent, des expertises judiciaires sont demandées par les juges, mais de simples témoignages montrant que l'enfant est élevé selon ce sexe semblent possibles³³¹.

La simplicité de ces conditions ne peut être que justifiée quand on regarde la situation très délicate dans laquelle se trouvent l'enfant intersexe et ses parents. Cependant, comment être sûr que cette action aboutira au bien-être de l'individu ? Ne devrait-on pas laisser plus d'autonomie à l'enfant, et lui permettre de changer de sexe plus tard, en fonction de son ressenti ? Celui-ci doit-il se voir imposer un sexe en fonction de ses organes et doit-il adopter une position sociale adéquate, que suggère ce sexe d'élevage ?

118. Ces actions en changement de sexe, soumises à des conditions strictes, ne répondent pas à toutes les demandes des personnes en mal d'identité sexuelle. Le changement de prénoms, souvent corollaire du changement de sexe, peut parfois servir de palliatif en l'absence de remède véritable.

Section 2 : Le changement de prénom

119. Le prénom est fondamental dans l'affirmation de l'identité personnelle aussi bien que sociale : « être et être nommé sont indissociables et irréversibles »³³².

L'attribution d'un prénom doit donc se faire dans les premiers jours de la vie de l'enfant. Pour les nouveau-nés intersexes, si le sexe est indéterminable à la naissance, et ce pour un certain délai, on conseille aux parents de choisir un prénom mixte, permettant une adaptation au sexe qui sera choisi³³³. Dans d'autres cas, l'inadéquation se révèle plus tard, soit du fait de la transidentité, soit du fait d'un « mauvais choix » du sexe de l'intersexe. La procédure en changement de prénom apparaît donc utile. Celle-ci est normalement beaucoup plus aisée à mettre en place que la procédure en changement de sexe, et la modification est beaucoup plus rapide et simple à obtenir.

120. Procédure - L'article 60 du Code civil indique que le changement de prénom est possible, dès lors que la personne justifie d'un intérêt légitime. La demande doit être présentée au juge aux affaires familiales, qui apprécie cet intérêt légitime *in concreto*. La cour de cassation se contente d'opérer un contrôle léger sur cet intérêt³³⁴, l'illégitimité ne pouvant cependant être tirée d'un motif d'ordre général³³⁵. Précisons dans quels cas l'« intérêt légitime » est constitué. Partant, il convient de distinguer entre les changements de prénoms qui sont un accessoire du changement de sexe, et ceux qui sont effectués à titre principal.

121. Changement de prénom, corollaire du changement de sexe - Généralement, le changement de sexe à l'état civil entraîne un changement de prénom. En effet, l'intérêt légitime est constitué dès

³³⁰ Versailles, 22 juin 2000, n° 2000-134595 ; JCP G, 2001.II.10595, n. P. Guez

³³¹ Benjamin MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 53

³³² Anne-Marie RAJON, *op. cit.*

³³³ IGEC, Art. 288

³³⁴ Civ 1^{re}, 26 janv. 1965, n° 62-12.048, Bull. civ. I, n° 3, p. 2

³³⁵ Civ 1^{re}, 2 mars 1999, n° 97-15.958, Bull. civ. I, n° 76, p. 51 ; JCP G, 1999.I.975 ; Defrénois, 1999, n° 17, p. 934

lors que le sexe est en inadéquation avec le prénom³³⁶. L'accessoire suit le principal. Ainsi, le changement de prénom est automatique dès que le changement de sexe est accordé.

122. Changement de prénom demandé à titre principal - Ceci étant, le changement de prénom peut également être accordé indépendamment du changement de sexe.

Cette solution était celle offerte aux personnes transgenres avant que ne soit ouverte la possibilité de changer de sexe à l'état civil³³⁷.

Aujourd'hui, ce changement de prénom peut être utilisé avant le changement de sexe. En effet, la lenteur de la procédure en changement de sexe (d'environ cinq ans³³⁸) permet de réduire l'atteinte à la vie privée du requérant. L'intérêt légitime sera constitué par la simple observation du syndrome de dysphorie de genre ou de constatation d'une apparence contraire au sexe figurant à l'état civil. Il n'est nul besoin de constater une opération³³⁹ ou encore le caractère irréversible du transsexualisme.

Il peut également être utilisé indépendamment de tout changement de sexe. Si la dysphorie de genre est constatée, l'intérêt légitime est constitué³⁴⁰. Ainsi, le refus de subir une opération chirurgicale³⁴¹, ou encore le refus de divorcer pour pouvoir changer de sexe³⁴², ne constituent pas des obstacles au changement de prénom des transsexuels, dès lors que leur syndrome de dysphorie de genre est avéré. S'il n'y a pas de dysphorie de genre, c'est l'apparence qui peut constituer un intérêt légitime au changement de prénom³⁴³. Les personnes transgenres qui ne peuvent obtenir de changement de sexe pourront alors à tout le moins changer de prénom. La seule condition est que l'apparence physique au sexe opposé doit être certaine et transparaître dans un milieu plus large que le simple cercle familial. Dans le cas contraire, le changement de prénom sera refusé³⁴⁴.

123. L'ensemble de ces constatations sur les changements à l'état civil nous ont montré combien les situations des personnes se situant hors du schéma classique binaire sont incertaines. Insécurité juridique, vie privée, humiliation... Les situations actuellement proposées ne nous semblent pas satisfaisantes. Une intervention législative nous semble nécessaire. La seule difficulté est de savoir comment.

³³⁶ Nancy, 9 janv. 2012, n° 11/01043 et 12/00055, Jurisdata n° 2012-006036 : dès lors que le changement de sexe est accordé pour les transsexuels, il y a un intérêt légitime à changer de prénom

³³⁷ Paris, 24 févr. 1978, JCP G 1979.II.19202, n. J. Penneau ; RTD Civ. 1979, 115, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi ; Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, n°88-15.858, *Suzanne J.* ; JCP G 1990.II.21588

³³⁸ Deux ans de traitement hormonal + délais d'attente pour l'opération de réassignation sexuelle + délais judiciaires pour la rectification ; Natacha TAURISSON et Michela MARZANO, *op. cit.*

³³⁹ V. cep. Nancy, 14 nov. 2003, n° 03/01588 : refus du changement de prénom pour l'enfant intersexe dont le changement de sexe n'a pas encore été accordé

³⁴⁰ Rapport de la Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 39

³⁴¹ Civ 1^{re}, 22 juin 1999, n° 97-14.794, Bull. civ. I, n°211, p. 137 : il n'existe pas d'obligation d'opération de réassignation sexuelle pour une demande de changement de prénom, l'intérêt du demandeur pouvant changer avec le temps, et l'intéressé pouvant être amené à demander un nouveau changement de prénom

³⁴² Montpellier, 26 oct. 2009, n° 09/01731, Jurisdata n° 2009-020158

³⁴³ Reims, 4 oct. 2001, n° 00/02505 : « Dès lors que le requérant a le sentiment d'être une femme et la volonté de transformer son sexe, que son apparence physique est conforme à ce sentiment et cette volonté, que le public et son entourage immédiat le perçoivent non comme un homme mais comme une femme, il importe, dans ces conditions, de lui conférer une identité en rapport avec l'image qu'il a de lui et qu'il renvoie. »

³⁴⁴ Aix en Provence, 20 févr. 2008, n° 07/16837 ; Gaz. Pal. 2008, 3993, n. C. Siffrein-Blanc : refus du changement de prénom, cette demande apparaissant prématurée, à défaut d'établir que le prénom sollicité correspond à son apparence extérieure actuelle

Chapitre 2

Nécessité d'une réforme face à l'insuffisance du droit actuel

« *La reconstruction du corps impose-t-elle une reconstruction du corps social ?* »³⁴⁵

124. Légiférer ? – « Légiférer c'est consacrer » selon Carbonnier. On a alors toujours refusé les législations en ce domaine³⁴⁶. En 1988, la commission Braibant sur les sciences de la vie et les droits de l'Homme estime qu'il est inutile de légiférer sur la question du transsexualisme, et que cela serait même préjudiciable. On redoute à l'époque un effet d'entraînement, amenant à un accroissement exponentiel des demandes. L'absence de législation est également considérée comme une « sagesse » car les cas singuliers ne doivent pas aboutir à une surcharge de législation³⁴⁷. Finalement, on estime que, dans de telles matières, légiférer serait freiner l'évolution de la médecine³⁴⁸.

De nombreux États du Conseil de l'Europe ont légiféré sur le transsexualisme (Suède³⁴⁹, Allemagne³⁵⁰, Italie³⁵¹, Pays-Bas³⁵², Turquie³⁵³, Angleterre³⁵⁴, Espagne³⁵⁵, Belgique³⁵⁶). La France ne peut donc arguer que cette législation est impossible. Plus que possible, elle apparaît être nécessaire : « peut-on raisonnablement régler par une circulaire cette question qui relève de l'état des personnes, dont l'enjeu est la définition du sexe et qui a pour objet la relation de l'homme avec son corps ? »³⁵⁷

125. Plan - L'étude des questions transidentitaires a permis de remarquer l'existence de nombreux problèmes quant aux droits des trans et des intersexes. Insécurité juridique, vie privée encore peu respectée... De nombreux éléments amènent à penser que notre droit est inadapté aux situations d'altersexuation (Section 1), et qu'il doit être réformé dans un sens favorable aux libertés individuelles (Section 2).

³⁴⁵ Gérard MÉMÉTEAU, *op. cit.*

³⁴⁶ Seule une proposition de législation sur le transsexualisme avait été proposée en 1982 par le sénateur Henri Caillavet : Sénat, n°260, 9 avril 1982

³⁴⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*

³⁴⁸ Mais les lois bioéthiques ne sont-elles pas justement venues guider la médecine dans des domaines délicats ?

³⁴⁹ Loi du 21 avr. 1972

³⁵⁰ Loi du 10 sept. 1980

³⁵¹ Loi du 14 avr. 1982

³⁵² Loi du 24 avr. 1985

³⁵³ Loi du 4 mai 1988

³⁵⁴ Gender Recognition Act, 2004, entré en vigueur le 4 avr. 2005

³⁵⁵ Loi du 15 mars 2007 sur la rectification de l'état civil des personnes transsexuelles

³⁵⁶ Loi du 10 mai 2007

³⁵⁷ Sophie PARICARD, *op. cit.*

Section 1 : Insatisfaction des solutions juridiques actuelles

126. Les solutions actuelles du droit sont critiquées de toute part. La doctrine décrie aussi bien le simple fait d'avoir autorisé le changement de sexe que le non-aboutissement de la solution adoptée. Des organes juridiques internationaux voire nationaux dénoncent les atteintes actuelles aux droits des personnes transgenres et intersexes. Et les associations de défense des droits des intersexes ou des trans voudraient que leurs situations soient considérées sous un regard nouveau, notamment en dehors d'un cadre exclusivement médical.

Et en effet, d'un point de vue juridique, des critiques peuvent être faites quant aux solutions actuellement proposées. Le droit au respect de la vie privée de ces personnes semble toujours peu respecté (§1). N'étant pas uniforme, il reste flou, amenant à une forte insécurité juridique (§2). Finalement, il semble s'être fortement discrédité, par son mutisme et ses contradictions (§3).

§1 Le droit au respect de la vie privée

127. Le droit au respect de la vie privée est protégé par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁵⁸, et il a été à la source de l'acceptation du changement de sexe à l'état civil. Il ne paraît pas pour autant complètement respecté aujourd'hui.

128. Ordre public et vie privée - Avec les progrès de la médecine, le sujet de chair se sépare du sujet de droit³⁵⁹. Le droit, qui s'intéressait peu au corps des individus, avait pour objectif une certaine cohésion sociale, et un ordonnancement des individus entre eux. Ainsi, dans le droit romain, seule la *persona* compte, c'est-à-dire le masque juridique que revêtent les personnes pour participer à la vie juridique. L'intervention sur cette scène se fait dans un certain intérêt collectif³⁶⁰. En face du juge, il n'y a pas de sujet unique, mais une multitude de plaideurs, des attributaires de droits³⁶¹, car l'individu est inscrit dans un système d'obligations réciproques³⁶². Cependant, l'avènement des droits de l'Homme au XVIII^{ème} siècle vient bouleverser les fondements des droits du sujet : la vie collective est dépassée par les libertés. Le sujet de droit devient sujet de droits. Surgissent alors les contradictions ou combinaisons du droit avec les libertés des individus. La différenciation sexuelle porte aussi cette dissension. Le corps du transsexuel ou de l'intersexuel « ne concerne ni le sujet seul, ni son corps physique, mais il engage dans son sillage un monde de représentations communes »³⁶³. Le droit semblerait donc devoir continuer de prendre en compte le sexe comme un élément de l'état des personnes et en en faisant un élément d'identification. Ceci semble aujourd'hui très difficile du fait de l'affirmation grandissante d'un « droit de choisir son sexe ».

129. Le droit au sexe - Le droit au sexe a émergé avec la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en rapport avec les demandes de changement de sexe des personnes transsexuelles. L'évolution s'est faite sur la base de l'article 8 de la Convention qui énonce que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Le droit au respect de la vie privée sera invoqué par la juridiction européenne³⁶⁴ puis repris par la Cour de

³⁵⁸ Art. 8 Conv. EDH

³⁵⁹ Denis SALAS, *op. cit.*

³⁶⁰ Cf. supra n° 56 s.

³⁶¹ Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1981

³⁶² Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, 2^e éd., Dalloz, 1977 (Trad. Charles Eisenmann)

³⁶³ Denis SALAS, *op. cit.*

³⁶⁴ CEDH, 1er mars 1979, *Van Oosterwijck c. Belgique*, n° 7654/76, DR 11, p. 194 ; CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87, JCP G, 1992.II.21955, n. T. Garé ; D. 1993, jurispr. p. 101, n. J.-P. Marguénaud

cassation³⁶⁵ pour autoriser le changement de sexe à l'état civil. C'est également l'autonomie personnelle³⁶⁶ qui fondera ce droit de choisir son sexe : l'arrêt *Goodwin*³⁶⁷ définit ce concept comme comprenant le droit pour chacun d'établir les détails de son identité. La demande sociale de reconnaissance des transsexuels devient donc un droit de l'homme³⁶⁸ : le droit au sexe. Le sexe, élément de l'état civil des personnes, émigre du droit objectif vers le droit subjectif³⁶⁹. Il devient « l'un des aspects les plus intimes de la vie privée »³⁷⁰. Un auteur invite ainsi le législateur à laisser le sexe au choix de la vie privée, car il n'est qu'une « affaire de liberté de conscience »³⁷¹.

130. Le droit au respect de la vie privée est notamment en question dans les états transitoires de changement de sexe des transsexuels. Ce changement qui, comme on l'a vu, prend en moyenne cinq ans³⁷², fait qu'une inadéquation entre le sexe de l'individu et son apparence persiste pendant ce temps. Ceci n'est pas justifié. La HALDE recommandait au gouvernement « de mettre en place un dispositif réglementaire ou législatif permettant de tenir compte, durant la phase de conversion sexuelle, de l'adéquation entre l'apparence physique de la personne transsexuelle et de l'identité inscrite sur les pièces d'identité, les documents administratifs ou toutes pièces officielles, afin d'assurer notamment le droit au respect de la vie privée dans leurs relations avec les services de l'État et également le principe de non-discrimination dans leurs relations de travail, en vue d'une harmonisation des pratiques au sein des juridictions »³⁷³.

131. Le droit au sexe, tel qu'interprété, ne satisfait pas totalement les exigences de la vie privée. Il repose sur la binarité sexuelle et ne permet donc de choisir, dans des conditions strictes, que si l'on préfère être (ou plutôt si l'on est) homme ou femme. Or, n'est-ce pas la binarité même qui, imposée, contreviendrait à ce droit au sexe des personnes intersexes³⁷⁴ et transgenres³⁷⁵ ? Y a-t-il des identités sexuelles méritant d'être plus protégées que d'autres³⁷⁶ ?

§2 L'insécurité juridique actuelle

132. Insécurité géographique - On l'a vu, les conditions de changement de sexe, de changement de prénom, restent floues. L'absence de législation (rappelons qu'en matière de transsexualisme, seule une circulaire a été adoptée) et l'absence d'intervention de la Cour de cassation, faute d'être saisie,

³⁶⁵ Ass. plén., 11 déc. 1992 (2 arrêts), n° 91-12.373, n° 91-11.900, Bull. A.P., n° 13, p. 27 ; JCP G, 1993.II.21991, concl. M. Jéol, n. G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1992, 348, flash 25 ; Gaz. Pal. 1993, 90, panorama 65 ; Gaz. Pal. 1993, 101, jurispr. 10 ; au visa de l'art. 9 C. civ.

³⁶⁶ Révélée dans l'arrêt CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2356/02 ; D. 2002. IR 1596 ; JCP G, 2003.II.10062, n. J.-M. Girault ; Defrénois 2002, 1131, n. Ph. Malaurie ; Gaz. Pal. 2002, 1407 ; RJPF 2002-7-8/11, obs. M.-F. Garaud ; Dr. et patr., déc. 2002, p. 83, obs. G. Loiseau ; RTD civ. 2002, 482, obs. J. Hauser ; *ibid.*, 858, obs. J.-P. Marguénaud ; Europe 2002, n° 305, obs. B. Deffains : l'autonomie personnelle est le droit d'opérer des choix concernant son propre corps.

³⁶⁷ CEDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; JCP G, 2003.I.132, étude C. Byk ; D. 2003, p. 2032, n. A.-S. Chavent-Leclère ; RJPF nov. 2002, p. 14, n. A. Leborgne

³⁶⁸ Anne DEBET, *op. cit.*

³⁶⁹ Jean HAUSER, « Le respect dû à la vie privée et le sexe apparent. Transsexualisme. État civil. Rectification » RTD civ. 1993, p. 97

³⁷⁰ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, RTD civ., 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud

³⁷¹ Nathalie RUBEL, *op. cit.*

³⁷² Cf. supra note 338

³⁷³ Délibération n° 2008-190 du 15 septembre 2008 de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'Égalité

³⁷⁴ Pour une démonstration de cette inconventionnalité de la binarité au regard des personnes intersexes : V. Benjamin MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 70

³⁷⁵ Car leur identité sexuelle, pour autant qu'elle soit affirmée, n'est pas reconnue.

³⁷⁶ Philippe REIGNÉ, « Trouble dans la jurisprudence. L'état civil face au transgendérisme », *op. cit.*

aboutit à une diversité géographique de solutions. Refusés à certains requérants, les changements pourront être accordés à d'autres dans la même situation, pour autant qu'ils ne relèvent pas de la même juridiction³⁷⁷.

133. Insécurité post-changement - L'insécurité juridique réside aussi dans l'après changement. Quel sort pour le mariage passé³⁷⁸, quid de la filiation avec les enfants du transsexuel³⁷⁹ ou encore de l'accès du transsexuel aux PMA³⁸⁰ ? Autant d'incertitudes qui ne peuvent être levées qu'avec une intervention législative.

§3 Le discrédit du droit

134. L'approche compassionnelle des droits de l'Homme³⁸¹ a été critiquée, comme étant une réponse folle du droit, inappropriée. Ainsi, on a pu dire du recours constant à la vie privée que « notre société a manqué l'occasion de réaffirmer que le droit doit aussi savoir trancher, en fonction de ses impératifs spécifiques, les questions ontologiques qui lui sont soumises »³⁸². Le droit, intervenant dans un domaine où il n'est pas maître, et ne doit de toute façon pas l'être, a affaibli son autorité dans les matières d'identité sexuelle. Il s'est déconsidéré, en laissant le maître mot à la médecine³⁸³.

135. C'est peut-être le tabou des identités sexuelles qui explique tant d'instabilité des aspects juridiques, l'absence de législation et l'absence même de débats au sein de la société³⁸⁴. Cependant, aujourd'hui, « le silence est devenu mutisme »³⁸⁵. Les implications des identités sexuelles sont nombreuses, et c'est justement pour cela qu'il est nécessaire de légiférer sur ces questions.

Section 2 : Quelle législation ?

136. Les demandes et les critiques sont divergentes. Entre le rôle d'harmonie sociale que doit assurer le droit et les revendications des personnes trans et intersexes, que choisir ? On a pu proposer trois solutions face aux problèmes des identités sexuelles³⁸⁶. Soit on pouvait rester fidèle à une classification traditionnelle en facilitant le passage juridique d'un sexe à l'autre ; soit on pouvait bâtir une nouvelle catégorie juridique ; soit, finalement, on pouvait reconnaître qu'au-delà de la

³⁷⁷ Sophie PARICARD, *op. cit.*

³⁷⁸ De nombreux auteurs proposent la caducité comme la solution la meilleure. V. en ce sens Anne DEBET, *op. cit.* ; Christelle LEPRINCE, *op. cit.* ; Laurence MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *op. cit.* ; Jean HAUSER, « Le respect dû à la vie privée et le sexe apparent. Transsexualisme. État civil. Rectification » *op. cit.*

³⁷⁹ On fait perdurer le sexe biologique en matière de parenté. Cela est contestable dans la mesure où cela mène à une « divisibilité de l'état dans l'espace social » : Daniel GUTMANN, *op. cit.*, p. 364

³⁸⁰ Le couple comportant un transsexuel remplit-il les conditions de l'« infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté » (Art. L2141-2 CSP) ? V. Anne DEBET, *op. cit.* ; Christelle LEPRINCE, *op. cit.* : « le transsexualisme étant un syndrome, l'infertilité, conséquence indirecte de celui-ci, est elle-même pathologique » ; V. également Laurence MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *op. cit.* : l'auteur note qu'en pratique, des réponses favorables sont données aux transsexuels ; Sophie PARICARD, *op. cit.* : il serait difficile d'« exiger leur stérilité dans leur ancien sexe et de leur refuser l'assistance médicalisée dans leur nouveau sexe ».

³⁸¹ Patrick WACHSMANN, Alumna MARIENBURG-WACHSMANN, *op. cit.*

³⁸² Daniel GUTMANN, *op. cit.*, p. 367

³⁸³ Cf. supra n° 64 s.

³⁸⁴ La question du transsexualisme n'a pas été débattue lors des débats sur les lois bioéthiques.

³⁸⁵ Laurence MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *op. cit.*

³⁸⁶ Stefano RODOTA, « Présentation générale des problèmes liés au transsexualisme », in *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII^e Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, (14-16 avril 1993), Éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995

classification traditionnelle homme/femme et de cette polarité existe un éventail de caractéristiques. Et de cet éventail de caractéristiques, en déduire alors la suppression de la binarité du sexe dans le droit.

137. Critique de la possibilité de changer de sexe - Certains auteurs considère le simple changement de sexe comme illicite, mais aussi comme susceptible de dérives³⁸⁷. Ils auraient préféré une solution moindre, qui aurait pu être adoptée par la Cour de cassation après sa condamnation en 1992 par la Cour européenne des droits de l'homme : c'était le modèle anglais³⁸⁸. Le Royaume-Uni permettait aux personnes de changer de nom et prénoms à sa guise, ainsi que de sexe, sur simple déclaration unilatérale enregistrée au Bureau central de la Cour Suprême³⁸⁹. Les pièces d'identité étaient alors mises en conformité avec cette nouvelle identité, tandis que les actes de l'état civil n'étaient pas modifiés, ce qui ne posait pas un problème vu qu'ils n'étaient pas utilisés dans la vie courante. Avec cette solution, on avait à la fois un respect de la vie privée des personnes, et le droit assurait à la fois sa fonction d'identification ainsi qu'une « harmonie sociale » aux dires de certains, résidant dans la séparation des sexes³⁹⁰. Cette issue est aujourd'hui impossible. A la fois parce que la France est allée trop loin trop vite, mais aussi parce que changer une jurisprudence établie serait considéré comme une perte de droits d'autant plus importante. Par ailleurs, depuis l'arrêt *Goodwin*³⁹¹, les États ont l'obligation positive de reconnaître officiellement le sexe des personnes transsexuelles.

138. Plan - Mais alors, dans quel sens légiférer ? Certains auteurs proposent de faciliter le changement de sexe (§1), d'autres proposent de créer une nouvelle catégorie de sexe (§2). Quant à nous, nous pensons, malgré une impossible réalisation dans l'instant (elle doit alors être considérée comme une perspective d'évolution et une base de travail), qu'il faudrait supprimer la mention du sexe à l'état civil (§3).

§1 Faciliter le changement de sexe ?

139. Les lenteurs de la procédure sont souvent critiquées au regard du respect de la vie privée. Faciliter le changement de sexe permettrait plus de flexibilité, plus de liberté accordée aux individus en mal d'identification sexuelle. Ce serait donner plus d'ampleur à la volonté des individus : « le sexe deviendrait donc un pur élément volontaire séparé de toute référence à la nature »³⁹², ce qui ne serait pas forcément choquant, étant donné la création d'un droit au sexe, et le relatif affaiblissement du rôle du droit dans le contrôle des sexes des individus.

Une partie de la doctrine va dans ce sens³⁹³, et le commissaire aux droits de l'homme Thomas Hammarberg recommande d'instaurer des procédures rapides et transparentes de changement de nom et de sexes sur les extraits d'actes de naissance. C'est dans cette voie qu'allait également la proposition

³⁸⁷ Parallèle fait avec l'âge par Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, p. 501 : « Il est de vieilles comédiennes qui se sentent très jeunes et savent se rajeunir ou se faire rajeunir. La distorsion entre leur âge psychologique et leur âge d'état civil peut les faire souffrir cruellement. Qui soutiendra ici la rectification thérapeutique ? »

³⁸⁸ En ce sens, V. François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *op. cit.*, p. 194 : « Puisque c'est la situation globale des transsexuels qui est jugée incompatible avec le respect dû à la vie privée, il aurait sans doute suffi, sans toucher aux actes de l'état civil, d'exclure la mention littérale ou numérotée du sexe des divers documents tels le passeport ou la référence INSEE et de considérer que le transsexualisme constituait un motif légitime de changer de prénom. »

³⁸⁹ Procédure du *deed poll*

³⁹⁰ Philippe GUEZ, « Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite », JCP G, n° 39, 26 sept. 2006.II.10595

³⁹¹ CEDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; JCP G, 2003.I.132, étude C. Byk ; D. 2003, p. 2032, n. A.-S. Chavent-Leclère ; RJPF nov. 2002, p. 14, n. A. Leborgne

³⁹² Jean HAUSER, « Un sexe évolutif ? Du transsexualisme, du trans-genre et des prénoms », *op. cit.*

³⁹³ Diane ROMAN, « Droits de l'homme et identité de genre : le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle ? À propos du Rapport *Hammarberg*, Conseil de l'Europe, 2009 », *Constitutions* 2010, p. 79

de la députée Michèle Delaunay³⁹⁴. Le changement de sexe des transsexuels serait affranchi d'un quelconque parcours médical, et serait possible sur la base de témoignages. Finalement, certains États sont allés dans ce sens³⁹⁵. La loi belge a déjudiciarisé le changement de sexe : le changement de sexe s'opère par simple déclaration de sa conviction à l'officier de l'état civil. C'est également le cas de l'Argentine qui, chose toute récente, permet le changement de sexe à l'état civil sans nécessiter l'accord d'un médecin ou d'un juge : le sexe est totalement libre³⁹⁶.

Malgré de nombreux points positifs, notamment pour les personnes transgenres, qui pourraient obtenir un changement de sexe en dehors de tout parcours médical, mais aussi pour les personnes intersexes, dont le changement de sexe se verrait facilité, il reste un problème majeur. C'est le fait de ne pas reconnaître les personnes en tant que telles, et de les obliger à choisir un sexe masculin et féminin, s'inscrivant donc toujours dans des rapports de différences et d'opposition. C'est la binarité sexuelle qui doit être mise à mal. A cela, certains auteurs proposent donc la création d'une nouvelle catégorie de sexe : un troisième sexe, qui pourrait être indéterminé ou trans.

³⁹⁴ Proposition de loi n° 4127 visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil, 22 décembre 2011, Assemblée nationale : Propose d'introduire un article 99-2 au Code civil :

« La requête en rectification de la mention du sexe est présentée par l'intéressé au président du tribunal de grande instance en présence d'au moins **trois témoins** capables, sans lien ni d'ascendance ni de descendance avec l'intéressé. Ils témoignent de la bonne foi du fondement de la requête.

« L'abus manifeste du requérant fonde l'intervention du Ministère public.

« Le tribunal ordonne, sauf abus manifeste, la rectification de la mention du sexe.

« La rectification est définitive, sous réserve de la non-introduction d'une nouvelle requête de l'intéressé au titre de l'alinéa premier du présent article.

« Sans préjudice des dispositions de l'article 101, les actes reposant sur l'acte d'état civil doivent, à peine de l'amende édictée à l'article 50, intégrer la rectification ordonnée à la date de la rectification.

« La rectification de la mention du sexe confère les droits et obligations du nouveau sexe à l'intéressé sans préjudice des obligations contractées sous l'empire de l'ancien à l'égard des tiers et sous réserve des droits liés au sexe antérieur.

« Le mariage préexistant doit être dissout au jour de l'introduction de la requête en rectification.

« La filiation établie avant la rectification ne subit aucune modification. Après la rectification, la filiation peut être établie à l'égard de l'intéressé conformément aux dispositions du titre septième du présent code. »

³⁹⁵ Loi belge du 10 mai 2007 relative à la transsexualité : art.62 bis, § 1^{er}, du code civil belge : « tout belge ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans 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, peut déclarer cette conviction à l'officier de l'état civil [...] à la suite de cette déclaration, l'officier de l'état civil, au vu d'un certain nombre de documents, établit un acte portant mention du nouveau sexe »

³⁹⁶ « Toute personne peut demander un changement de sexe, de prénom et d'image, à partir du moment où ils ne correspondent pas au genre de cette personne, telle qu'elle la perçoit » : loi votée par l'Assemblée nationale le 30 novembre 2011, et votée par le Sénat le 10 mai 2012 ; V. Valentine PASQUESOONE, « En Argentine, choisir son genre devient un droit », *Le Monde*, paru le 10.05.12, consulté le 10.05.12 sur http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2012/05/10/en-argentine-choisir-son-genre-devient-un-droit_1699205_3222.html?xtmc=argentine_genre&xtcr=1

§2 Créer un troisième sexe ?

« Brouiller les cartes. Masculin ? Féminin ? Mais ça dépend des cas. Neutre est le seul genre qui me convienne toujours. S'il existait dans notre langue, on n'observerait pas ce flottement de ma pensée. Je serais pour de bon l'abeille ouvrière. »³⁹⁷

Claude Cahun, *Aveux non avendus*, Paris, Éd. Carrefour, 1930

140. La reconnaissance d'une identité *autre* est parfois demandée par les protagonistes eux-mêmes. Ainsi, certains intersexes n'envisagent pas de changer leur corps et revendiquent une identité « intersexuée » spécifique, distincte de la bipartition homme/femme³⁹⁸.

Cette solution a été suggérée par certains auteurs. L'idée avait déjà été évoquée par Alexandre Lacassagne au XIXe siècle³⁹⁹. Puis Michèle-Laure Rassat propose la création d'une catégorie « dans laquelle seraient regroupés tous ceux dont le sexe n'est pas homogène [car] le Droit doit avoir une attitude guidée par un principe fondamental : celui de la vérité. [...] Vouloir à tout prix répartir tous les hommes en deux catégories et deux seulement, alors que cela est en complète contradiction avec la nature, est totalement artificiel et constitue la négation du fait humain par le Droit »⁴⁰⁰.

141. Droit comparé - Cette solution est aujourd'hui proposée dans certains États.

En Australie, le gouvernement du New South Wales, permet depuis mars 2010 l'inscription d'un « not-specified gender » sur les papiers d'identité. Mais, pour se faire délivrer ceux-ci, il faut néanmoins présenter une attestation médicale. Ce sexe **indéterminé** sera donc possible uniquement pour les personnes intersexes et transgenres, ces dernières devant néanmoins avoir subi un minimum d'interventions sur leurs corps.

En Inde (2008), au Pakistan (2010) ou au Népal (2011), le sexe peut être spécifié comme **transsexuel** sur l'état civil. Cette solution a été apportée en réponse aux *hijra*, individus n'étant ni hommes, ni femmes⁴⁰¹.

142. Discrimination - Ce troisième sexe, apportant une certaine satisfaction aux personnes qui ne se revendiquent ni du sexe masculin, ni du sexe féminin, est cependant périlleux. Il enferme les individus dans une « classe de parias »⁴⁰², et pourrait en faire un sexe à caractère discriminatoire⁴⁰³, voire aboutirait à une « sous-humanité ». Cette stigmatisation est d'autant plus contestable qu'elle n'est pas ouverte aux personnes à l'identité sexuelle *normale*. Pourquoi un cisgenre ne pourrait-il pas lui aussi choisir de ne pas indiquer son sexe dans son état civil, du simple fait qu'il ne veuille pas être considéré socialement comme un homme ou une femme ? Cette restriction à une catégorie déterminée

³⁹⁷ Claude CAHUN, *Aveux non avendus*, Paris, Éditions Carrefour 1930, p. 176.

³⁹⁸ Jean-François DORTIER, « Nos cinq sexes », *Sciences humaines*, n° 235, mars 2012, p. 30

³⁹⁹ Alexandre LACASSAGNE, *Les actes de l'état civil*, Paris, Éd. A. Storck, 1887, p. 91 : fondateur de la médecine légale, il demande « une réforme de l'article 57 du Code civil pour imposer un examen médical à la puberté qui statuerait le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres de l'état civil »

⁴⁰⁰ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.*

⁴⁰¹ Pour en savoir plus : Flora YACINE, « Des indiens du troisième sexe », *Sciences humaines*, n° 235, mars 2012, p. 34 ; Matt WADE, « Le voyage inachevé des hijra », *The Age* (extraits), paru in *Courrier International*, n° 1102, décembre 2012 ; Reportage d'Anita KHEMKA, Thomas WARTMAN, *Des saris et des hommes*, diffusé sur Arte en juin 2011 : disponible sur Youtube en sept épisodes

⁴⁰² Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*

⁴⁰³ Jean-Paul BRANLARD, *op. cit.*

de personnes est problématique. En effet, la classification de ces multiples cas particuliers en un seul amène tout simplement à conclure à l'anormalité de tous ces cas particuliers, les autres étant considérés comme normaux. Cette solution doit donc être bannie.

143. Finalement, le véritable problème semble résider dans la catégorisation :

« Si l'on admet l'indétermination possible de l'identité sexuée, rajouter un case X pour indéterminé ou T pour trans ne règle pas entièrement le problème, puisque, l'enjeu ici, n'est pas le contenu de la case proprement dit, mais bien l'existence même s'une telle case, soit le fait d'avoir à se définir. Problème qui serait en partie résolu si la mention du sexe ne figurait plus sur l'état civil. »⁴⁰⁴

Au-delà de ce troisième sexe, il faut considérer le continuum du sexe⁴⁰⁵, amenant nécessairement à poser la proposition de la suppression de toute catégorie quant au sexe qui serait imposée par le droit.

§3 Suppression de la mention du sexe à l'état civil

144. Il n'est pas question, ici encore, de remettre en question l'existence d'êtres sexués en tant que tels. Nous contestons simplement le fait qu'ils existent au travers de catégories juridiques, car entraînant nécessairement des effets juridiques, et insidieusement attribuant des rôles sociaux aux uns et aux autres.

145. Nommer pour contester ? - Parfois, des termes utilisés dans un premier sens dévalorisant sont réappropriés par les victimes stigmatisées afin de mieux les contester. C'est le cas du courant de la négritude ou encore, plus dans notre sujet, du mouvement *queer*. Réapproprier les qualifications du sexe ne permettrait-il pas de mieux les contester ? Le problème serait tout d'abord de savoir de quelle manière les réapproprier, car il faudrait de toute façon se situer par rapport à la norme masculinisante ou féminisante. On a donc souvent rapproché l'indication de la mention du sexe à l'état civil de la mention de la race. Du fait que l'on y attache directement des effets de droit, les individus sont enfermés dans des catégories *biologiques*, les empêchant de se forger eux-mêmes une identité :

« Comme pour la race, l'empreinte organique du sexe consigne la différence dans les corps et dans les psychès des individus qui ne peuvent pas échapper à ce destin biologique et culturel. L'utilisation de la catégorie sexe dans les registres de l'état civil présuppose une réalité biologique première, ce qui implique de reconnaître cet enfermement des individus et de cautionner une pérennisation des identités obligatoires. [...] Il faudrait donc bannir le sexe (comme catégorie d'identification) de tous les documents d'identité, à commencer par l'acte de naissance et le numéro de la sécurité sociale. »⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

⁴⁰⁵ Martine-Aliona ROTHBLOTT, coordinateur d'un projet en matière de droit de la santé présenté à une conférence internationale sur les aspects juridiques du transsexualisme, Rachel POLLACK, cofondatrice de la conférence des « Nouvelles femmes » et du Gender Identity Project (cité par Jacques MASSIP, « Le transsexualisme... Encore », *Défrenois*, 1993, n° 15-16, p. 896) ; Stefano RODOTA, *op. cit.*

⁴⁰⁶ Daniel BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.*

146. Quels avantages ? – Supprimer la mention du sexe à l'état civil permettrait d'affranchir les individus de toute norme de sexe : « l'universalité des droits [se rétablit] grâce à l'universalisation de la formulation de la règle »⁴⁰⁷. L'individu serait totalement libre dans son émancipation sexuelle, car le droit laisserait au « sujet en devenir » un choix⁴⁰⁸. C'est ainsi que certains auteurs⁴⁰⁹ – très peu cependant – proposent cette suppression, allant même jusqu'à affirmer un « droit à l'indécision de son identité sexuée »⁴¹⁰. Une réforme en ce sens pourrait se justifier à la fois par le droit au respect de sa vie privée, par le droit de changer de conviction⁴¹¹, ou encore par le principe de laïcité⁴¹². C'est d'ailleurs ces mêmes fondements qui permettent à la société d'évoluer sur les questions de la construction des identités genrées⁴¹³.

147. Difficultés actuelles - Si aujourd'hui, les questions du mariage homosexuel et de l'homoparentalité occultent la possibilité d'une telle proposition, nous pensons qu'il est nécessaire de réfléchir dès maintenant sur une telle perspective. Elle semble en effet être la seule à même de garantir le respect des individus dans leur personnalité, sans pour autant discréditer le droit et amoindrir l'ordre social qu'il garantit.

⁴⁰⁷ Danièle LOCHAK, « L'Autre saisi par le droit », *op. cit.* ; Appliquée à la question du sexe, c'est l'idée du « genderblind »

⁴⁰⁸ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

⁴⁰⁹ Daniel BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.* ; M.F. VAN DER REIJT, « Allocution » in *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII^e Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, (14-16 avril 1993), Éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, p. 11 : « La meilleure manière et la plus facile de régler les problèmes juridiques des transsexuels est de supprimer tout simplement la mention du sexe sur l'acte de naissance [...]Le sexe indiqué sur le certificat de naissance est une des informations les plus sujettes à caution. Nous autres, juristes, ne ferions-nous pas mieux d'éviter dès le départ ce genre d'ambiguïté, en supprimant tout simplement cette indication ? »

⁴¹⁰ Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, *op. cit.*

⁴¹¹ Art. 9 Conv. EDH : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction. »

⁴¹² Nathalie RUBEL, *op. cit.*

⁴¹³ En Suède, la loi sur l'enseignement de la petite enfance de 1998 invite les écoles maternelles à combattre la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes, promouvoir l'égalité, et laisser les enfants se forger librement leur propre identité. Exemple de l'Ecole Egalia, à Södermalm (Stockholm), qui a ouvert en 2010. Cette école tend à laisser aux enfants une liberté pour la construction de leur identité sexuée. Les méthodes employées sont par exemple la suppression des termes *garçons* ou *filles*, ou encore l'utilisation d'un nouveau pronom neutre. V. Katarina LAGERWALL, « L'égalité des sexes dès le plus jeune âge », *Dagens Nyheter*, paru in *Courrier International*, n° 1113, mars 2012

CONCLUSION

148. Les études de genre, arrivant sur la scène juridique, révèlent de nouvelles problématiques. Elles remettent en cause les fondements de notre système sociétal, engendrant alors des peurs parfois infondées. Ici, elles nous ont permis, dans un domaine toujours tabou, de considérer les phénomènes transgenres et intersexes sous un angle nouveau. Ce qui nous a particulièrement touché en ce sens est la manière dont elles ouvrent de nouvelles perspectives d'études, mettant à mal nos conceptions « naturelles » de l'être humain. Les paradigmes sont mis à nu, entraînant toute une succession de questions sur le « pourquoi » de la société.

149. La binarité sexuelle, instrument de la pathologisation des trans et intersexes, est ici pointée du doigt. La situation actuelle nous montre la nécessité d'intervention. Si cette étude n'est qu'une ébauche en ce sens, espérons que le juge de demain, le législateur mais aussi le citoyen, s'y pencheront ensemble dans une voie protectrice des libertés et respectueuse de la société.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

- Marjorie BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des personnes et de la famille*, Orléans, Ed. Paradigme, 2011
- Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, 27^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2004
- Jean-François CESARO, *Le doute en droit privé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2003
- Gérard CORNU, *Droit civil, Les personnes*, Paris, Montchrestien, 2007
- Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, 9^e éd., PUF, 2011
- Muriel FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit, Droit des personnes, Méthodologie juridique*, Paris, 2^e éd., PUF, coll. Licence Droit, 2011
- Thierry GARÉ, *Le droit des personnes*, Paris, 2^e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2003
- François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, 12^e éd., Dalloz, coll. «Grands arrêts», 2007
- Bernard TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes*, Paris, 12^e éd., Litec, 2010
- Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, *Manuel de droit des personnes*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2006

II. Ouvrages spéciaux

- Isabelle BON, *Le transsexualisme, l'émergence conjugquée de pratiques médicale et judiciaire*, Thèse microfichée (dir. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI), Université Jean Moulin – Lyon 3, 1990
- Jean-Paul BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 1993
- Judith BUTLER, *Gender Trouble, Feminism and the subversion of identity*, New York, Routledge, 1990 (édition française: *Trouble dans le genre : Le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, éd. La Découverte, 2005, Trad. Cynthia Kraus)
- Éric FASSIN, *Le sexe Politique, Genre et sexualité au miroir transatlantique*, Paris, Éd. EHESS, coll. Cas de figure, 2009
- Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000
- Françoise HÉRITIER, *Masculin/Féminin, La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996
- Benjamin MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire (dir. Dominique FENOUILLET), Université Paris II, 2010

Carole PATEMAN, *The sexual contract*, Cambridge, Polity Press, 1988 (édition française : *Le contrat sexuel*, Paris, La découverte, 2010, Trad. Charlotte Nordmann)

Bruno PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse (dir. Jean-François SEUVIC), Université Nancy II, 1993

Bruno PY, *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999

Denis SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : La justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, coll. Signes, 1994

Irène THÉRY, *Qu'est-ce que la distinction de sexe ?*, Bruxelles, 2^e éd., Yapaka, coll. Temps d'Arrêt/Lectures, 2011

III. Rapports

Rapport de la Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009

Rapport du Commissaire des Droits de l'Homme, « Droits de l'Homme et identité de genre », par Thomas HAMMARBERG, juillet 2009

IV. Articles juridiques

Véronique ALUNNI-PERRET, Dominique PRINGUEY, Sandrine THAUBY, Frantz KOHL, E. ÉLLUL, Mireille BODA-BUCCINO, Patrick FÉNICHEL, Daniel CHEVALLIER, Gérald QUATREHOMME, « Proposition de prise en charge du transsexualisme : l'exemple du collège spécialisé multidisciplinaire niçois », *Journal de médecine légale & Droit médical*, 2003, vol. 46, n° 1, 3-9

Hubert BOSSE-PLATIERE, « Actes de l'état civil », *Rép. civ.*, mars 2010, dernière mise à jour janv. 2012

Céline BENOS, « Les conséquences juridiques du transsexualisme », in *Le sexe et la norme*, Nathalie DEFFAINS, Bruno PY (dir.), PU Nancy, coll. Santé, vie et handicap, 2011

Daniel BORILLO, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

Daniel BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in Nicole GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal (Belgique), Éd. Anthemis, 2012

Maryline BRUGGEMAN, « Le rôle de l'état civil », *Droit et société*, vol. 47, 2008, p. 23

Anne DEBET, « Le sexe et la personne », *LPA*, 1^{er} juill. 2004, n° 131, p. 21

Françoise DEKEUWER-DÉFFOSSEZ, « De quelques difficultés dans les relations entre Droit et Médecine », in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, Paris, L'Harmattan, 1999

Vincent CALAIS, « Le droit de choisir son sexe : un droit de l'homme ? », *La revue lacanienne*, 2007, n° 4, p. 133

Corinne FORTIER, Laurence BRUNET, « Changement d'état civil des personnes *trans* en France : du transsexualisme à la transidentité », in Nicole GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal (Belgique), Éd. Anthemis, 2012

Michèle GOBERT, « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister », JCP G n° 49, 5 déc. 1990, p. 3475

Philippe GUEZ, « Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite », JCP G n° 39, 26 sept. 2001, p. 10595

Philippe GUEZ, « La mention du sexe dans l'état civil », in *Regards comparés sur l'état civil, entre statut et liberté : questions d'actualités*, colloque du CEJA, 1^{er} avril 2004

Jean HAUSER, « L'identité sexuelle », RTD civ. 1991, p. 289

Jean HAUSER, « Le respect dû à la vie privée et le sexe apparent. Transsexualisme. État civil. Rectification » RTD civ. 1993, p. 97

Jean HAUSER, « Un sexe évolutif ? Du transsexualisme, du trans-genre et des prénoms », RTD civ. 2010, p. 759

Marie LAMARCHE, « Gender studies... Au-delà des manuels scolaires... Le droit des personnes et de la famille », Dr. Famille, n° 10, oct. 2011, alerte 81

Christelle LEPRINCE, « Le transsexualisme, évolution contemporaine des idées et du droit », Revue juridique de l'Ouest, 2, 2008, p. 133

Anne-Marie LEROYER, « La notion d'état des personnes » in *Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004

Laurent LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit*, Actes du XVII^e colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Paris, Éd. Pierre Téqui, 2002

Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

Claude LOMBOIS, « La personne, corps et âme », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes journées René Savatier, Paris, PUF, 1994

Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « Transsexualisme : la Cour Européenne des Droits de l'Homme fait le saut de l'ange », RTD civ. 2002, p. 862

Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « La méthode d'interprétation évolutive imposée aux juridictions nationales : le transsexualisme encore et encore à la pointe du progrès », RTD civ. 2009, p. 291

Caroline MASCRET, « Les aspects juridiques liés à la prise en charge du transsexualisme en France », RDSS 2008, p. 497

Jacques MASSIP, « Le transsexualisme... Encore », *Défrenois*, 1993, n° 15-16, p. 896

Jacques MASSIP, « Transsexualisme », *Défrenois*, 2010, n° 18, p. 2020

Laurence MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », Dr. Famille, n° 9, sept. 2005, étude 18

Gérard MÉMÉTEAU, « Transsexualisme et débat de société », *Médecine et Droit*, 2007, p. 141-148

Malha NAAB, « *Gender Studies*, une appropriation encore timide dans le droit français », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

Claire NEIRINCK, « Les caractères de l'état civil », *Droit et société*, vol. 47, 2008, p. 41

Gilda NICOLAU, « Genre du Droit / Genres de Droits », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

Sophie PARICARD, « Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Dr. Famille*, n° 1, janv. 2012, étude 2

Marc PICHARD, « Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

Emmanuelle PIERRAT, Clémence LEMARCHAND, « État du droit sur le transsexualisme en France et en Europe », *Médecine et Droit*, 2011, p. 191-196

Bruno PY, « Le sexe et le droit : un couple sulfureux », in *Le sexe et la norme*, Nathalie DEFFAINS, Bruno PY (dir.), PU Nancy, coll. Santé, vie et handicap, 2011

Gilles RAOUL CORMEIL, « La question du genre dans le code civil », *RRJ*, 2009-1, p. 183

Michèle-Laure RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985

Philippe REIGNÉ, « Trouble dans la jurisprudence. L'état civil face au transgendérisme », *JCP G*, n° 49, 6 déc. 2010, p. 1205

Philippe REIGNÉ, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », *JCP G* n° 17, 25 avr. 2011, p. 480

Philippe REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G* n° 42, 17 oct. 2011, étude 1140

François RIGAUX, « Les transsexuels devant la CEDH : une suite d'occasions manquées », *RTDH*, 1998, n° 33, p. 130

Stefano RODOTA, « Présentation générale des problèmes liés au transsexualisme », in *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII^e Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, (14-16 avril 1993), Éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995

Diane ROMAN, « Droits de l'homme et identité de genre : le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle ? À propos du Rapport *Hammarberg*, Conseil de l'Europe, 2009 », *Constitutions* 2010, p. 79

Nathalie RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*

Alain SÉRIAUX, « La distinction de l'homme et de la femme : approche pluridisciplinaire », *RRJ*, 2005-1, p. 549

Isabelle VACARIE, « Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques », *RDSS* 2005, p. 195

Patrick WACHSMANN, Alumna MARIENBURG-WACHSMANN « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme », *RTDH*, 2003, n° 56, p. 1157

V. Articles de sciences sociales

- Bernard ANDRIEU « Les cultes du corps » (2009), in *Encyclopaedia Universalis*, [CD-ROM]
- Judith BUTLER, « Faire et défaire le genre », Conférence à l'Université de Paris-Nanterre X en 2004, consulté le 3 janv. 2012 sur <http://stl.recherche.univ-lille3.fr/textesenligne/auteursdivers/Butler.html>
- Elsa DORLIN, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *Raisons politiques*, 2005/2, n° 18, p. 117
- Jean-François DORTIER, « Nos cinq sexes », *Sciences humaines* n° 235, mars 2012, p. 30
- Christine GUIONNET, « Genre » (2009), in *Encyclopaedia Universalis*, [CD-ROM]
- Éric MACÉ, « Ce que les normes de genre font aux corps / Ce que les corps trans font aux normes de genre », *Sociologie*, 2010/4, Vol. 1, p. 497-515
- Laure MURAT, « L'invention du neutre », *Diogenes*, 2004/4, n° 208, p. 72
- Anne-Marie RAJON, « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », *Droit et société*, vol. 47, 2008, p. 71
- Nathalie RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel », in *Jurisprudence Revue critique*, Éd. Université de Savoie-Lextenso, Actes du colloque du 24 juin 2010 *Le genre, une question de droit*
- Sylvie SESÉ-LÉGER, « Transsexualisme » (2009), in *Encyclopaedia Universalis*, [CD-ROM]
- Natacha TAURISSON et Michela MARZANO, « Transsexualisme, corps et changement d'identité », *Cités*, 2005/1 n° 21, p. 103-112
- Louis-Georges TIN, « L'invention de l'hétérosexualité », *Sciences humaines*, n° 235, mars 2012
- Jean-Pierre VIDAL, « De la déconstruction de la différence des sexes à la « neutralisation des sexes », pour une société « postsexuelle » ! », *Connexions*, 2008/2, n° 90, p. 123
- Flora YACINE, « Des indiens du troisième sexe », *Sciences humaines*, n° 235, mars 2012, p. 34

VI. Législation

- Décret n°2004-1049 du 4 octobre 2004 relatif à la liste des affections comportant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse (JO n° 232, 5 oct. 2004, p. 17039)
- Décret n°2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D 322-1 du Code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée » (JO n° 34, 10 févr. 2010, p. 2398)
- Circulaire de la direction des Affaires civiles et du Sceau n° civ/07/10 du 14 mai 2010 (NOR : JUSC1012994C)

VII. Rapports, propositions législatives, réponses ministérielles...

- Recommandation 1117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 29 sept. 1989
- Principes de Jogjakarta, mars 2007, http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.pdf

Délibération n° 2008-190 du 15 septembre 2008 de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'Égalité

Rapport du Commissaire des Droits de l'Homme Thomas HAMMARBERG, « Droits de l'Homme et identité de genre », juillet 2009

Rapport de la Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009

Résolution 1728 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à propos de la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, 29 avril 2010

Rapport du Commissaire des Droits de l'Homme Thomas HAMMARBERG, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », décembre 2011

Rép. min., JO Sénat, 4 mai 2006, p. 1286

Rép. min., JO Sénat 30 déc. 2010, p. 3373

Proposition de loi n° 4127 visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil, 22 décembre 2011, Assemblée nationale

Proposition de loi n°260 sur le transsexualisme, 9 avril 1982, Assemblée nationale

VIII. Jurisprudence citée

Civ., 6 avr. 1903, D. 1904, n°1, p. 395, concl. Baudouin ; S. 1904, I, p. 273, n. A. Wahl

Paris, 8 déc. 1967, JCP 1968.II.15518 bis, JCP 1968.II.15518 bis, note P. N. ; D. 1967, p. 289 ; RTD civ. 1968, p. 536, obs. R. Nerson

Civ 1^{re}, 26 janv. 1965, n° 62-12.048, Bull. civ. I, n° 3, p. 2

Paris, 18 janv. 1974, D. 1974, p.196, Gaz. Pal. 1974, 1, 158

TGI Seine, 18 janv. 1975, RTD Civ. 1966, p. 74, obs. R. Nerson

Civ. 1^{re}, 16 déc. 1975, n° 73-10.615, Bull. civ. I, n° 374, p. 312 ; D. 1976, p. 397, n. R. Lindon ; JCP G, 1976.II.18503, n. J. Penneau

TGI Dijon, 2 mai 1977, Gaz. Pal. 1977, 2, 577

Paris, 24 févr. 1978, JCP G 1979.II.19202, n. J. Penneau ; RTD Civ. 1979, 115, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi

CEDH, 1^{er} mars 1979, *Van Oosterwijck c. Belgique*, n° 7654/76, DR 11, p. 194

TGI St-Étienne, 11 juill. 1979, D 1981, p. 271

TGI Paris, 24 sept. 1981 (2 affaires), JCP G, 1982.II.19792, n. J. Penneau

Agen, 2 févr. 1983, Jurisdata n° 1983-600997 et n° 1983-041621, JCP G, 1984.II.20133, Gaz. Pal. 1983, 310

TGI Nanterre, 21 avr. 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, 605

Civ. 1^{re}, 7 juin 1988, n° 86-13.698, Bull. civ. I, n° 176, p. 122 ; Gaz. Pal. 1989, 159, jurispr. p. 4

Civ. 1^{re}, 10 mai 1989, n° 87-17.111, Bull. civ. I, n° 189, p. 125 ; JCP G, 1989.IV.257 ; D. 1989, p. 171 ; Gaz. Pal. 1989, 332, p. 157 ; Gaz. Pal. 1989, 267, panorama p. 126

Civ. 1^{re}, 21 mai 1990 (4 arrêts), n° 88-12.829, Bull. civ. I, n° 117, p. 83 ; n° 88-15858, n° 88-12163 et n° 88-12250, inédits ; D.1991.169, rapp. J. Massip ; JCP G, 1990.II.21588, concl. F. Flipo, rapp. J. Massip ; Gaz. Pal. 1991, 1, p. 33, concl. F. Flipo

Crim., 30 mai 1991, *Affaire Oyac*, n° 90844-20, Bull. crim., n° 232, p. 591 ; JCP G, 1991.IV.348

CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87, JCP G, 1992.II.21955, n. T. Garé ; D. 1993, jurispr. p. 101, n. J.-P. Marguénaud

Ass. plén., 11 déc. 1992 (2 arrêts), n° 91-12.373, n° 91-11.900, Bull. A.P., n° 13, p. 27 ; JCP G, 1993.II.21991, concl. M. Jéol, n. G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1992, 348, flash 25 ; Gaz. Pal. 1993, 90, panorama 65 ; Gaz. Pal. 1993, 101, jurispr. 10

Bordeaux, 25 janv. 1993, Jurisdata n° 1993-040252 ; Cah. jurispr. Aquitaine 1993, p. 210, obs. J.-J. Lemouland

Civ. 1^{re}, 18 oct. 1994, n° 93-10.730, inédit ; Gaz. Pal. 1995, 300, somm. 17

Agen, 13 déc. 1994, Jurisdata n° 1994-050821, Cah. jurispr. Aquitaine 1995, 2, p. 39

CC, 20 mars 1997, *Plans d'épargne retraite*, n° 97-388 DC

Paris, 2 juillet 1998, Jurisdata n° 1998-993270, JCP G, 1999.II.10005, n. T. Garé ; JCP G, 1999.I.149, n°2, obs. B. Teyssié

Rennes, 26 oct. 1998, Jurisdata n° 1998-100706, D. 1999, jurispr. p. 508, n. M. Friant-Perrot

Civ 1^{re}, 2 mars 1999, n° 97-15.958, Bull. civ. I, n° 76, p. 51 ; JCP G, 1999.I.975 ; Défrénois, 1999, n° 17, p. 934

Civ 1^{re}, 22 juin 1999, n° 97-14.794, Bull. civ. I, n°211, p. 137

Poitiers, 30 juin 1999, n° 99-276, inédit

Versailles, 22 juin 2000, n° 2000-134595 ; JCP G, 2001.II.10595, n. P. Guez

Paris, 28 juin 2001, Jurisdata n° 2001-149456

Reims, 4 oct. 2001, n° 00/02505

Aix-en-Provence, 9 nov. 2001, n° 00/20236, Jurisdata n° 2001-157510

CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2356/02 ; D. 2002. IR 1596 ; JCP G, 2003.II.10062, n. J.-M. Girault ; Defrénois 2002, 1131, n. Ph. Malaurie ; Gaz. Pal. 2002, 1407 ; RJPF 2002-7-8/11, obs. M.-F. Garaud ; Dr. et patr., déc. 2002, p. 83, obs. G. Loiseau ; RTD civ. 2002, 482, obs. J. Hauser ; ibid., 858, obs. J.-P. Marguénaud ; Europe 2002, n° 305, obs. B. Deffains

CEDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; JCP G, 2003.I.132, étude C. Byk ; D. 2003, p. 2032, n. A.-S. Chavent-Leclère ; RJPF nov. 2002, p. 14, n. A. Leborgne

CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97 ; RTD civ., 2004, p. 361, obs. J.-P. Marguénaud

Caen, 12 juill. 2003, inédit, cité par L. Mauger-Vielpeau, in « Le transsexualisme et le Code civil », Dr. Famille 2005, étude 18, n° 3

Nancy, 14 nov. 2003, n° 03/01588

Civ 2^{ème}, 27 janv. 2004, n°02-30.613, Bull civ. II, n° 27, p. 21

Poitiers 20 déc. 2006, n° 06/00431, Jurisdata n° 2006-330972

Aix en Provence, 28 nov. 2007, n°07/14524, Jurisdata n° 2007-358582

Aix en Provence, 20 févr. 2008, n° 07/16837 ; Gaz. Pal. 2008, 3993, n. C. Siffrein-Blanc

CEDH, 8 janv. 2009, *Schlumpf c. Suisse*, n° 29002/06

TGI Besançon, 19 mars 2009, n° 08/02219, Dr. famille, 2011, comm. 33, n°3

Montpellier, 26 oct. 2009, n° 09/01731, Jurisdata n° 2009-020158

CEDH, 24 juin 2010, *Schalk & Kopf c. Autriche*, n° 30141-04 ; D. 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ famille 2010.333 ; Constitutions 2010.557, obs. L. Burgorgue-Larsen ; RTD civ. 2010.738, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 765, obs. J. Hauser

Paris, 23 sept. 2010, n° 09/28266, Jurisdata n° 2010-026965

Nancy, 11 oct. 2010, n°10/02477 et 09/02179, Jurisdata n° 2010-022249 ; JCP G, 2010.I.1205, n. P. Reigné

Nancy, 3 janv. 2011, n° 09/00931, inédit

Paris, 27 janv. 2011, n° 10/04525, inédit

Grenoble, 6 juin 2011, n°10/03547, inédit

Rennes, 7 juin 2011, n° 10/03953, Dr. Famille, 2012, étude 2, n° 1

Nancy, 2 sept. 2011, n° 11/02099 ; JCP G, 2012.VI.122 aperçu rapide, F. Vialla, p. 122 ; zoom, P. Reigné, p. 124

TGI Brest, 15 déc. 2011, n° 11/00975 ; JCP G, 2012.V.100, n. J. Dubarry

Nancy, 9 janv. 2012, n° 11/01043 et 12/00055, Jurisdata n° 2012-006036

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros

A

altersexuation : 5, 27, 67
anomalies physiques : 11, 32 s., 44, 116
apparence : 9, 19, 48, 50, 81, 101 s., 122, 130
Argentine : 99, 139
Australie : 141

B

binarité sexuelle : 3, 27

- bicatégorisation : 27, 48, 92, 95
- culture : 36 s.
- institution : 39, 42 s., 149
- modèle : 46 s.
- nature : 31 s.
- remise en cause : 140 s.

Butler, Judith : 24, 38, 48, 62, 66, 79, 88

C

catégories juridiques : 27, 39, 51, 81, 136, 139, 143, 144

changement de sexe à l'état civil : 63

- action d'état : 97
- conditions : 98 s.
- expertise : 109 s.

célibat : 111

cisgenre : 74, 142

contrat sexuel : 61

D

David Reimer (cas) : 80

De Beauvoir, Simone : 1, 20

déclaration de naissance : 39, 41, 44, 55, 115, 139, 145

différence : 28

discrimination : 26, 51, 60, 100, 142

droit au sexe : 129 s., 139, 146

droits de l'homme : 8, 12, 106, 107, 126, 128 s., 134, 139

dysphorie de genre : V. transsexualisme

E

émancipation : 146

état civil :

- actions : 96
- assouplissement : 139 s.
- changement / rectification : V. à ces entrées
- définition : 54
- prénom : V. à cette entrée
- rôle : 56 s., 88, 134
- sexe : 129
- suppression de la mention de sexe : 144

état des personnes :

- définition : 52
- indisponibilité / immutabilité : V. à ces entrées

fonction instituante du droit : 38

F

Foucault, Michel : 11, 24, 49

G

genre :

- définition : 18
- *gender studies* : 20 s., 37, 62, 148
- genre et droit : 26, 62
- identité : 8, 80, 146
- norme : 50, 60, 73, 88

H

hermaphrodisme : 1, 11, 34, 69

hétérocentrisme : 24, 59 s.

hétérosexualité : 74, 12, 50, 61

hijra : 141

I

immutabilité de l'état des personnes : 53, 97, 116

indisponibilité de l'état des personnes : 9, 53

insécurité juridique : 100, 108, 132 s.

intersexuation :

- définition : 11
- opérations : 79 s.
- pathologisation : 68, 72
- sexe : 115
- variabilité du sexe : 73

intervention médicale :

- consentement : 78
- mutilation : 84
- nécessité médicale : 76, 139
- proportionnalité : 77

L

législation : 124

M

médecine : 63 s., 115

médias : 2, 80, 82

Money, John : 22, 80

mythe : 1, 36

N

normalité : 39, 49, 67 s., 74, 79, 87, 106, 109

O

ordre public : 92, 111, 128, 147

P

phallogocentrisme : V. hétérocentrisme

possession d'état : 103

prénom :

- changement de prénom : 81, 118 s., 137
- changement de sexe : 103
- rôle : 119

R

reconnaissance : 87 s., 106

rectification de la mention du sexe à l'état civil :

114 s.

- conditions : 117
- effets : 116

S

sexe :

- continuum : 143
- définition : 14 s.
- norme : 146
- troisième sexe : 140 s.

stéréotypes : 50, 104

stérilité : 107

Stoller, Robert : 7, 22, 33, 69, 75

T

tabou : 1, 3, 11, 84, 135, 148

transidentité :

- définitions : 8
- reconnaissance (non) : 9, 99

transsexualisme :

- changement de sexe : V. modification du sexe à l'état civil
- comportement : 101 s.
- définition : 8
- diagnostic : 99
- épreuve de vie réelle : 102
- histoire : 7
- opérations de réassignation sexuelle : 82 s., 106
- pathologisation : 70
- remboursement des soins : 70
- syndrome : 69, 89, 122
- traitement : 105 s.

V

vie privée : 9, 95, 122, 127 s., 139, 146

TABLE DES MATIERES

Sommaire.....	5
Introduction	6
§1 Intersexes et transgenres : l' <i>altersexuation</i>	7
I. Le transsexualisme.....	7
II. L'intersexualisme ou intersexuation.....	9
§2 Définition du sexe	10
§3 Les études du genre venant remettre en cause la définition du sexe.....	13
I. La notion de genre : tentative d'une présentation succincte	13
II. Le genre et le droit.....	14
Titre 1 L'axiome juridique de la binarite du sexe	16
Chapitre 1 La reconnaissance juridique du sexe limitée à deux catégories	17
Section 1 : Le sexe : féminin ou masculin	17
§1 La binarité du sexe : un fait naturel et/ou culturel	17
I. La différence des sexes : une donnée naturelle ?	17
A. Les aspects biologiques mettant à mal la différence des sexes	18
B. La différence des sexes, un fait culturel ?	18
II. La « fonction instituante » du droit	19
§2 Etat du droit positif : le sexe masculin ou féminin	21
I. La reconnaissance de deux sexes par le droit	21
II. Le transsexualisme et l'intersexualisme comme modèles de la binarité sexuelle	22
Section 2 : Les utilités de la partition du sexe en deux catégories	23
§1 Le sexe statut : un élément de l'état des personnes	24
§2 Le genre fonction : la binarité sexuelle au service d'une structure sociale hétérocentrée	26
Chapitre 2 L'inadéquation de la binarité sexuelle aux personnes transgenres et intersexes : des maladies ?	28
Section 1 : Le droit soumis à la médecine ou la légitimation des actes médicaux par le droit	29
§1 La « pathologisation » de l' <i>altersexuation</i>	29
I. Rapides considérations médicales	29
II. Le droit aux suites de la médecine.....	31
III. Critiques	32
§2 Légitimation des interventions sur les corps	32

I. La nécessité médicale légitimant les actes médicaux	33
II. Les opérations de « traitement » des enfants intersexes	33
III. Les opérations de changement de sexe pour les transsexuels	35
IV. Critiques de ces pratiques	36
Section 2 : La vertu curative du droit.....	37
§1 La reconnaissance par le droit : un besoin social des individus	37
§2 La reconnaissance par le droit : un traitement ?	38
§3 Une réponse folle à une demande folle ?.....	38
Titre 2 La binarite sexuelle inadaptée : la nécessité de rajustements	40
Chapitre 1 Les adaptations du droit aux « problématiques » intersexuation et transidentité.....	41
Section 1 : Le changement de sexe à l'état civil.....	41
I. L'action d'état ouverte aux transsexuels.....	42
A. Le diagnostic du transsexualisme	43
B. Le comportement social et une apparence physique de l'autre sexe.....	43
C. Un traitement irréversible	44
D. Remise en cause de la nécessité de l'expertise judiciaire	47
E. Des conditions supplémentaires ?	48
II. L'action en rectification pour l'intersexuation	48
A. L'attribution initiale d'un sexe	49
B. La rectification de la mention du sexe à l'état civil	49
Section 2 : Le changement de prénom.....	50
Chapitre 2 Nécessité d'une réforme face à l'insuffisance du droit actuel	52
Section 1 : Insatisfaction des solutions juridiques actuelles	53
§1 Le droit au respect de la vie privée.....	53
§2 L'insécurité juridique actuelle.....	54
§3 Le discrédit du droit	55
Section 2 : Quelle législation ?	55
§1 Faciliter le changement de sexe ?.....	56
§2 Créer un troisième sexe ?	58
§3 Suppression de la mention du sexe à l'état civil.....	59
Conclusion.....	61
Bibliographie.....	62
Index.....	70
Table des matières.....	72