



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit privé général

Dirigé par Yves Lequette

2010

Les intersexuels et le droit

Benjamin Moron-Puech

Sous la direction de Dominique Fenouillet

Les Intersexuels et le Droit

Je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements au Professeur Georges Audry ainsi qu'à l'association Orféo pour leur aide précieuse dans la compréhension des difficultés pratiques liées à l'intersexualisme.

Que Madame le Professeur Dominique Fenouillet trouve également ici l'expression de ma profonde gratitude pour m'avoir encouragé et dirigé dans ce périlleux travail.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJF : Actualité juridique famille

AJFP : L'actualité juridique. Fonctions publiques

Al. : Alinéa

AP : Assemblée plénière (Cour de Cassation)

Art. : Article

Ass. : Assemblée (Conseil d'État)

Bull. Civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles

Bull. Crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle

CA : Cour d'appel

CASF : Code de l'action sociale et des familles

Cass. : Cour de cassation

Civ. 1^{re} : Première chambre civile

Civ. 2^e : Deuxième chambre civile

Civ. 3^e : Troisième chambre civile

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

Cf. : *confere*

COJ : Code de l'organisation judiciaire

Coll. : Collection

Comm. : commentaire

Concl. : Conclusions

CPC : Code de procédure civile

Crim. : Chambre criminelle

CSDHLF : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

CSP : Code de la santé publique

CSS : Code de la sécurité sociale

C. civ. : Code civil

C. pén. : Code pénal

D : Recueil Dalloz

Déc. : Décision

DP : Dalloz périodique

Dr. Fam. : Droit de la famille

Dr. pén. : Revue Droit Pénal
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
Éd. : Édition
GACEDH : Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GACEDH
GP : Gazette du palais
JCP G : Juris-Classeur périodique, édition générale
JDI : Journal du droit international
LPA : Les Petites Affiches
Not. : Notamment
Obs. : Observations
P. : Page
Rev. Crit. : Revue critique de législation et de jurisprudence
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
RD publ. : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RGAT : Revue générale des assurances terrestres
RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
Sc. crim. : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
T. Civ. : Tribunal civil
TGI : Tribunal de grande instance

Sommaire

PARTIE 1 - La classification de l'intersexuel dans les catégories sexuées	11
I. La catégorisation selon le sexe	12
A. La binarité du sexe	12
B. La définition du sexe	18
II. La qualification initiale du sexe	22
A. La détermination du sexe juridique	23
B. La détermination du sexe biologique	29
PARTIE 2 - Le droit sexué et l'intersexuel	46
I. Le droit de choisir son sexe	46
A. Le droit de changer son sexe	47
B. L'assistance matérielle dans ce choix	53
II. Les enjeux du sexe juridique	55
A. Les droits liés au sexe	56
B. La portée temporelle de la modification du sexe	64
PARTIE 3 - La réforme inéluctable du droit positif	68
I. La révision des catégories	68
A. Les fondements d'une réforme	69
B. Les propositions de réforme	73
II. La suspension des qualifications	78
A. La suspension de la qualification juridique	78
B. La suspension de la qualification juridique	80

Nous sommes, sans doute, plus raisonnables [...] que nos pères ; mais le sommes-nous tout à fait ? Ne nous reste-t-il pas encore un peu de barbarie, quand nous condamnons un hermaphrodite à opter entre les deux sexes : ainsi que dirions-nous d'une nation de cyclopes, qui ferait crever un œil à tous ceux de notre espèce qui tomberaient entre leurs mains ?¹

¹ G. ARNAUD DE RONSIL, *Dissertation sur les hermaphrodites*, 1750, p. 318

Introduction

1. Le mythe de l'être double – La différence entre les hommes et les femmes est une donnée culturelle si ancrée dans notre civilisation qu'elle passe pour naturelle. On la trouve dans nombre de textes fondateurs¹ tels les deux récits de la création dans la Genèse² ou le mythe des androgynes que Platon met dans la bouche d'Aristophane³. Pourtant, dans ces deux mythes, il est fait mention d'un être primitif doté des deux sexes. Telle était, pour certains interprètes de la Bible, la situation d'Adam avant que Dieu ne prît un des morceaux de sa chair pour créer la femme⁴, tel était également le cas des êtres androgynes imaginés par Aristophane. On retrouve également la référence à cet être double dans le mythe d'Hermaphrodite⁵ raconté par Ovide.

Or on ne peut qu'être frappés par cette permanence de l'être double dans nos mythes. Celle-ci peut s'expliquer par le fait que « Tout ce qui est à l'origine doit être total et impliquer en soi une coïncidence des opposés. »⁶ Mais ne témoigne-t-elle pas également qu'il existe, au-delà du mythe, des êtres doubles que la société n'est pas prête à admettre dans ses rangs ? Êtres dont la société s'efforcerait de nier l'existence, notamment par des mythes qui n'en feraient que des êtres mythiques et non réels.

2. Précisions terminologiques – Certes, il est extrêmement rare que ces êtres soient complètement doubles, c'est-à-dire qu'ils possèdent la totalité des caractères masculins et féminins. Néanmoins, on trouve un nombre non négligeable d'individus présentant une certaine mixité dans leurs caractères sexuels. Comment alors désigner ces personnes ? Différents noms ont été proposés et sont aujourd'hui utilisés : hermaphrodite, intersexe, intersexuel, intergenre, personne ayant un DSD (désordre du développement sexuel) ou une VSD (variation du développement sexuel)⁷. Pour notre part nous avons opté pour la

¹ Sur ces mythes fondateurs dans l'Antiquité, cf. L. BRISSON, *Le sexe incertain Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité romaine*, Les Belles Lettres, coll. Vérités des Mythes.

² Genèse, 1, 27 et 2, 18 à 25.

³ Platon, *Le banquet*, 189 d à 191 d.

⁴ Sur cette lecture de la Genèse et sa condamnation par l'Église, cf. M. GARÇON, *Les tribulations des hermaphrodites*, in *Nouvelles histoires curieuses*, Fayard, 1964, p. 10 et s.

⁵ OVIDE, *Les métamorphoses*, IV 285-388.

⁶ L. BRISSON, *idem*.

⁷ Sur ces différentes terminologies, cf. J. PICQUART, *Ni homme, ni femme, Enquête sur l'intersexuation*, La Musardine, 2009, p. 109 et s.

terminologie d'intersexuel car celle-ci est simple, neutre¹ et reprend la même morphologie linguistique que celle utilisée pour le mot transsexuel. L'intersexuel est donc la *personne qui comporte des caractéristiques sexuelles biologiques équivoques*. Il doit être *nettement distingué du transsexuel*, dont les caractéristiques sexuelles *biologiques*, bien qu'univoques se trouvent en contradictions avec ses caractéristiques sexuelles *psycho-sociales*.

3. **Précisions médicales** – L'intersexualisme s'explique par des mutations génétiques qui viennent modifier le processus habituel de différenciation sexuelle. Il est nécessaire de comprendre que l'intersexualisme est un phénomène multiple qui regroupe en vérité des états intersexuels fort différents². La principale forme d'intersexualisme est l'hyperplasie congénitale des surrénales (HCS) qui atteint un individu pour 12 000 à 15 000 naissances³ ; elle concerne entre 60 à 70% de cas d'intersexualisme⁴. Les personnes ayant une HCS ont une apparence féminine très marquée mais ont un caryotype 46, XY. Non traitées, ces personnes peuvent à l'adolescence voir leur apparence se rapprocher du sexe masculin. Outre l'HCS, on peut mentionner également des insensibilités plus au moins prononcées aux hormones masculines, lesquelles aboutissent à ce qu'une personne, ayant un caryotype masculin, présente des caractères sexuels masculins peu prononcés, ce qui peut laisser croire qu'il s'agit d'un sujet de sexe féminin. Enfin, existent ceux qu'on appelait autrefois les « hermaphrodites vrais ». Cette catégorie regroupe en particulier les individus qui présentent des caryotypes en mosaïques, *i.e.* variant d'une cellule à l'autre. En excluant du champ des intersexuels les personnes atteintes d'une hypospadias⁵, on peut estimer qu'il naît, chaque année en France, de l'ordre d'une centaine d'intersexuels. Cela porte donc le nombre total d'intersexuel en France à une dizaine de millier⁶.
4. **Le traitement des intersexuels dans l'histoire** – Les mutations génétiques à l'origine de l'intersexualisme découlent du fonctionnement même du mécanisme de réplication de notre ADN. Comme toute mutation génétique, elle est monnaie courante dans l'évolution

¹ Tel n'est pas le cas d'hermaphrodite qui renvoie au mythe. De même on peut reprocher à l'expression désordre du développement sexuel d'être connoté négativement.

² Pour la descriptions des différents états intersexuels, cf. A. BOURRILLON, *Pédiatrie pour le praticien*, 5^e édition (2008), p. 287 ; J. TURGEON, A.-C. BERNARD-BONNIN, P. GERVAIS, P. OVETCHKINE et M. GAUTHIER, *Dictionnaire de thérapeutique pédiatrique Weber, V^o Ambiguïté sexuelle*, 2^e édition, Gaëtan Morin, 2007, p. 136 ; B. CHEVALLIER, J.-B. ARMENGAUD, E. MAHE, *Pédiatrie*, collection Le livre de l'interne, 2007, p. 266

³ A. Bourrillon, *op. cit.*, p. 283

⁴ J. TURGEON, A.-C. BERNARD-BONNIN, P. GERVAIS, P. OVETCHKINE et M. GAUTHIER, *op. cit.*, p. 137.

⁵ Il s'agit d'une malformation congénitale, consistant en une position anormale du méat urinaire sur la face ventrale du pénis. Son incidence est d'environ 1 cas pour 300 nouveaux-nés de sexe masculin (J. TURGEON, A.-C. BERNARD-BONNIN, P. GERVAIS, P. OVETCHKINE et M. GAUTHIER, *op. cit.* p. 665). Il ne s'agit pas de véritables hypothèses d'intersexualisme car il n'y a alors aucune hésitation quant au sexe de l'individu.

⁶ Sur les difficultés de comptabilisation, cf. not. P.-L. CHAU & J. HERRING, *Defining, assigning and designing sex*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, dec., 2002, p. 327.

des espèces. Pourtant, les sociétés humaines refusent pour la plupart¹ d'accueillir en leur sein les intersexuels. Elles ne voient en eux bien souvent que des monstres qui méritent à peine de vivre. Tel fut longtemps le cas dans l'Antiquité grecque et romaine² où les intersexuels avérés étaient abandonnés à la naissance ou noyés³. Quant au Moyen-Âge, plusieurs jugements postérieurs à cette période laissent à penser que les intersexuels y ont été soumis aux pires tourments. À l'époque moderne, grâce au pouvoir royal nouvellement affirmé, on voit des hermaphrodites échapper, devant le Conseil du Roi, au bûcher ou au bannissement perpétuel⁴. Pourtant si ces pratiques disparaissent, le rejet social des intersexuels se perpétue⁵.

Qu'en est-il aujourd'hui dans notre société ? Les intersexuels sont très largement ignorés ou confondus avec d'autres catégories, en particulier celle des transsexuels, dont il est impératif de les distinguer⁶. Lorsque l'intersexualisme est évoqué, il est fréquemment associé au mythe d'Hermaphrodite, voire au fantasme⁷. Or, encore aujourd'hui, la situation des intersexuels est

¹ C'est le cas des Inuits où « les sexes et les genres [...] n'ont pas de frontières rigides (B. S. D'ANGLURE, *Le « troisième » sexe social des Inuit*, Diogène, 2004/4 n° 208, p. 157).

² L. BRISSON, *idem* : « en Grec ancienne et à Rome jusqu'à la République, les être pourvus des deux sexes semblent avoir été impitoyablement éliminés ». Au-delà, sous l'influence des stoïciens, l'auteur montre que leur situation s'est quelque peu améliorée et qu'ils n'étaient alors plus considérées que comme des erreurs de la nature méritant de vivre. Le Digeste atteste de cette humanisation du regard porté sur l'hermaphrodite. Ce texte lui permet ainsi d'instituer un posthume (*Digeste*, XXVIII, 2, 6, 2) ou encre de témoigner (*Digeste*, XXII, 5, 15, 1), selon le sexe qui domine en lui.

³ L. BRISSON, *op. cit.*, p. 27

⁴ Cf. *Le procès d'Angélique de la Motte religieuse prétendue hermaphrodite*, coll. des Trésors du Second Rayon, éd. Paréiasaure théromorphe, par J.-P. BOUCHON où la religieuse, d'abord condamnée à être brûlée vive, échappa à la condamnation devant le conseil du Roi et fut simplement fouettée en public. Cf. aussi l'affaire *Grandjean* où l'individu échappa devant le conseil du Roi au bannissement perpétuel en se voyant néanmoins interdire tout mariage (DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, tome 9^e, 8^e édition, 1790, v° hermaphrodite, p. 637).

⁵ P. GRAILLE, *Les hermaphrodites au XVII^e et XVIII^e s.*, Les belles lettres, 2001, p. 43 et s. « À défaut de pouvoir intégrer les monstres indésirables dans ce carcan idéologique, le pouvoir n'opte plus pour la pendaison ou le bûcher. Pour exclure les "nouveaux hérétiques", au mépris de la liberté individuelle, il privilégie des violences plus insidieuses, des humiliations et des souffrances plus durables. En refusant de tolérer l'être double, les magistrats, les médecins et les prêtres se comportent comme des inquisiteurs : protégés par leur statut, ils s'offrent le luxe de la bonne raison et de la bonne conscience »

⁶ Ainsi qu'il a été dit plus haut, la différence entre l'intersexuel et le transsexuel est que seul le premier présente une ambiguïté biologique de son sexe. Pour le transsexuel, l'ambiguïté n'est, jusqu'à preuve du contraire, que psychologique. Il n'est cependant pas impossible que les travaux menés sur les causes du transsexualisme révèlent un jour une origine biologique, ce qui pourrait alors réduire la distinction entre ces deux catégories d'individus et donc rapprocher leur régime juridique.

⁷ J. MC DOUGALL, *L'idéal d'hermaphrodite et ses avatars*, in *Bisexualité et différence des sexes*, Nouvelle revue de psychanalyse, n°7, printemps 1973 p. 263 : « Mais si Hermaphrodite a maugréé contre son destin, les autres, simples humains monosexués, tiennent au fantasme de l'être bisexué. Être à la fois homme et femme, nanti de la magie blanche et noire de chacun, être dès lors, l'objet du désir des deux, être à soi seul, père-et-mère, voire s'engendrer soi-même, qui, dans son cœur enfantin, ne le voudrait pas ! L'illusion bisexuelle est aussi vieille que l'histoire culturelle de l'homme »

bien différente de l'image qu'on pourrait en avoir. Notre société n'étant absolument pas adaptée à ces êtres, elle continue à les rejeter¹.

Cependant, depuis les années cinquante², on assiste à des progrès médicaux considérables³. Recourant à ce que M. FOUCAULT qualifierait de « technologie politique du corps »⁴, la science médicale a donné à la société les moyens de conformer sexuellement un individu pour le doter de caractères sexuels dont il ne disposait pas à la naissance⁵. Pourtant, ce rêve fou, de conformation de la nature à la culture, est actuellement l'objet d'un fort mouvement de contestation⁶ qui souligne les limites de l'approche médicale. Le seul traitement médical n'est semble-t-il pas la solution à ce problème qui est également d'ordre social et psychologique.

Se pose alors pour le juriste la question de la place de la science juridique dans le traitement de cette problématique. Si le droit est aujourd'hui l'un des principaux bras armés de la société, en ce qu'il permet de maintenir efficacement la différenciation sexuelle, il nous semble que, sous l'influence des normes européennes, il pourrait en devenir demain le pourfendeur.

Plan – Afin de comprendre le rôle du droit dans l'avenir de cette problématique, il faudra, dans un premier temps, préciser en quoi le droit positif français, lors de la classification d'un individu dans un sexe, se révèle être un puissant défenseur de la binarité des sexes, au détriment de l'intersexuel (Partie 1). Nous verrons ensuite de quelle façon notre système juridique parvient à s'accommoder de cette binarité restrictive, lorsque des règles de droits, liées au sexe, ont à s'appliquer à l'intersexuel (Partie 2). Enfin, devant le constat de l'inadéquation de ce système juridique, nous nous interrogerons sur d'éventuelles réformes permettant, sur le plan juridique, d'intégrer plus dignement l'intersexuel au sein de notre société (Partie 3).

¹ Cf ; les mémoires d'un intersexuel : « J'ai beaucoup souffert, et j'ai souffert seul ! seul ! abandonné de tous ! ». M. FOUCAULT, *Herculine Barbin, dite Alexina B.*, Gallimard, 1978, p. 9

² H. G. BEH & M. DIAMOND, *An emerging ethical and medical dilemma: should physicians perform sex assignment surgery on infants with ambiguous genitalia?* Michigan Journal of Gender and Law, 2000, p. 2. – S. A. ALIABADI, *Gender assignment surgery for intersexed infants: how the substantive due process right to privacy both supports and opposes a moratorium*, Virginia Journal of Social Policy and the Law, p. 174 et s.

³ Notamment sous l'impulsion du professeur J. MONEY aux Etats-Unis.

⁴ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 35.

⁵ On perçoit aussi toute la justesse de la réflexion de Michel SERRES : « la castration précède le sexe. La coupure même définit le sexe et lui donne son nom : secte, section, intersection » (*L'hermaphrodite, Sarrasine sculpteur*, Flammarion, 1987, p. 128).

⁶ Cf. not. C. VINCENT, *Ni lui, ni elle... mais alors qui ?*, in *Le monde*, 8 oct. 2009

Partie 1 - La classification de l'intersexuel dans les catégories sexuelles

5. **Une catégorie culturelle** – Le droit a besoin d'ordonner la réalité selon des catégories¹, afin d'appliquer à chaque rubrique de cette catégorie des règles propres. Le sexe est une catégorie. Plus précisément il appartient aux catégories reposant sur ce qu'Aristote appelle la *qualité*². Bien que le droit y voit une qualité reposant sur la contrariété, il nous semble que le sexe fait plutôt partie, dans la nature du moins, de ces qualités dont Aristote indique qu'elles n'ont pas de contrariété³. En effet, l'existence des intersexuels nous révèle que le sexe est un *continuum* où, entre les deux pôles - masculin et féminin - figure des nuances plus ou moins importantes. Cependant, force est de constater que culturellement la différence des sexes « est au fondement de toute pensée, aussi bien traditionnelle que juridique » et ce, parce que, comme le formule F. HERITIER « la réflexion des hommes, dès l'émergence de la pensée, n'a pu porter que sur ce qui leur était donné à observer de plus proche : le corps et le milieu dans lequel il est plongé »⁴. Pour ce même auteur, la différence de sexe est le « butoir ultime de la pensée, sur lequel est fondée une opposition conceptuelle essentielle : celle qui oppose l'identique au différent »⁵. Or ce « rapport identique/différent est à la base des systèmes qui opposent deux à deux des valeurs abstraites ou concrètes (chaud/froid, sec/humide, haut/bas, inférieur/supérieur, clair/sombre, etc.) »⁶. Par où l'on comprend que notre société est toute structurée par cette différence culturelle des sexes.
6. **Plan** - Cette dualité, culturelle et non naturelle⁷, va être appropriée par le droit qui va catégoriser les individus selon leur sexe. Pourtant le *criterium* permettant cette séparation n'est guère explicitée par nos textes juridiques, un peu comme s'il allait de soi. Notre premier travail sera donc de préciser ce mécanisme de catégorisation selon le sexe (I). Une

¹ Cette opération de catégorisation nous vient d'Aristote (bien qu'il y ait des doutes sur l'authenticité). Celui-ci a en effet consacré le premier volume de l'*Organon* aux catégories.

² Le stagirite envisage les différentes catégories possibles. Après avoir décrit l'*essence*, la *qualité* et le *relatif*, Aristote aborde la *qualité*, entendue comme « ce en vertu de quoi certaines personnes sont telles ou telles » (ARISTOTE, *Catégories*, Chapitre VIII, par P. PELLEGRIN et M. CRUBELLIER, GF Flammarion, 2007, p. 161). Il présente alors plusieurs types de qualités et notamment celle relative à la figure ou la forme. C'est de cette catégorie-là que paraît relever la classification des Hommes selon leur sexe, car tout dépend de la forme du sexe

³ Aristote nous dit que « la contrariété appartient aussi à la *qualité* ». Ainsi est-il normal que la *qualité* d'appartenance à l'espèce humaine fonctionne selon un schéma binaire où l'homme serait le contraire de la femme. Cependant une dualité ne correspond pas toujours à la réalité. Aristote en est bien conscient puisqu'il concède que certaines qualités n'admettent pas la contrariété (*idem* p. 71)

⁴ F. HERITIER, *Masculin-Féminin I. La pensée de la différence*, Éd. Odile Jacob, 2002, p. 17

⁵ *Ibid.* p. 18.

⁶ *Ibid.* p. 26.

⁷ Pour une démonstration convaincante cf. J. PICQUART, *op. cit.*, p. 184 à 186.

fois les catégories cernées, devra être étudiée l'opération de qualification, c'est-à-dire les règles régissant le processus de répartition des individus dans un sexe, à leur naissance (II).

I. La catégorisation selon le sexe

7. L'art. 57 du Code civil dispose que « L'acte de naissance énoncera [...] le sexe de l'enfant ». Mais ce texte est fort lacunaire. D'une part il ne précise pas ce qu'il faut entendre par « sexe » (A). D'autre part il n'indique pas quels sont les sexes possibles (B).

A. La binarité du sexe

8. À la différence du prénom, qui peut être masculin, féminin ou neutre, il n'y a pour la loi que deux sexes (1) et ce malgré les efforts de l'instruction générale de l'état civil pour adoucir ce dualisme tranchant (2).

1. La rigueur des textes législatifs

9. Bien que l'article 57 ne précise pas quelles sont les rubriques comprises dans la catégorie du sexe, on peut le déduire d'autres dispositions législatives. En effet, de nombreux textes recourent aux expressions « l'un ou l'autre sexe »¹ ou « aux deux sexes »². Ceci permet au moins d'affirmer qu'il existe légalement deux sexes ; reste à savoir lesquels.

Il paraît évident³ que dans l'esprit du législateur il s'agit de l'homme et de la femme. Ceci peut être appuyé par l'article L6112-1 du Code du travail⁴ qui, en mentionnant d'abord les femmes et les hommes, puis en désignant ces derniers par l'expression « l'un ou l'autre sexe »

¹ Cf. notamment art. 71, 388, 980 du C. civ. ; art. 713-3 et 723-3 du code pénal ; art. 255 du code de procédure pénale ; art. L1142-2 et L112-1 du code du travail ; art. L311-2 et L351-1 du CSS ; art. L144 et L473 à L476 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre ; art. 159 du code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure ; art. D732-38 du code rural.

² Cf. par exemple art. R57 du code de procédure pénale ; art. L131-1 du code de l'éducation ; art. L1323-1 du code de la défense ; art. L3221-1 et -7 du code du travail ; art. L4151-7 du CSP.

³ M.-L. RASSAT (*Sexe, médecine et droit*, Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 660) soutient toutefois une autre interprétation des textes³. Elle s'appuie sur le silence de l'art. 57 pour arguer de ce que ce texte laisse ouverte la possibilité d'un troisième sexe. Elle ajoute « Si certains auteurs et beaucoup de décisions jurisprudentielles continuent à soutenir le contraire, c'est par la double déviation du juridisme, mal congénital du Droit et de la pseudo-charité, mal beaucoup plus contemporain de la législation récente »...

⁴ « Pour l'application de la présente partie, aucune distinction entre **les femmes et les hommes** ne peut être faite, sauf dans le cas où l'appartenance à **l'un ou l'autre sexe** est la condition déterminante de l'exercice de l'emploi ou de l'activité professionnelle donnant lieu à formation. »

révèle expressément que les deux sexes sont le masculin et le féminin¹. Quant à la jurisprudence, elle se prononce nettement en faveur de la dualité des sexes².

Un tel dualisme laisse donc à la marge les intersexuels. Ceux-ci devront nécessairement faire un choix, alors même que celui-ci les conduirait à abandonner une partie de leur identité. Cette indifférence législative aux intersexuels est cependant tempérée par la pratique des officiers d'état civil, laquelle a développé certains tempéraments à cette binarité.

2. La souplesse de la pratique de l'état civil

Derrière cette dureté législative se cache une pratique bienveillante à l'égard des intersexuels. D'une part, l'instruction générale de l'état civil permet aujourd'hui de tempérer la dualité des sexes (a). D'autre part, la faible portée des sanctions permettrait de contourner la binarité des sexes (b).

a. Les alternatives illégales à la dualité des sexes

10. Une certaine souplesse – L'instruction générale de l'état civil (IGEC) envisage la situation des intersexuels au §288 situé dans une sous-section intitulée « enfants de sexe indéterminé »³. Ce texte⁴ est à notre connaissance le seul texte de notre ordre juridique qui envisage le problème des intersexuels. Ces dispositions révèlent qu'en cas de sexe « incertain » trois solutions sont possibles :

- Indiquer « sexe indéterminé » ; mais l'IGEC elle-même le déconseille.

¹ Cf. aussi l'art. L3221-6 du code du travail et l'art. 248 du code de procédure pénale

² Cf. Paris, 18 janv. 1974 : GP 1974, 1, 158 où il est jugé 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 » ; TGI Dijon, 2 mai 1977 : GP 1977, 2, 577 où il est jugé que « X... doit nécessairement être rangé dans le sexe féminin ou dans le sexe masculin » ; TGI St-Étienne 11 juill. 1979 : D 1981, p. 271 pour qui « l'être humain doit être rattaché à l'un ou l'autre des sexes » ; TGI Nanterre, 21 avr. 1983 : GP 1983, 2, 605 ; cependant T. Civ. d'Alais, 23 janv. 1873 : D 1882, 3, p. 71 laisse planer le doute en disant « le sexe neutre, s'il existe ».

³ On retrouve là une méthode classique chez les auteurs administratifs de normes : le silence. Ainsi le code civil refuse de mentionner les mots adultère ou inceste.

⁴ Al. 1^{er} « Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication 'de sexe indéterminé' dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur. » Al. 2 : « Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire. »

- Attribuer le sexe le plus probable, après avis du médecin, quitte à le rectifier par la suite.
- N'indiquer, de façon provisoire, aucun sexe ; sera ici exigée une autorisation du procureur de la République.

11. Des dispositions insatisfaisantes – Ces trois solutions bien plus respectueuses, de la diversité des fait, du pluralisme matériel. Cependant, ces dispositions ont un objet limité ; elles paraissent en outre illégales, inexistantes et inappliquées.

Ce §288 a un objet limité car l'IGEC ne traite que du sexe des intersexuels. Rien n'est prévu pour le prénom qui est pourtant inséparable du sexe de l'enfant. Il ne sera donc pas possible de ne pas choisir de prénom dans l'attente de la détermination du « sexe d'élevage ». Cette solution est cependant pleinement justifiée car, à la différence du sexe¹, le prénom est nécessaire à l'État pour identifier l'enfant. Le prénom est aussi nécessaire aux parents, dans leurs rapports quotidiens avec leur progéniture. Enfin, il est nécessaire à la société pour laquelle le prénom est un élément d'identification plus pertinent que le sexe. Il faudra donc que les parents choisissent un prénom ce qui leur sera particulièrement difficile². Ils pourront en effet hésiter entre d'une part, des prénoms sexués, qu'ils auront à rectifier si les tests médicaux révèlent que le « sexe d'élevage » diffère du sexe naturel et, d'autre part, des prénoms neutres qui pourraient attester de l'intersexualisme de l'enfant, ce qu'il pourrait être préférable d'éviter.

Outre son objet limité, la souplesse offerte par le §288 est également illégale, du moins s'agissant de la première et la dernière possibilité évoquée. La première, en ce qu'elle permet de mentionner un sexe qui n'est ni masculin ni féminin, alors que la loi n'offre que cette alternative ; la troisième parce qu'elle permet, dans certains cas, de ne pas mentionner le sexe, alors que l'article 57 du Code civil exige, d'une façon générale, qu'un sexe soit indiqué dans l'acte de naissance³. Il serait donc possible de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'IGEC⁴. Par où l'on voit qu'un parent, qui souhaiterait s'opposer au refus de l'officier d'état civil d'appliquer le §288, serait assurément débouté. Les juges écarteront l'IGEC, de la même façon qu'ils ont pu déclarer illégales les circulaires relatives aux actes d'enfant sans vie⁵ ou au double tiret¹.

¹ Cf. *infra* n° 129

² A.-M. RAJON, *L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance*, in *L'État civil dans tous ses états*, sous la direction de Claire Neirinck, LGDJ 2008, p. 73 et p. 77 et s.

³ V. en ce sens M-L. Rassat, *op. cit.*, p. 661.

⁴ L'IGEC ayant la nature d'une circulaire, il conviendra de suivre les règles posées par la jurisprudence *Mme Duvignères* (CE, 28 décembre 2002, GAJA, n° 118), c'est-à-dire qu'il faudra montrer que le §288 constitue une disposition impérative à caractère général contraire à une disposition de valeur supra-réglementaire.

⁵ Par trois arrêts du 6 févr. 2008, la première chambre civile Cour de cassation a cassé des arrêts d'appel qui avaient fait application 461-2 de l'IGEC, transposant en parties les directives de l'OMS, lequel texte déclare non

Ajoutons en outre, que le requérant n'aura sans doute pas besoin d'attendre une décision du juge administratif constatant l'illégalité de l'IGEC car, bien que nul n'en ait semble-t-il encore pris conscience, celle-ci n'existe plus dans notre ordre juridique. L'IGEC a en effet été abrogée en raison de sa non publication sur le site Internet rassemblant les circulaires². Il serait néanmoins utopique de croire que les officiers d'état civil vont cesser de suivre l'IGEC pour ce seul motif. Ce serait leur ôter leur principal outil de travail. Ces pratiques *contra legem* continueront donc probablement à être mises en œuvre³, pour peu qu'elles l'aient jamais été.

En effet les possibilités offertes par l'IGEC sont pour une large part inappliquées. En effet il ne semble pas que la mention « sexe indéterminé » soit guère usitée. S'il n'existe pas, en France, à notre connaissance, de chiffre sur cette pratique, on peut toutefois exploiter ceux de la Suisse où il est aussi permis d'apposer sur l'acte de naissance la mention « sexe indéterminé ». Or le dernier recensement suisse⁴ a révélé qu'aucun officier d'état civil n'avait inscrit une telle mention... En revanche, la possibilité consistant à ne pas inscrire le sexe à l'état civil pendant un ou deux ans est beaucoup plus fréquemment utilisée. En attestent les sources médicales qui mentionnent le recours à cette pratique⁵.

b. La souplesse des sanctions

12. Plan – La rigueur du Code civil voudrait que l'officier d'état civil inscrivît sur l'acte de naissance la mention du sexe masculin ou féminin. Cependant la faiblesse des sanctions permet d'atténuer le tranchant de l'article 57 précité. Pour établir ce point, on s'arrêtera tout d'abord sur les sanctions civiles et pénales qu'encourrait l'officier d'état civil qui n'inscrirait aucun sexe ou qui porterait une inscription différente de celle indiquant « sexe masculin » ou

viable l'enfant mort-né après une gestation inférieure à 180 jours. Pour la Cour de cassation, les juges ont violé l'art. 79-1 C. civ., lequel ne subordonne pas l'établissement de l'acte d'enfant sans vie à la durée de la grossesse.

¹ CE, 4 déc. 2009, *Mme Lavergne* : Defr. 2010 n° 5 39080 p. 536, obs. J. MASSIP

² Le décret 2008-1281 du 8 décembre 2008, dispose dans son article 2, alinéa 1, que « les circulaires et instructions déjà signées sont réputées abrogées si elles ne sont pas reprises sur le site mentionné à l'article 1^{er} ». Le site Internet évoqué à l'alinéa 1^{er} est www.circulaires.gouv.fr. Or l'IGEC ne s'y trouve point. Ajoutons que la publication de l'IGEC au journal officiel et sa publication sur Légifrance seront sans conséquences sur cette abrogation. En effet, l'alinéa 3 de l'article 1^{er} dudit décret indique que « cette publicité se fait sans préjudice des autres formes de publication éventuellement applicables à ces actes ». L'al. 2 de cet article pose néanmoins une exception lorsqu'une disposition légale permet aux administrés de se prévaloir de cette circulaire ou instruction. Tel ne paraît cependant pas être le cas pour l'IGEC, de sorte qu'il faut bien conclure qu'elle est abrogée. La jurisprudence administrative a eu l'occasion d'appliquer ces textes à deux reprises (CE, 16 avril 2010, mentionné au bulletin n° 279817 et CE, 19 juill. 2010, publié au bulletin n°334878) et a bien confirmé que l'absence de publication entraînait l'abrogation des circulaires, sauf le cas où celles-ci seraient reprises ultérieurement, ce qui là encore n'a pas été le cas pour l'IGEC.

³ Thierry REVET, (RTD Civ. 1999 p. 900) soulignait par exemple cette tendance bureaucratique des officiers d'état civil à suivre l'IGEC sans se soucier des autres normes juridiques.

⁴ http://statbel.fgov.be/fr/statistiques/chiffres/population/naissances_fecondite/source/regprovart/index.jsp

⁵ S. CABROL ET G. AUDRY *Attitude pratique devant un nouveau-né présentant une ambiguïté sexuelle à la naissance* – A. BOURRILLON, *Pédiatrie pour le praticien*, 5^e édition (2008), p. 287 – A.-M. RAJON, *op. cit.*, p. 76.

« sexe féminin » (i). Puis on envisagera les conséquences de cette omission ou erreur sur l'efficacité de l'acte de naissance (ii).

i. Les sanctions à l'encontre de l'officier d'état civil

13. Ces sanctions peuvent être de nature civile ou pénale. S'agissant tout d'abord des **sanctions pénales**, on songe à la sanction générale de faux (art. 441-1 C. pén.) avec la double circonstance aggravante qu'en l'espèce il serait commis par une personne dépositaire de l'autorité publique et dans une écriture publique (art. 441-4 C. pén.). Sans entrer dans les détails, cette qualification nous semble impossible à retenir car, parmi les éléments matériels de l'infraction, figure l'exigence d'une altération frauduleuse de la vérité. Or, dans notre hypothèse, l'officier d'état civil n'altère aucunement la réalité. Il se contente de refuser d'appliquer la lettre de l'article 57 car, justement, une telle application aboutirait à une fiction, c'est-à-dire à une altération de la vérité par le droit lui-même.

14. Sanctions civiles – Quant aux sanctions civiles, mentionnons en premier lieu l'article 50 du Code civil. Ce texte punit d'une amende civile de 3 à 30 euros l'officier d'état civil qui aurait méconnu les règles prévues aux articles *précédents*. Là encore, l'application d'un tel texte paraît exclue, car la disposition que violerait ici l'officier d'état civil serait l'article 57 du Code civil, lequel *suit* l'article 50. Ajoutons qu'en vertu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale (*lato sensu*), cette sanction ne pourra en aucune façon s'appliquer à l'article 57¹.

En second lieu, pourrait être invoquée la responsabilité civile de l'officier d'état civil. Néanmoins s'agissant d'une faute commise par un fonctionnaire, sa responsabilité ne sera engagée qu'en cas de faute personnelle, appréciée strictement par les tribunaux². La plupart du temps il ne s'agira que d'une faute de service engageant la responsabilité de l'État devant les juridictions administratives. En tout état de cause, un préjudice devra être prouvé. Or celui-ci fera défaut lorsque l'officier d'état civil s'est abstenu de respecter le Code civil dans l'intérêt de l'enfant intersexuel. Il apparaît par conséquent que, dans l'hypothèse d'un enfant intersexuel, l'officier d'état civil n'encourra aucune sanction en ne respectant pas l'article 57 du Code civil.

¹ Pour une application implicite de ce principe, cf. Metz, 8 mai 1851 (DP 1856, 1, 129) à propos d'un refus d'étendre la sanction de l'art. 50 à une hypothèse non prévue par l'art. 35 du code civil.

² La faute personnelle est la faute détachable du service, à savoir soit la faute commise hors du service, soit celle qui, bien commise dans le cadre du service, est intentionnelle ou est involontaire mais d'une particulière gravité ; cf. G. LAUNOY, JCl. Civil Code, art. 50 à 54, n°53.

ii. L'efficacité de l'acte d'état civil erroné

- 15. Validité** – Reste la question des effets que produirait un acte d'état civil erroné. Un tel acte serait-il nul ? Le Code civil ne comprend aucune disposition sur la nullité des actes d'état civil ; seul le Code de procédure civile atteste de l'existence de cette sanction¹. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence a admis l'existence de cette action en nullité car, sans elle, il n'aurait existé aucun moyen pour priver d'effets des actes gravement erronés, pour lesquels l'action en rectification se serait révélée insuffisante². Cependant une telle solution serait excessive si elle devait s'appliquer dans l'hypothèse d'une mention irrégulière du sexe. En effet cela conduirait *de facto* à priver l'intersexuel d'existence juridique, du moins tant qu'un autre état civil ne lui aurait pas été attribué. Voilà pourquoi, s'agissant d'énonciations inexactes, l'IGEC n'ouvre l'annulation qu'en présence de formalités substantielles ou de mentions essentielles³ au regard de la fonction de police civile de l'état civil⁴, c'est-à-dire principalement la naissance, la mort, la filiation⁵. La jurisprudence paraît également être dans ce sens⁶. En conséquence, l'acte ne mentionnant pas le sexe, ou en mentionnant une catégorie autre que masculin ou féminin, nous paraît pleinement valable.
- 16. Régularisation** – Tôt ou tard cette irrégularité de l'état civil devra être corrigée. Il faudra alors recourir à une rectification judiciaire prévue aux alinéas 1 à 3 de l'article 99 du Code civil. La voie de la rectification administrative (art. 99 al. 4) paraît fermée car, en cas d'erreur sur le sexe de l'intersexuel, il ne s'agit pas d'une erreur purement matérielle. Cette erreur résulte plutôt d'une mauvaise interprétation, par l'officier d'état civil, d'une réalité

¹ Art. 1047 al. 2 CPC indiquant quel tribunal est compétent pour connaître de l'action en nullité.

² T. civ. Seine, 6 juin 1924 : La Loi, 31 juill. 1924, annulant l'acte de décès d'une personne vivante.

³ Cf. not. IGEC §161 ; Y. BUFFELAN-LANORE, JCl. Civil Code, art. 99 à 101, Fasc. 10, n° 6 (date de fraîcheur : 1^{er} juill. 2000) ; F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes, les incapacités, la famille*, 7^e éd., Dalloz, 2005, n°232 et s.

⁴ Sur les fonctions de l'état civil : F. TERRE et D. FENOUILLET, *ibid*, n°124 – G. TONDU, *L'avenir de l'état civil*, mémoire Master 2 de Droit Privé Général, Paris 2, sous la direction de D. FENOUILLET.

⁵ Il nous semble que l'expression de mentions essentielles doit s'entendre de deux façons différentes selon qu'on se réfère à l'état civil dans sa fonction de police civile ou dans celle d'affirmation de l'identité d'un individu. Dans sa première fonction, le sexe n'est pas un élément essentiel car il n'est pas essentiel à l'État pour identifier les sujets. En revanche, dans sa deuxième fonction, il est essentiel car, consciemment ou non, un individu s'identifie d'abord par son appartenance à un sexe. S'agissant de l'annulation, son caractère rétroactif témoigne de ce qu'elle vise à assurer la fonction de police civile de l'état civil, il faut donc comprendre l'exigence de mention essentielle à l'aune de cette fonction. On verra plus bas, qu'au contraire, l'expression « mention essentielle », utilisée à propos de la rectification (art. 99 al. 3) doit s'interpréter selon la deuxième fonction de l'état civil (cf. *infra* n° 145).

⁶ En ce sens, T. Civ. Alençon, 21 oct. 1930, JCP G 1931, p. 125 jugeant que « les énonciations de l'article 57 du code civil ne sont pas prescrites à peine de l'inefficacité de l'acte » à propos d'un cas où des individus contestaient la qualité d'enfant légitime d'une personne en arguant de l'inexactitude de son acte de naissance. Les juges ajoutent que « l'enfant, hors le cas de fraude établi, ne saurait être victime de l'omission du nom patronymique de la mère, [...] que cette irrégularité, susceptible de redressement, est restée sans influence sur sa condition civile ».

biologique complexe¹. Il ne sera pas non plus possible, *en droit*, d'aller à la rencontre de l'officier d'état civil pour lui demander de compléter la mention du sexe qu'il a bien voulu, dans un premier temps, remplir incorrectement comme le lui permet l'instruction générale de l'état civil².

B. La définition du sexe

17. L'absence de définition légale – La définition juridique du sexe a évolué au cours du temps en raison du progrès des sciences médicales. En prenant le parti de ne pas définir le sexe, les rédacteurs du Code civil ont donné à cette notion un caractère évolutif, fonction de l'état des sciences. Pour le M.-L. RASSAT, « la loi n'a pas défini le sexe parce qu'il ne lui appartient pas de le définir. Le sexe est une notion scientifique. Aux Sciences de l'homme de dire en quoi il consiste et au Droit d'entériner leurs révélations »³. Il est frappant de constater que ce silence du législateur sur la notion de sexe se retrouve dans de nombreux pays⁴. Au point qu'on pourrait douter qu'il soit possible, rationnellement, d'en donner une... La jurisprudence a pourtant dû résoudre cette question des plus complexes, afin de pouvoir appliquer des lois recourant au sexe. Cependant, force est de constater chez les juges français, une profonde réticence à définir le sexe. Ceux-ci abandonnent très largement leur compétence aux médecins, en leur déléguant par des expertises la tâche de déterminer le sexe⁵. On verra cependant que le développement d'un contentieux concernant les transsexuels a été l'occasion pour la jurisprudence de se départir des analyses des médecins⁶. Cette ingérence du droit n'en demeure pas moins exceptionnelle. L'approche est fort différente en droit de la *common law*, mais sans doute cela s'explique-t-il par la différence, toute relative, avec le système de *civil law*⁷. En effet, dans l'affaire *Corbett v. Corbett*, le juge britannique énonça quels étaient selon lui les critères d'un test permettant d'attribuer le

¹ À supposer qu'il existe biologiquement une différence de sexe, ce qui n'est pas scientifiquement établi. En ce sens J. PICQUART, *op. cit.* p. 184.

² Cf. *supra* n° 9.

³ M.-L. RASSAT, *op. cit.* p. 655.

⁴ Pour les Etats-Unis, cf. J. J. MCGRATH, *Are you a boy or a girl? Show me your real ID*, Nevada Law Journal, Winter 2009, p. 380 ; pour le Royaume-Uni la Section 11(c) du Matrimonial Causes Act 1973 dit que le mariage ne peut être conclu qu'entre un homme et une femme, sans pour autant donner aucune définition de l'homme et de la femme, de sorte qu'il est apparu à la jurisprudence de définir le sexe (cf. par ex. *Corbett v. Corbett*, Probate report, 1971, p. 83).

⁵ TGI St-Étienne, 11 juill. 1979 (D 1981, p. 271) pour qui « une telle notion est indiscutablement d'ordre médical et non juridique, le droit qui fixe l'état des personnes ne pouvant que constater une situation de fait ».

⁶ Cf. *infra* n°23.

⁷ *Corbett v. Corbett*, précité.

sexe d'un individu¹. Cependant ces critères durent être adaptés ultérieurement à propos d'un intersexuel². Par où l'on voit les limites de toute définition jurisprudentielle du sexe.

Quoi qu'il en soit, parmi les éléments retenus pour caractériser le sexe, il est possible de distinguer ceux qui sont purement biologiques (éléments objectifs³), de ceux qui sont influencés par l'environnement de l'individu (éléments subjectifs). Ceci permet de distinguer d'une part le sexe biologique, qui repose sur des données biologiques tangibles (1) et, d'autre part, le sexe psychosocial qui relève des sentiments de l'individu et de son vécu (2)⁴. Ces deux composantes du sexe feront l'objet d'une appréciation souveraine par les juges du fond chargés de déterminer le sexe de l'intéressé.

1. Le sexe biologique

18. Sexe phénotypique – En 1804, le sexe était assurément compris par les rédacteurs du Code civil comme le sexe morphologique⁵, appelé aussi sexe phénotypique. Celui-ci correspond au sexe apparent, déduit de la conformation des organes génitaux externes. Encore aujourd'hui, le sexe phénotypique constitue la plupart du temps le sexe d'assignation à l'état civil⁶. Néanmoins, il arrive qu'à la naissance, l'enfant présente des ambiguïtés sexuelles qui rendent difficiles l'identification de son sexe. Les médecins recourent alors à des examens complémentaires. Il s'agit principalement d'examiner le sexe anatomique, génétique et hormonal.

19. Le sexe anatomique – Tout d'abord les médecins peuvent rechercher le sexe anatomique de l'individu, c'est-à-dire étudier les organes sexuels internes (ovaire, utérus, prostate, canaux déférents, etc). Ces analyses permettront de révéler si l'appareil génital interne rapproche l'individu du sexe masculin ou féminin. De tels examens étaient déjà

¹ À savoir le sexe gonadal, chromosomique et génital, sans prise en considération du sexe psychologique. Il prit également en considération la possibilité matérielle d'avoir des relations sexuelles.

² Fam. Div., 10 oct. 2000, *W v. W* : [2001] Fam. 111 (disponible sur la base westlaw) et [2001] 1 FLR 324 où le juge Charles J, après avoir écarté la possibilité d'avoir des rapports sexuels, énonce six critères : « (i) chromosomal factors; (ii) gonadal factors (i.e. presence or absence of testes or ovaries); (iii) genital factors (including internal sex organs); (iv) psychological factors; (v) hormonal factors, and (vi) secondary sexual characteristics ».

³ Cette terminologie est empruntée à la thèse de J.-P. BRANLARD (*Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1993, n° 1356 et s.) qui, pour le sexe, distingue les composantes objectives des composantes subjectives.

⁴ Soulignons néanmoins les limites de cette distinction : il est en effet possible que soit un jour démontré que le sexe psychologique de l'individu repose lui aussi sur des données biologiques innées. Le Doyen CARBONNIER notait d'ailleurs dans sa grande lucidité : « La question, néanmoins, reste ouverte : si le sexe psychologique a une réalité sans le minimum de la biologie », *Les personnes*, 1^{re} éd. Quadrige, PUF, Thémis, 2004, n°270.

⁵ L. 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, p. 77.

⁶ A.-M. RAJON, *op. cit.* p. 74.

pratiqués à l'époque du Code civil¹, de sorte qu'on peut en conclure que ses rédacteurs pouvaient avoir songé à ce sexe anatomique. Notons que dans la deuxième moitié du XIX^e s.² certains auteurs avaient pu affirmer qu'il constituait le critérium permettant d'opérer la distinction entre les hommes et les femmes. Le recours à ce sexe anatomique est fréquent dans les litiges car, après le sexe phénotypique, il est le plus simple et le moins coûteux à établir³. La méthode n'est cependant pas infaillible et trouve ses limites lorsque ces organes génitaux internes présentent des ambiguïtés (sexe non identifiable ou présence d'organes génitaux internes relevant des deux sexes). D'où la nécessité de pratiquer d'autres examens.

20. Sexe génétique – En cas de doute, les médecins pourront également recourir au sexe chromosomique, établi grâce au caryotype d'un individu. Sera considéré ici comme *homme*, la personne ayant les chromosomes X et Y et *femme* celle dotée de deux chromosomes X. Néanmoins ce sexe chromosomique est trop grossier, d'où la nécessité parfois de recourir au sexe génétique afin de déterminer si sont présents l'ensemble des gènes intervenant dans le processus de différenciation sexuelle⁴. D'où l'intérêt de se livrer à une étude approfondie du génome de l'individu afin de déterminer son sexe génétique. Cette méthode est apparue au milieu du XX^e s, à la suite de la découverte de l'ADN. Elle est aujourd'hui utilisée dans les expertises judiciaires⁵. Cette méthode présente néanmoins des limites, en particulier en présence de mosaïques génétiques⁶.

21. Sexe hormonal – Enfin, les médecins peuvent essayer d'établir le sexe hormonal. Pour déterminer celui-ci ils procèdent de deux façons. D'une part les médecins dosent le taux hormonal sanguin. D'autre part, ils injectent à l'enfant des hormones tantôt mâles (testostérone), tantôt femelles (œstrogène) puis étudient les réactions de son organisme. Si cet organisme comprend un taux important d'hormones mâles et/ou réagit aux hormones mâles injectées, alors ils déduisent que l'enfant devrait plutôt être de sexe masculin. Inversement, on lui attribuera le sexe féminin si les résultats penchent vers ce sexe. Le sexe hormonal, qui est le plus récent, est également pris en compte par les tribunaux⁷.

¹ Le chevalier de JAUCOURT, dans l'article *Hermaphrodite* de l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, mentionne de tels examens internes.

² Le professeur JALABERT (rev. crt. 1872-1873 p. 131) déclarait-il en 1872 que « le critérium pour distinguer les deux sexes consiste dans l'existence de l'organe destiné à renfermer les éléments de reproduction ».

³ Pour une illustration cf. Paris, 8 déc. 1967, JCP G 1968, II, 15518 bis.

⁴ Par exemple il peut arriver que le gène SRY, situé sur le chromosome Y et qui constitue l'un des principes gènes de masculinisation, ne se trouve pas sur le chromosome Y ou bien qu'il dysfonctionne. Seul un test génétique et non chromosomique permettra de le révéler.

⁵ Paris, 18 janv. 1974 : GP 1974, 1, 158 qui mentionne des « examens chromosomiques ».

⁶ On vise par là les cas où l'individu présente des différences chromosomiques selon les cellules.

⁷ Versailles, 22 juin 2000, JCP G, II, 10595, obs. P. GUEZ, où les juges opte pour le sexe féminin en considération notamment de l'insensibilité de l'enfant aux hormones mâles.

22. Cumul des critères – La lecture des jugements, ainsi que la pratique médicale révèlent que la détermination du sexe procède de la prise en compte de ces différents éléments (sexe phénotypique, anatomique, génétique, hormonal) sans qu'aucun ne soit déterminant. Ainsi, l'arrêt précité de la Cour d'appel de Versailles se réfère-t-il tant au sexe génétique (il tient compte du caryotype et des antécédents familiaux) qu'au sexe phénotypique et hormonal. De même, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 18 janvier 1974¹, se fonde tant sur le sexe génétique que morphologique. Notons cependant que la situation des transsexuels a conduit provisoirement la jurisprudence à faire prévaloir le sexe génétique sur le sexe morphologique. Ainsi un arrêt rendu le 18 décembre 1990², refusait-il par exemple d'attribuer à un individu le sexe féminin au motif que, certes il avait acquis, grâce à différentes opérations chirurgicales, un phénotype féminin, mais qu'il n'en conservait pas moins un sexe génétique masculin. Cet état du droit a été abandonné depuis que la jurisprudence a admis le changement de sexe des transsexuels, en prenant en compte, outre les sexes morphologique et génétique, le sexe psychosocial.

2. Le sexe psychosocial

23. Prise en compte tardive – La situation des transsexuels a conduit la jurisprudence à modifier la conception qu'elle avait du sexe. Dans un premier temps, la jurisprudence a compris le sexe comme reposant uniquement sur les caractéristiques biologiques de l'individu à sa naissance³. La jurisprudence refusait en effet de prendre en compte les changements biologiques résultant d'une volonté de l'homme (telles les opérations chirurgicales visant à modifier l'apparence sexuelle). Puis, par un arrêt d'assemblée plénière du 11 déc. 1992⁴, la Cour de Cassation a admis le changement de sexe en acceptant de tenir compte du sexe psycho-social de l'individu. Outre la modification du sexe morphologique, le changement du sexe à l'état civil est subordonné à deux conditions. D'une part, il est nécessaire que l'individu ait un sexe psychologique contraire à son sexe génétique, *ie* un syndrome transsexuel. D'autre part, il convient qu'il se comporte socialement comme une personne du sexe opposé à son sexe génétique.

¹ Paris, 18 janv. 1974, GP 1974, 1, 158.

² Cass. 1^{re}. Civ. 18 déc. 1990, pourvoi n°88-10865.

³ Cass. Civ. 1^{re}. 16 déc. 1975 (2 arrêts) : Bull. civ. I, n° 374, p. 312 et n° 376, p. 313 – D 1976, p. 397, obs. R. LINDON – JCP G 1976, II, 18503, obs. PENNEAU.

⁴ Cass. AP, 11 déc. 1992, 2 arrêts : JCP G 1993, II, 21991, concl. JEOL et obs. G. MEMETEAU – RTD civ. 1993, p. 92, obs. J. HAUSER.

24. Application aux intersexuels – S’agissant des intersexuels, la jurisprudence prend également en compte le sexe psychosocial¹. Dès lors, il apparaît qu’effectivement le sexe visé par l’article 57 du Code civil comporte tant une dimension biologique que sociale². L’ultime question est alors de savoir comment s’apprécient tous ces critères lorsqu’ils pointent vers des résultats contradictoires. La question relève d’une grande casuistique et les juges ne paraissent pas s’être essayés à cette tâche. Même les juges anglais restent silencieux sur ce point³. Il nous semble cependant qu’un rôle prépondérant devrait être conféré aux critères psychosociaux⁴, afin de respecter au mieux l’exigence européenne du droit au développement personnel⁵.

Convenons cependant que hors les cas de transsexualisme et d’intersexualisme on s’attachera seulement au sexe phénotypique. Mais, précisément qui est ce « on » ? Qui décide du sexe et selon quelles modalités ? On quitte alors la question de la catégorisation pour examiner celle, fort délicate, de la qualification.

II. La qualification initiale du sexe

25. Influence de la volonté individuelle sur la qualification du sexe⁶ – Pour la plupart des enfants, le sexe sera aisément déterminable à la naissance et de celui-ci on déduira le genre, féminin ou masculin, du prénom qu’il portera. Si le genre de ce prénom est en contradiction avec le sexe inscrit à l’état civil, les parents pourront voir leur choix contrarié par une décision de justice⁷. De même, le choix des parents de faire déclarer leur enfant d’un sexe opposé à celui indiqué sur le certificat d’accouchement, conduira sans doute l’officier d’état civil à saisir le procureur de la République, afin que celui-ci obtienne la suppression de cette mention contraire à l’intérêt de l’enfant⁸. Nous voyons donc, au travers de ces deux

¹ Ainsi peut-on lire dans l’arrêt précité de la Cour d’appel de Versailles, : « il ressort du rapport d’expertise que, depuis lors, les parents ont accepté de donner à l’enfant un "sexe d’élevage" féminin ; que depuis plusieurs années l’enfant est considéré par sa famille et toutes les personnes qui l’entourent comme étant de sexe féminin ; que toute son évolution sociale, psychologique et affective est assurée dans le contexte de sa féminité ».

² Telle est également la position retenue en droit anglais où, dans l’affaire *W v. W* précitée (*supra* n° 17 note 8), le juge Charles J énonça que six critères devaient être pris en compte pour déterminer le sexe d’un hermaphrodite : les éléments chromosomiques, gonadiques, génitaux, psychologiques, hormonaux et phénotypiques.

³ Le jugement *W v. W* précité est silencieux sur ce point ainsi que le soulignait P.-L. CHAU et J. HERRING, *op. cit.*, p. 344

⁴ V. en ce sens P.-L. CHAU et J. HERRING, *ibid.*

⁵ Cf. CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 61 et *infra* n° 117.

⁶ Nous reprenons ici l’intitulé de la thèse du Professeur TERRE *L’influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Bibliothèque de droit, Paris, L.G.D.J., 1957.

⁷ L’art. 57 al. 3 du code civil permet à l’officier d’état civil, lorsqu’un des prénoms lui paraît contraire à l’intérêt de l’enfant, d’en avertir le procureur de la République, afin que celui-ci saisisse le juge aux fins d’attribuer un autre prénom conforme cet intérêt.

⁸ Il nous semble qu’on peut transposer par analogie la règle que pose l’art. 57 al. 3 à propos du prénom.

exemples extrêmes, que la volonté des parents quant au choix du sexe de leur enfant n'a aucune place.

26. **Plan** – En revanche, en présence d'un intersexuel, un choix sera nécessaire car nous avons vu que le Code civil imposait que l'individu ait un sexe et que ce dernier soit masculin ou féminin. Ce choix des parents portera donc d'abord sur le sexe juridique, entendu comme celui inscrit à l'état civil (A). Mais cette décision pourra également être suivie par le choix pour l'intersexuel d'un sexe biologique que l'enfant acquerra suite à des actes médicaux¹ de conformation sexuelle (B). Dans les deux cas, ces décisions participeront de la qualification *initiale* du sexe. Par l'emploi de cet adjectif, nous voulons signifier que cette qualification pourra être ultérieurement modifiée².

A. La détermination du sexe juridique

27. La question du choix du sexe de l'enfant à l'état civil est délicate dans la mesure où les rédacteurs du Code civil n'avaient pas en tête l'hypothèse des intersexuels lorsqu'ils rédigèrent ces articles. Ils ne songeaient assurément qu'à l'hypothèse la plus simple où le sexe de l'enfant est aisément déterminable et où il suffit de reporter sur les registres d'état civil l'œuvre de la nature sans que la volonté de l'homme n'intervienne³. Mais dans le cas de l'intersexuel il faudra trancher, attribuer un sexe⁴, car le droit exige une dualité des sexes, là où la nature est d'une plus grande complexité. Cette question de la qualification du sexe de l'enfant pose deux principales difficultés. La première concerne l'auteur de ce choix (1) ; la seconde le délai dans lequel une décision doit intervenir (2).

1. L'auteur de la qualification

Après avoir déterminé l'auteur de la qualification du sexe de l'enfant et donc de son prénom (a), nous nous interrogerons sur la nature précise du droit permettant de décider du sexe de l'enfant (b).

¹ Par convention de langage, l'adjectif « médical », lorsqu'il sera adjoint au nom commun « acte », sera entendu au sens large comme l'acte pratiqué par un médecin ; il faudra bien distinguer ce sens de celui que lui donne le code civil dans l'expression « nécessité médicale » (cf. *infra* n°47).

² Cf. *infra* n° 74 et s.

³ Les travaux préparatoires sous l'art. 57 du code civil révèlent que les rédacteurs se sont intéressés à la pertinence de mentionner l'heure dans l'acte de naissance sans s'attarder sur la mention du sexe. Cf. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires*, Tome VIII, p. 23.

⁴ On retrouve là le sens étymologique de *sexus*..

a. La recherche de l'auteur de la qualification

28. Choix du prénom – La question de l'auteur de la qualification est en partie résolue par le Code s'agissant du prénom de l'enfant intersexuel. En effet l'article 57 alinéa 2 indique que les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère. Restera simplement à déterminer en quelle qualité ils agissent ainsi¹.

29. Choix du sexe juridique. Rejet du déclarant – À la différence du prénom, rien n'est clairement dit quant à l'auteur du choix du sexe de l'enfant à l'état civil. Pour résoudre cette question on pourrait songer tout d'abord à recourir à l'article 56 du Code civil, lequel indique les personnes chargées de déclarer l'enfant à l'état civil. Ne pourrait-on pas dire que ce texte donne pouvoir à toutes les personnes qu'il énumère de choisir le sexe de l'enfant ? Il nous semble que non et ce pour deux séries de raisons. La première tient au fait que les rédacteurs du Code civil n'ont voulu confier aucun rôle actif au déclarant. Les travaux préparatoires du Code civil révèlent que le déclarant n'a que pour fonction d'attester la naissance et l'origine de l'enfant². La lettre de l'article 57 du Code civil, à propos du choix des prénoms, va aussi dans ce sens³.

La deuxième raison, est que permettre au déclarant de choisir le sexe de l'enfant aboutirait à une inégalité entre le père et la mère. En effet, le pouvoir⁴ de déclarer l'enfant revient d'abord au père et ce n'est qu'à défaut de déclaration de ce dernier que les autres personnes ayant assisté à l'accouchement, et notamment la mère, pourront déclarer l'enfant⁵. Par conséquent, interpréter l'article 56, comme conférant au déclarant le droit de choisir le sexe du mineur, conduirait à accorder une préférence au père dans le choix du sexe.

Si le choix du sexe n'appartient pas au déclarant, à qui échoit-il ? Les médecins peuvent être écartés car il nous semble qu'aucun texte juridique ne permettrait de fonder un tel pouvoir. Pourtant il ne faut pas leur nier tout rôle car, en leur qualité d'experts, leur avis sera pris en grande considération tant par les parents que par les juges. *A priori* demeurent donc trois solutions : le juge, l'officier d'état civil ou les parents.

¹ Cf. *infra* n° 32.

² A. FENET, *ibid*, p. 6.

³ Ce texte indique dans son alinéa 2 que « les prénoms sont choisis par les père et mère » ; tandis que l'on comprend de l'article 57 alinéa 1 (« l'acte de naissance énoncera [...] les prénoms »), lu en contemplation de l'article 56 précité (« la naissance de l'enfant sera déclarée par [...] »), que le déclarant ne fait que rapporter à l'officier d'état civil les prénoms choisis par les parents et non qu'il les choisit lui-même.

⁴ C'est un pouvoir, mais aussi une obligation dont l'irrespect est sanctionné pénalement par l'art. R645-1 du code pénal. Précisons toutefois que le champ d'application de ce texte est plus étroit que celui de l'art. 55 du code civil ; cf. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7^e éd. n°489.

⁵ T. civ. Toulouse, 22 déc. 1915 : DP 1917, 2, 15.

30. Rejet du juge – Confier au juge le pouvoir de déterminer le sexe de l'enfant ne paraît pas être la bonne solution. *En opportunité*, cela imposerait d'avoir recours systématiquement au juge ce qui pourrait être coûteux, long et peu pratique¹ pour les parties. *En droit*, la jurisprudence, d'une part, témoigne de la réticence du juge à exercer un tel pouvoir. C'est ainsi que dans une espèce assez exceptionnelle², relative à un amnésique, des juges ont eu à reconstituer l'état civil d'une personne qui avait oublié le sien. Or le jugement révèle que, s'agissant des prénoms, ont été attribués à l'amnésique ceux qu'il s'était choisis. D'autre part, le Code civil lui-même est réticent à confier au juge un tel pouvoir. Ainsi, lorsqu'en vertu de l'article 57 alinéa 4 le juge aux affaires familiales est saisi par le procureur de la République d'une demande en suppression d'un prénom ridicule, à laquelle est jointe une demande en détermination d'un nouveau prénom, ledit juge ne peut choisir lui-même le nouveau prénom que lorsque les parents n'ont pas pu faire un nouveau choix conforme à l'intérêt de l'enfant ou, lorsque ce choix méconnaît le droit des tiers à voir protéger leur nom de famille. Par où l'on voit que le Code civil laisse une grande place à la liberté individuelle, laquelle paraît incompatible avec une détermination du sexe opérée systématiquement par l'autorité judiciaire³.

31. Un choix des parents – Le juge ayant été écarté, il reste à choisir entre l'officier d'état civil et les parents. L'IGEC indique à deux reprises, au §288, que l'officier d'état civil doit seulement conseiller les parents⁴. S'il conseille c'est bien que la décision ne lui appartient pas. Cela ressort également de l'esprit du Code civil qui, pour une matière aussi sensible que l'état civil, enlève tout pouvoir aux tiers, à l'exception des magistrats et des parents. Par exemple, dans la seule hypothèse de conflit de filiation encore admise par notre droit positif, l'officier d'état civil se voit priver de tout pouvoir d'initiative. Son rôle est cantonné à signaler ce conflit à un magistrat, le procureur de la République, afin que ce dernier élève le conflit⁵. De même, en matière de prénoms l'officier d'état civil n'a-t-il qu'un rôle très limité. D'une part, il ne peut choisir les prénoms de l'enfant qu'en l'absence de lien de

¹ Les tribunaux de grande instance où siège le juge aux affaires familiales (art. 213-3 du COJ) sont bien plus éloignés du justiciable que la mairie où se tient sur le service de l'état civil, surtout depuis la réforme de la carte judiciaire...

² TGI Lille 28 sept. 1995, RTD civ. 1997, p. 95.

³ En revanche rien ne s'oppose à ce que le juge intervienne occasionnellement, comme par exemple en cas de conflit entre les titulaires de l'autorité parentale (art. 373-2-6 al. 1^{er}).

⁴ §288 al. 1^{er} « Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain [...] il y a lieu de *conseiller aux parents* de se renseigner auprès de leur médecin [...] ». Al. 3 : « Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être *conseillé aux parents* [...] ».

⁵ Art. 336-1 C. civ. pour le cas d'un enfant qui d'une part est né en mariage et dont le nom du père est mentionné sur l'acte de naissance et qui d'autre part a fait l'objet d'une reconnaissance prénatale par un tiers.

filiation et lorsque les parents n'ont pas fait part de leur volonté¹. D'autre part, en cas de prénom ridicule choisi par les parents, l'officier d'état civil ne pourra pas remettre en question ce choix. Il devra en aviser le procureur de la République lequel pourra éventuellement saisir le juge aux affaires familiales (art. 57 al. 3).

Au terme de ce raisonnement, il convient de conclure que l'officier d'état civil ne pourra pas choisir lui-même le sexe de l'enfant. Le juge et le médecin ayant été eux aussi écartés, ce choix paraît ne devoir appartenir qu'aux parents. Ce sont donc les mêmes personnes qui devront déterminer le prénom² et le sexe de l'enfant. Néanmoins la place laissée à la volonté des parents sera mince. Ceux-ci devront tenir compte des observations médicales et ne pourront par exemple pas attribuer le sexe féminin à un enfant pour lequel les avis médicaux concordent vers un sexe masculin³. Le pouvoir des parents n'existera donc que lorsque les médecins ne parviennent pas à donner un avis tranché⁴.

On pourrait alors se poser la question de savoir quelle est la nature du droit permettant aux parents de choisir le sexe de leur enfant mineur intersexuel

b. La nature du droit permettant de décider du sexe de l'enfant

32. Les solutions possibles – Il semble que la question du choix d'un sexe par les parents puisse faire l'objet d'une double analyse. En premier lieu il est possible de considérer qu'on est en présence d'un droit de la personnalité de l'enfant exercé par le biais de ses représentants légaux. Soit, on peut comprendre le choix du sexe comme un droit de la personnalité des parents. À notre sens, la seconde interprétation doit être écartée pour deux raisons. D'une part, le sexe de l'enfant lui est par trop personnel pour que sa détermination constitue un droit dont un autre que lui serait titulaire. D'autre part, cette interprétation ne permettrait pas juridiquement à l'enfant d'exprimer son avis. Au contraire, si la décision est prise dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, le mineur intersexuel devra être « associé » à la décision de ses parents (art. 371-1 al. 3 du Code civil). Pour ces deux

¹ Art. 57 al. 2 C. civ. envisageant l'hypothèse d'un « accouchement sous X » où la mère n'aurait pas indiqué les prénoms qu'elle souhaiterait voir donné à son enfant.

² Cf. *supra* n° 28

³ Si les parents refusaient de prendre en compte les avis médicaux, l'officier d'état civil pourrait saisir le juge pour que ce dernier attribue à l'enfant le sexe adéquat ; cf. *supra* n° 25 note 7. Mais encore faudra-il que les médecins en informent l'officier d'état civil ou le procureur de la République. Cela paraît envisageable car en pratique les médecins sont coutumiers des services d'état civil — dont certains sont parfois même présents dans les hôpitaux — notamment lorsqu'il s'agit de n'inscrire provisoirement aucun sexe sur l'acte de naissance (cf. *supra* n°11).

⁴ Mais qui contrôlera les parents ?

raisons, nous pensons que le choix du sexe est un droit de la personnalité du mineur exercé par ses représentants légaux.

33. Deux conséquences découlent de cette analyse. Tout d'abord, seuls pourront décider du sexe de l'enfant les titulaires de l'autorité parentale et non les père et mère¹. Cette conséquence est pleinement justifiée si l'on considère que choisir le sexe de l'enfant imposera ensuite d'élever l'enfant dans le sexe choisi. Or seul le titulaire de l'autorité parentale peut légalement élever l'enfant, de sorte qu'il est opportun de lui confier le choix du sexe.

Deuxièmement, s'agissant de la répartition des pouvoirs de décision entre les parents, le Code civil indique que lorsque les parents exercent ensemble l'autorité parentale, leur accord commun est nécessaire pour tous les actes concernant l'enfant². Néanmoins, l'article 372-2 du Code civil prévoit que les parents sont présumés, à l'égard des tiers de bonne foi, agir avec l'accord de l'autre quand ils font des actes usuels. Or l'acte juridique par lequel est déterminé le sexe de l'enfant à l'état civil est un acte exceptionnel qui aura des conséquences importantes pour l'avenir de l'enfant. Dès lors un tel acte ne nous semble pas pouvoir être qualifié d'usuel et sa validité sera subordonnée à l'accord des deux parents³.

En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale⁴, le choix du sexe appartiendra au parent titulaire de celle-ci. Il devra toutefois, par application de l'article 373-2-1 du Code civil, en informer l'autre parent car le choix du sexe constitue incontestablement une décision importante dans la vie de l'enfant, au sens dudit article. Une telle information devra être délivrée particulièrement rapidement au regard du très bref délai dans lequel ce sexe doit être déterminé.

2. Le moment de la qualification

34. Délai et appréciation – L'article 55 du Code civil énonce dans son alinéa 1^{er} que « les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil »⁵. Ce bref délai est jugé inadapté par nombre des parents d'intersexuels¹ pour

¹ On rappelle en effet que les qualités de père et mère sont distinctes de celles de titulaire de l'autorité parentale. Ainsi l'autorité parentale peut-être retirée lorsque le parent est hors d'état de manifester de volonté (art. 373 du code civil), ou à titre de sanctions du comportement du parent (art. 378 et s.). En outre elle peut être refusée *ab initio* dans certains cas (art. 372 al. 2).

² Art. 372 al. 1^{er} et 372-2 *a contrario* C. civ.

³ Si survenait un désaccord entre ceux-ci, il appartiendrait à l'un d'entre eux de saisir le juge aux affaires familiales conformément à l'article 373-2-6 C. civ.

⁴ Sur les hypothèses d'exercice unilatéral, cf. F. TERRE et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°1026 et s.

⁵ Encore convient-il de préciser ce délai selon les règles de computations prévues à l'article 1 du décret n°60-1265 du 25 novembre 1960 relatif au mode de calcul du délai prévu à l'article 55 du code civil. Ces règles ne font

lesquels la déclaration de naissance apparaît comme la première manifestation de l'inadaptation de la société à la situation de leur enfant. Certes, dans la plupart des hypothèses², ce délai est suffisant aux médecins pour déterminer le « sexe d'élevage » car il suffit de trois jours pour réaliser un caryotype standard permettant de déterminer le sexe chromosomique³. Il n'en demeure pas moins que cela oblige à agir dans l'urgence, ce qui ne permet guère de rassurer les parents à un moment où ils devront prendre une décision libre et éclairée quant au prénom et au sexe de leur enfant.

35. Conséquence d'une déclaration hors délai. *État civil* – Si la déclaration n'a pas lieu dans le délai prévu, l'article 55 alinéa 2 exige de saisir le tribunal d'une action d'état aux fins de doter l'enfant d'un état civil. Ce n'est qu'une fois ce jugement d'état obtenu, que pourra intervenir la déclaration de naissance, auprès de l'officier d'état civil⁴. On conçoit néanmoins la lourdeur de cette procédure judiciaire pour les parents. Qui plus est, il peut s'écouler de nombreuses semaines avant que les parents ne disposent des résultats des analyses leur permettant de choisir le sexe de leur enfant⁵. Or pendant toute cette période, si l'enfant n'est pas déclaré, il n'existera pas juridiquement, de sorte que là encore se poseront aux parents de nombreux problèmes pratiques (sortie du territoire, accès aux soins, etc). On ne peut donc que conseiller aux parents de faire cette déclaration de naissance dans les trois jours. Quant à la mention du sexe, on peut espérer que l'officier d'état civil, appliquant l'IGEC⁶, permette aux parents soit d'inscrire la mention d'un sexe indéterminé, ou d'un sexe provisoire rectifié ultérieurement, soit de ne rien indiquer.

36. Sanction pénale – Si les parents se refusent à effectuer une telle déclaration, leur responsabilité pénale pourra être engagée. En effet, l'article R.645-4 sanctionne d'une contravention de 5^e classe toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, ne fait pas la déclaration de naissance prévue à l'article 55 du Code civil. Néanmoins il semble qu'ils

que reprendre celles du code de procédure civile⁵. L'al. 1^{er} prévoit ainsi que le délai commence à courir le lendemain du jour où la naissance a eu lieu. L'al. 2 prévoit un report du *dies ad quem* au premier jour ouvrable suivant lorsque le délai expire un samedi, dimanche ou un jour férié ou chômé.

¹ A.-M. Rajon, *op. cit.*, p. 71.

² C'est le cas de l'hyperplasie congénitale des surrénales qui représente 60% à 70% des états d'intersexuels si on exclue de l'intersexualisme les simples hypospadias (J. TURGEON, A.-C. BERNARD-BONNIN, P. GERVAIS, P. OVETCHKINE et M. GAUTHIER, *op. cit.* p. 137).

³ S. CABROL ET G. AUDRY *Attitude pratique devant un nouveau-né présentant une ambiguïté sexuelle à la naissance*, La Revue du praticien, 2000, n° 45, p. 26 – B. CHEVALLIER, J.-B. ARMENGAUD, E. MAHE, *op. cit.*, p. 266 – J. TURGEON, A.-C. BERNARD-BONNIN, P. GERVAIS, P. OVETCHKINE et M. GAUTHIER, *op. cit.*, p. 138.

⁴ On pourrait néanmoins tenter d'invoquer la force majeure afin de contourner le délai et ainsi d'éviter la procédure judiciaire. Il est néanmoins peu probable que l'officier d'état civil, respectueux zélé de l'IGEC admette un tel report.

⁵ CHEVALLIER, ARMENGAUD, MAHE, *ibid* évoque une durée de 6 semaines ; A.-M. RAJON, *op. cit.*, p. 75 : « Les investigations cliniques, biologiques et histologiques sont longues et plusieurs semaines à plusieurs mois sont nécessaires avant que l'on ne puisse se prononcer sur une orientation définitive ».

⁶ §288 précité.

pourront bénéficier dans une certaine mesure du fait justificatif général de contrainte prévu par l'article 122-2 du Code pénal. La contrainte se rapproche de la force majeure et suppose la réunion de trois conditions (irrésistibilité, imprévisibilité ou absence de faute, extériorité). En l'espèce l'impossibilité de détermination du sexe dans les trois jours est bien irrésistible ; elle est bien souvent imprévisible pour les parents dans la mesure où l'intersexualisme n'est que rarement diagnostiqué avant la naissance et, en tout état de cause, l'intersexualisme ne procède d'aucune faute des parents ; enfin l'intersexualisme concernant leur enfant, il est bien extérieur aux parents. La contrainte devrait donc exonérer les parents de toute responsabilité.

37. Bilan – Nous avons montré, dans les lignes précédentes, que la détermination initiale du sexe juridique appartenait aux parents de l'intersexuel, lesquels devaient décider dans les trois jours de la naissance. Il importe de souligner que l'enfant n'a aucun rôle dans cette décision, de sorte qu'il paraît bien délicat de parler ici de droit de l'intersexuel de choisir son sexe¹. Nous allons voir à présent que la détermination du sexe corporel échappe également très largement à l'enfant, même si, en raison de l'absence de délai, il pourrait être possible de prendre en compte la volonté de l'enfant une fois celui-ci doté de discernement.

B. La détermination du sexe biologique

38. Présentation du problème – La question de la détermination du sexe biologique du mineur intersexuel est sans doute celle qui soulève les difficultés les plus ardues. En effet sa réponse dépend de paramètres médicaux et psychologiques complexes, évolutifs et difficilement compréhensibles pour le juriste. Qui plus est, c'est sur elle que se cristallisent les passions, ce qui n'aide guère à la compréhension de la réalité². Or les enjeux sont ici considérables pour l'intersexuel. À la différence du sexe juridique, la détermination du sexe biologique est le plus souvent irréversible. Il nous faut donc avancer avec force prudence et humilité sur ce terrain glissant où se manifeste très nettement un conflit entre d'une part l'intérêt de l'enfant et d'autre part la pression sociale s'exerçant sur les parents.

La question qui se pose et qui suscite polémique est la suivante : faut-il permettre aux médecins d'orienter le sexe de l'intersexuel dès sa naissance et sans recueillir son avis ? Ou convient-il de laisser à l'intersexuel cette décision ? Répondre à cette question suppose de

¹ Sur l'existence d'un tel droit cf. CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, §75 et *infra* n°117.

² C'est cette question qui constitue le cœur des revendications des associations d'intersexuels, lesquelles militent pour mettre fin à ce qu'elles appellent une « mutilation » du sexe des enfants intersexuels. Cf. le site du Réseau des Intersexué-e-s Francophones d'Europe (<http://www.webglaz.ch/rife/>) où la première phrase est « Le crime inavoué de la société patriarcale : les enfants au sexe mutilé ».

déterminer qui décide de la nécessité des actes médicaux de conformation sexuelle (1), puis d'examiner les règles les encadrant (2).

1. Le consentement à l'opération

Après avoir déterminé l'auteur de ce consentement (a), nous donnerons de brèves indications sur la qualité de ce consentement (b).

a. L'auteur du consentement

- 39. Une décision parentale** – L'article L1111-4 alinéa 3 du Code de la santé publique dispose : « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ». Cependant d'autres dispositions¹ indiquent que, dans le cas d'un mineur, la décision est prise par ses parents. Reste à savoir s'il est nécessaire que les deux parents soient d'accord et l'on retrouve alors la question, soulevée plus haut, de la qualification d'acte usuel². S'agissant d'atteintes graves à l'intégrité physique de l'enfant et dont la nécessité médicale est douteuse, la jurisprudence considère que tels actes ne relèvent pas de la catégorie des actes usuels³. Or les actes médicaux pratiqués sur les intersexuels portent effectivement atteinte à l'intégrité physique et leur caractère médical est incertain⁴. Il convient donc d'écarter la qualification d'acte usuel et d'exiger l'accord des deux parents⁵.
- 40. La place donnée au consentement du mineur** – Les parents ne sont cependant pas les seuls maîtres à bord ; certaines règles permettent de tenir compte du consentement de l'enfant. Celles-ci ont un contenu différent selon que l'initiative de la demande de soins provienne des parents ou du mineur.
- 41. Initiative des parents** – Lorsque ce sont les parents qui demandent à soigner leur enfant, ils sont libres de leur décision, sauf à associer le mineur à cette décision (art. 371-1 al. 2 et L1111-4 al. 6). Le degré de cette exigence varie selon le degré de discernement du

¹ Art. 371-1 C. civ (« L'autorité parentale [...] appartient aux pères et mère pour le protéger [l'enfant] dans sa [...] santé »), L1111-4 al. 6 CSP (« Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision ») et L1115 alinéa 1^{er} CSP (« Par dérogation à l'article 371-2 C. civ., le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre »).¹ Art. 371-1 C. civ.

² Cf. *supra* n°33.

³ Cf. à propos de circoncisions rituelles Lyon, 25 juill. 2007 : Juris-Data n° 2007-346158 – JCP 2008, IV, 1028 ; Paris, 29 sept. 2000, D. 2001, p. 1585, obs. C. DUVERT.

⁴ Cf. *infra* n° 51 et s..

⁵ En cas de désaccord des parents cf. *supra* n° 33, note 2.

mineur. Lorsque celui-ci est privé de tout discernement, seuls les parents décident de sa santé. Cela sera donc à eux de décider de la réalisation d'acte de conformation sexuelle sur leur enfant dépourvu de discernement.

En revanche, pour le mineur doué de discernement, cette exigence d'association interviendra. Le verbe « associer », utilisé par le législateur, signifie seulement que le consentement du mineur doit être recueilli avant la prise de décision ; cela ne contraint pas les parents à se soumettre à ce consentement¹. Cette exigence d'association étant un principe, elle ne peut être écartée que par une disposition législative contraire². Or, s'agissant des actes médicaux de conformation sexuelle, aucune disposition législative contraire n'écarte ce principe. Il faut donc en déduire que les parents décident du sexe de leur enfant en associant celui-ci. Néanmoins cette association ayant une faible portée, l'intersexuel pourra, en droit, se voir imposer un sexe dont il ne veut pas.

42. Initiative du mineur – Lorsque l'initiative des soins provient du mineur³, l'article L1111-5 du Code de la santé publique lui permet de ne pas recueillir le consentement des titulaires de l'autorité parentale afin de préserver le secret sur sa situation de santé. Dans cette situation le médecin doit néanmoins tenter de convaincre le mineur de recueillir le consentement de ses parents. Si ce dernier maintient son refus, il devra à tout le moins se faire accompagner d'une personne majeure de son choix. Par où l'on voit que le mineur (en pratique proche de la majorité), qui prendrait l'initiative des actes de conformation sexuelle, pourrait librement décider de ceux-ci.

Bilan – En bref, nous voyons donc que la protection du droit de l'intersexuel de choisir son sexe biologique est assurée de façon progressive. Plus l'enfant gagne en maturité, plus son consentement sera pris en considération. À la différence du sexe juridique, cette solution préserve donc mieux le droit de l'intersexuel de choisir son sexe biologique. Quel que soit l'auteur de cette décision, son consentement devra revêtir certaines qualités, qu'il convient à présent d'exposer.

b. La qualité du consentement

43. L'obligation d'information – Afin de s'assurer que le consentement du patient soit libre et éclairé, le Code de la santé publique pose, d'une façon générale, une obligation

¹ En ce sens F. TERRE et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°996.

² Il arrive ainsi que la loi accorde au mineur un droit d'opposition à la décision des titulaires de l'autorité parentale ; cf. art. L1122-2, I., al. 2 CSP à propos de la recherche médicale.

³ En pratique, cela concernera le cas d'un mineur proche de la majorité.

d'information à la charge du médecin¹. Celle-ci sera un instrument efficace pour assurer un consentement libre et éclairé. Les *destinataires* de l'information seront, s'agissant d'un mineur, les titulaires de l'autorité parentale (art. L1111-2 alinéa 5 CSP). Néanmoins, ce même texte prévoit que les mineurs seront également informés d'une manière adaptée à leur degré de maturité ; on retrouve là l'idée d'association. Quant à son *contenu*, le médecin devra notamment informer les parents et le mineur des risques et conséquences de l'opération (art. L1111-2 al. 1^{er} CSP). En particulier, pour le cas des intersexuels, il devra indiquer les conséquences du traitement envisagé quant à la stérilité de l'enfant ou à sa possibilité d'avoir des relations sexuelles, car il s'agira là assurément d'un élément essentiel quant au choix du sexe vers lequel les traitements s'orienteront.

- 44. Insuffisance de cette information** – Pour que le consentement de la personne qui décide des soins soit libre et éclairé, il ne suffit pas de poser à la charge du médecin une obligation d'information. Il convient aussi de s'assurer que la personne qui décide des soins soit véritablement libre. Or, comme nous le verrons plus tard², il est improbable que les parents qui prennent une décision sur le sexe biologique de leur enfant, soient véritablement libre en raison de la pression sociale qu'ils subissent.

2. L'encadrement des actes médicaux de conformation sexuelle

- 45. Plan** – Un certain nombre de dispositions de notre droit seraient susceptibles d'entraver les opérations sur les intersexuels. Tel est le cas des textes relatifs à la stérilisation contraceptive ou de ceux relatifs à la conservation des gamètes et tissus germinaux. Si les premiers ne nous paraissent pas avoir d'incidence sur les actes médicaux de conformation sexuelle³, les seconds devraient en revanche contraindre les médecins à agir avec prudence⁴. Cependant, là ne résident point les limites véritables aux pouvoirs des

¹ Art. L1111-2 CSP.

² Cf. *infra* n°137 et s..

³ L'art. L2123-1 CSP prévoit que « La ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure ». Or, en présence d'intersexuels mineurs présentant tant des trompes de Faloppes que des canaux déférents (un cas d'« hermaphrodisme vrai » diraient les médecins d'autrefois), les traitements hormonaux et opérations chirurgicales conduiraient à rendre stérile l'individu opéré. Néanmoins, le texte ne s'applique qu'aux opérations à visée contraceptive. Telle n'est pas le cas de l'intervention réalisée sur l'intersexuel, laquelle a pour but d'attribuer un sexe à l'enfant et non de lui offrir des moyens de contraception. Il ne nous semble donc pas qu'il y ait là une limite aux actes médicaux de conformation sexuelle.

⁴ Lorsque les opérations chirurgicales consistent à ôter à l'enfant certains de ces gamètes (testicules ou ovaires), l'intersexuel doit pouvoir bénéficier de la possibilité de conserver ses gamètes et tissus germinaux (art. 2141-11 CSP). Plus précisément, ce texte ouvre une telle possibilité aux personnes dont « la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ». Tel sera le cas des opérations visant à ôter à l'intersexuel les organes génitaux correspondant au sexe non choisi. On imagine ainsi le cas d'un intersexuel, à qui on aurait attribué le sexe féminin après lui avoir enlevé ses organes génitaux masculins. Or il pourrait se trouver que ce patient effectue

médecins et des parents. La principale question est en effet celle de la validité même de l'acte médical de conformation sexuelle, pratiqué sur un mineur privé de discernement. À supposer que cette illicéité soit retenue, elle aurait des conséquences tant en droit civil (a), qu'en droit pénal (b).

a. La licéité de ces actes médicaux et ses conséquences en droit civil

46. Plan – L'article 16-3 du Code civil dispose : « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne [...] ». Ce texte implique que les actes médicaux¹ de conformation sexuelle (principalement des opérations chirurgicales et des traitements hormonaux) ne sont valables qu'en cas de nécessité médicale. Or, à supposer que la nécessité médicale ne soit pas caractérisée, cela ne ferait-il pas douter de la licéité de ces opérations ? Pour répondre à cette interrogation il conviendra d'abord de présenter les contours de la nécessité médicale (i), puis de rechercher si les actes médicaux de conformation sexuelle répondent à cette exigence (ii). Enfin, nous verrons les conséquences de l'éventuelle illicéité de ces actes médicaux (iii).

i. Les contours de la nécessité médicale

47. Les sens. Acception large – L'adjectif *médical* désigne, dans le langage courant, ce qui se rapporte à la médecine, au médecin. Autrement dit, dans cette compréhension du mot, serait médicale toute activité pratiquée par un médecin. Ce serait donc le médecin lui-même qui, par son comportement, définirait ce qu'est nécessité médicale. La règle de droit renverrait alors ici aux seules pratiques des médecins en se refusant tout pouvoir d'appréciation.

ultérieurement de nouvelles opérations de conformation sexuelle, afin d'adopter le sexe opposé à celui qu'on lui avait attribué. La conservation de ses gamètes, lors de l'opération initiale, permettrait alors à cette personne de transmettre la vie, notamment *via* une assistance médicale à la procréation endogène.

Cependant cette conservation des gamètes et tissus germinaux n'est qu'une faculté. Le texte dit bien « toute personne [...] *peut* ». Il faudra donc une demande de l'individu en ce sens. Puisqu'en l'espèce cette personne est mineure, elle ne pourra effectuer cette demande. La décision appartiendra à ses parents. Or, en pratique, on imagine mal des parents donnant leur consentement à l'opération chirurgicale de leur enfant, tout en exigeant la conservation de ses gamètes. En effet, une telle demande de conservation supposerait qu'il y ait, dans l'esprit des parents, un doute quant au sexe qui conviendrait le mieux à leur enfant. Mais en vérité, si un tel doute existait, il nous semble que le bon sens devrait conduire ces mêmes parents à refuser toute opération jusqu'à ce que le doute ne soit levé ! Une telle faculté de conservation paraît donc ne devoir guère être appliquée. Toutefois, les témoignages que nous avons pu recueillir, révèlent la prudence des médecins qui, même dans ces hypothèses, procèdent à la conservation des gamètes. À supposer que les parents n'aient pas demandé une telle conservation, l'enfant pourrait engager la responsabilité de ses parents pour avoir pris une décision le concernant sans respecter son intérêt, alors que celui-ci constitue la finalité de l'autorité parentale d'après l'article 371-1 al. 1^{er}.

¹ Entendu comme les actes effectués par des médecins

48. **Acception stricte** – Cette acception du mot médical ne nous paraît pas devoir être retenue dans la mesure où elle n’est pas en accord avec la tendance actuelle de judiciarisation de la médecine¹. En outre, il ne paraît pas souhaitable que le droit se refuse à contrôler l’activité des médecins. La Cour de Cassation ne suivrait sans doute guère cette interprétation². Surtout, les travaux parlementaires de la loi du 27 juillet 1999 révèlent que ce changement terminologique a simplement eu pour but d’assouplir les conditions d’atteintes au corps humain par des médecins, sans pour autant priver le juge de tout contrôle. Plus précisément, il s’agissait pour les parlementaires de rendre possible les actes médicaux à but préventif ou de recherche³.
49. **Une subjectivisation croissante** – La loi du 27 juillet 1999 a également subjectivé la nécessité médicale puisque l’article 16-3 mentionne une « nécessité médicale pour la personne ». Cette modification entérine une évolution que notre droit avait déjà entamée depuis une trentaine d’année dans l’appréciation de la nécessité thérapeutique⁴. Il semble donc que la nécessité thérapeutique puisse être caractérisée non seulement objectivement (existence de soins nécessaires pour la santé de l’individu), mais aussi subjectivement (soins que l’individu estime nécessaires pour sa santé). En poussant cette subjectivisation à son paroxysme, ne serait-il pas possible d’inclure également dans cette nécessité médicale les actes à visée esthétique, alors même que ceux-ci étaient, avant 2002, perçus comme une exception à l’exigence de nécessité thérapeutique⁵ ? Il nous semble que tel est bien le cas⁶. Cette interprétation permettrait au demeurant de redonner une certaine cohérence au principe affirmé par l’article 16-3 du Code civil. Ce texte ne connaîtrait plus alors d’exceptions

¹ Sur cette judiciarisation, cf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine*, in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, 1999 p. 139.

² La Cour de Cassation n’a pas hésité à refuser la ligature des trompes de Fallope, à des fins strictement contraceptives et en dehors de toutes nécessités thérapeutiques, alors même que l’acte avait été réalisé par un médecin (Cass. avis, 6 juill. 1998 : JCP G 1998, IV, 3005 – Dr. Fam. 1998, comm. 162, obs. T. FOSSIER – RTD civ. 1998, p. 881, obs. J. HAUSER – Defr. 1999, p. 314, obs. J. MASSIP). Cf. Cass. 1^{re} civ. 11 oct. 1988, *Bull.* n° I, p. 188 affirmant « le médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n’est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient »

³ Cf. D. THOUVENIN, *Les avatars de l’article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil*, D 2000, p. 487 ; P. HENNION-JACQUET, *Le paradigme de la nécessité médicale*, RDSS 2007 p. 1038 ; F. AUTAIN et B. KOUCHNER, JO Sénat, séance du 3 juin 1999, p. 3670.

⁴ C’est ainsi que, depuis la loi du 17 janvier 1975, l’interruption volontaire de grossesse est autorisée en cas de « nécessité » (art. L2211-2 CSP) et parmi ces cas de nécessité figure la détresse de la femme enceinte dans les douze premières semaines de sa grossesse (art. L2212-1 CSP), détresse dont il a été jugé que la femme était seule juge (CE, Ass., 31 oct. 1980, *Lahache* : JCP G 1982, II, 19732, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ). De même, en cas de transsexualisme cette nécessité médicale sera caractérisée si l’individu a le sentiment fort d’appartenir à l’autre sexe ; la solution contraire aboutirait à une violation de son droit à la vie privée (CEDH, 12 juin 2003, *Von Kück c/ Allemagne* n° 3598/97, § 56 énonçant « l’évolution récente [...] fait de l’identité sexuelle l’un des aspects les plus intimes de la vie privée de l’individu. »).

⁵ L’article R6322-1 CSP énonce ainsi que l’opération de chirurgie esthétique n’a pas de visée thérapeutique.

⁶ On notera avec intérêt les interrogations du rapporteur à l’assemblée nationale sur la loi du 27 juill. 1999 : « Je me suis toujours demandé si certaines interventions de chirurgie esthétique ne se trouvaient pas mises en cause par cet article du code civil » (JO Sénat, séance du 3 juin 1999, p. 3670)

dissimulées dans le Code de la santé publique¹. Certes, le principe de l'article 16-3 perdrait alors en intensité. Néanmoins il n'abandonnerait pas toute prétention à limiter la pratique des médecins car la qualification d'acte à visée esthétique supposera qu'aient été respectées un certain nombre de conditions. On aurait alors un quatrième type d'acte médical. Il ne relèverait plus des actes thérapeutiques, même subjectivement entendus, car l'individu ici ne se sent pas malade ; il est simplement insatisfait de son apparence extérieure².

50. Les actes à visée esthétique – *Notion* – Les actes à visée esthétique ne font pas l'objet d'une définition générale. Néanmoins l'article R. 6322-1 du Code de la santé publique donne une définition des actes de chirurgie esthétique susceptible de valoir pour l'ensemble des actes à visée esthétique. À reprendre cette définition seront donc des actes à visée esthétique ceux « tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice. »

51. Régime – Le Code de la santé publique régit les activités à visée esthétique à deux endroits. D'une part, les articles L. 6322-1 et suivants encadrent de façon stricte la seule chirurgie esthétique³. D'autre part, les articles L. 1151-2 et -3 du Code de la santé publique prévoient, schématiquement, que les « actes, procédés, techniques et méthodes à visée esthétique », autres que la chirurgie esthétique, peuvent être encadrés, voire interdits, par des décrets, dès lors que ceux-ci présentent un danger pour la santé. Cependant il n'existe, à notre connaissance, aucun décret d'application de ces dispositions⁴. La qualification d'acte à visée esthétique emporte également deux conséquences. La jurisprudence a en effet décidé que l'obligation d'informations⁵ et l'obligation de moyen dans l'accomplissement de l'acte médical étaient renforcées pour les actes à visée esthétique.

¹ Avant 2002, on avait là une manifestation d'un phénomène récurrent au code de la santé publique. Phénomène qui consiste à contredire le plus naturellement du monde les principes posés par le code civil. Tel est par exemple le cas de l'article L1211-1 CSP qui encadre la cession des éléments et produits du corps humain alors que l'article 16-1 affirmait que ces éléments et produits ne pouvaient faire l'objet de droits patrimoniaux et ne pouvaient donc pas être cédés.

² Soulignons néanmoins que la différence entre acte médical et acte esthétique est bien faible, car toutes les deux renvoient à un décalage par rapport à une norme. Dans un cas la norme est médicale, dans l'autre elle est esthétique, pourtant ces deux normes prennent en compte les mêmes données culturelles, de sorte qu'il n'est pas toujours évident de les distinguer.

³ Il y a des règles spécifiques dans le code de la santé publique : autorisation du directeur de l'agence régionale de santé (R6322-1 et s.) ; délai de réflexion de 15 jours (D6322-30) ; conditions techniques de fonctionnement (D6322-31) + certification (L6322-1 renvoyant à L6113-3) ; visite de conformité (D6322-48)

⁴ En effet, la partie réglementaire du code de la santé publique ne mentionne aucun décret d'application. Une recherche sur Légifrance, portant sur l'ensemble des textes réglementaires, se révèle également infructueuse.

⁵ Civ. 1^{re} 17 févr. 1998 « en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter ».

52. Bilan – Pour se résumer, on peut donc dire que la nécessité médicale interdit toute atteinte à l'intégrité corporelle non justifiée par l'un des quatre motifs suivant : nécessité thérapeutique (objective ou subjective), préventive, esthétique ou de recherche.

ii. La nécessité médicale des actes de conformation sexuelle

53. Plan – Lorsque les parents permettent aux médecins de conformer le sexe de leur enfant, cela conduira à des actes médicaux. Mais ceux-ci répondent-ils à l'exigence de nécessité médicale ? Avant de répondre à cette question, insistons sur le fait qu'on raisonnera, dans les lignes qui suivront, sur la situation d'un enfant intersexuel dépourvu de tout discernement¹. Nous avons vu que cette nécessité médicale pouvait être de quatre espèces. On peut d'emblée écarter la nécessité de recherche qui ne correspond pas à notre hypothèse. Restent les cas d'une nécessité thérapeutique (α), préventive (β) ou esthétique (γ).

α) La nécessité thérapeutique

54. Pour que soit caractérisée une nécessité thérapeutique, il convient qu'il y ait une nécessité de traiter une pathologie. L'intersexualisme est-il une pathologie ? La question est délicate car la maladie n'est pas une notion purement scientifique. S'y ajoutent des paramètres culturels qui font d'elle une catégorie évolutive². La question est trop complexe pour que l'on se prononce ici sur cette question. Les récents développements en matière de transsexualisme confortent cette analyse. En effet, depuis un décret du 8 février 2010³ le transsexualisme ne doit plus être considéré comme une maladie. Or, la situation des transsexuels présentant quelques ressemblances avec celle des intersexuels, il nous semble

¹ En effet, dans le cas d'un intersexuel doté de discernement et qui se montre partisan du contrat médical que ses représentants légaux vont passer en son nom avec le médecin, il nous semble que la nécessité médicale pourra être caractérisée sans difficulté. On serait alors en présence d'une nécessité médicale subjective : l'enfant intersexuel estime que cette intervention médicale est pour lui nécessaire (cf. *supra* n°48). C'est donc seulement dans l'hypothèse du mineur dépourvu de discernement que surgissent des difficultés.

² Ainsi était-il communément admis, il y a un siècle, que l'homosexualité était une maladie ; mais qui en aurait de même de l'obésité à cette époque ? Sur ces questions il convient de renvoyer à l'œuvre magistrale de G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Quadrige, PUF, 2009. Il y est notamment montré que la maladie, dans sa conception positiviste, est posée en référence à une norme, cette dernière évoluant selon le contexte social.

³ Cf. *infra* annexe, n° 151.

qu'il n'est plus possible aujourd'hui d'assimiler l'intersexualisme à une maladie. Si l'on admet que l'intersexualisme n'est pas en soit une maladie, mais simplement une variation du développement sexuel (au même titre qu'il existe des variations dans la couleur des yeux), la nécessité thérapeutique ne pourra être caractérisée du seul fait de cet état. Il faudra que s'y ajoute un danger pour la santé. Or, sauf cas rares¹, une telle nécessité thérapeutique ne sera pas caractérisée chez le jeune intersexuel.

β) La nécessité préventive

- 55. Prévention physique** – La nécessité préventive, visant à prévenir la survenance d'une maladie future, pourrait en revanche être caractérisée. Il pourrait tout d'abord s'agir d'une maladie physique. Tel est le cas lorsque l'état d'intersexuel a de fortes chances d'entraîner des pathologies². Les actes pratiqués sur l'intersexuel pourraient alors être justifiés, mais uniquement en ce qu'ils tendent à prévenir la survenance de cette maladie. Insistons bien sur ce que cela ne permettrait pas de rendre licites les autres actes médicaux de conformation sexuelle.
- 56. Prévention psychique. *Présentation de la thèse*** – Cependant, ne pourrait-on pas tenter de valider ces actes des médecins en arguant d'une prévention des troubles psychiques de l'intersexuel ? Ne serait-il pas possible d'affirmer que la société, en raison de son rejet des intersexuels, peut être la cause chez ces derniers de troubles psychiques pouvant parfois les conduire au suicide ? Ce serait donc afin d'éviter de tels troubles que les intersexuels dépourvus de discernement devraient suivre de tels actes médicaux. Il est en effet indéniable³, à la lecture de témoignages d'intersexuels, que ceux-ci éprouvent des difficultés à trouver leur place dans la société⁴ et que *certaines d'entre eux* subissent en conséquence des troubles psychiques graves⁵.
- 57. *Critique de la thèse*** – Cette thèse nous semble critiquable pour plusieurs raisons. En premier lieu, il importe de percevoir les ressorts d'une telle argumentation. En affirmant

¹ Telle par exemple l'obstruction des canaux par lesquels l'urine doit s'évacuer.

² C'est ainsi que l'hyperplasie congénitale des surrénales se traduit généralement par une insuffisance surrénale aigüe ; cf. B. CHEVALLIER, J.-B. ARMENGAUD, E. MAHE, *op. cit.*, p. 287 et s. – *Ambiguïté sexuelle*, in *Dictionnaire de thérapeutique pédiatrique Weber*, 2^e édition, p. 139).

³ Ce point fut d'ailleurs pris en considération par la Cour Constitutionnelle de Colombie lorsqu'elle a été amenée à s'interroger sur la légalité des actes médicaux de conformation sexuelle (Décision T-1025/02, §66 ; cf. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-1025-02.htm>.)

⁴ Cf. les propos d'Herculin Barbin « J'ai beaucoup souffert, et j'ai souffert seul ! seul ! abandonné de tous ! », M. FOUCAULT, *Herculine Barbin, dite Alexina B.*, Gallimard, 1978, p. 9.

⁵ Cf. les témoignages recueillis par J. PICQUART, *op. cit.*, p. 176.

qu'il convient d'opérer les intersexuels pour leur éviter de souffrir dans la société. Cette thèse considère en vérité que ce n'est pas à la société de changer, mais à l'intersexuel de modifier son apparence pour s'intégrer dans la société. Pourtant, comme le soulignait par provocation le journaliste Julien Picquart, lorsqu'un enfant naît noir, on ne propose pas à ses parents de le blanchir pour éviter que leur enfant ne souffre du racisme qu'il pourra rencontrer¹. Deuxièmement, l'existence de ces troubles psychiques, ne paraît pas suffisante pour caractériser une nécessité médicale. Encore convient-il que les actes médicaux pratiqués sur les intersexuels aboutissent à la suppression de ces troubles. Pour qu'un acte soit préventif, il faut qu'il produise des résultats ! Or ces résultats sont très variables selon les états intersexuels². Par conséquent, il nous semble qu'aucune nécessité préventive psychique, ne peut être caractérisée dans un certain nombre d'actes médicaux, pourtant aujourd'hui fréquemment pratiqués. Reste alors la possibilité d'une « nécessité esthétique ».

γ) Les actes à visée esthétique

58. Plan – Nous avons vu que pour les actes à visée esthétique, il convenait de faire une distinction entre deux hypothèses. D'un côté, il y a les actes de chirurgie esthétique ; ce sont

¹ J. PICQUART, *op. cit.* p. 191.

² S'agissant des états intersexuels liés à une hyperplasie congénitale des surrénales (anciennement appelé pseudo-hermaphrodisme féminin), les témoignages d'intersexuels (J. PICQUART, *ibid.*, p. 75 à 82) ou de médecins, révèlent que ces personnes ont un sexe psychique féminin et que les actes permettant de féminiser ces personnes leur éviteront effectivement de développer des troubles psychiques liés à leur identité sexuelle.

En revanche, s'agissant de ce qu'on appelait autrefois le pseudo-hermaphrodisme masculin et l'hermaphrodisme vrai, les intersexuels ne présentent pas d'identité sexuelle psychique clairement affirmée et les opérations pratiquées sur les jeunes enfants ne permettent que rarement d'éviter des troubles psychiques, car il est désormais admis qu'il ne suffit pas d'élever un enfant dans un sexe pour que celui-ci se sente appartenir à ce sexe (cf. le cas de David Reimer cité *infra* n° 66, note 1). Pour ces cas d'intersexualisme, les actes de conformation sexuelle pratiquée sans leur consentement paraissent même aggraver leur trouble psychique car ces personnes ont l'impression que la société, non contente de la pression psychologique qu'elle exerce continuellement sur eux, va jusqu'à inscrire la séparation des sexes dans leur corps. Surtout, la littérature médicale révèle qu'il existe dans ces cas minoritaires d'intersexualisme un doute quant à la réussite de l'opération. En effet, les actes médicaux de conformation sexuelle n'iront pas toujours dans le sens du sexe auquel il se sent appartenir. Le professeur J-P. MARTIN écrivait ainsi : « Il est nombre d'ambigus, à sexe indéterminé, à psychisme instable, à tendance imprécise, chez lesquels mieux vaut s'abstenir de gestes de cet ordre. » (J-P. MARTIN, *La chirurgie réparatrice dans les états intersexuels*, in *La revue du praticien, Tome XI, n°7*, p. 737 ; cf. aussi *Les intersexuels avec ambiguïté génitale* – L. KREISLER, *Étude psychopédiatrique*, in *La psychiatrie de l'enfant*, XIII, vol. 1, 1970, p. 101). Enfin, il convient d'ajouter que, selon les partisans d'un moratoire sur les opérations chirurgicales sur les jeunes intersexuels, il n'existerait aucune étude scientifique démontrant que les intersexuels non opérés souffriraient de troubles psychiques tels, que cela justifierait des interventions en bas âge (en ce sens J. GREENBERG, *Defining male and female : intersexuality and the collision between law and biology*, *Arizona Law Review*, summer 1999, p. 365, note n°474 – E. BISHOP, *A child's expertise: establishing statutory protection for intersex children who reject their gender of assignment*, *New-York University Law Review*, may 2007, p. 541, note n°56). Enfin il convient de citer un rapport de la HAS de 2009 (http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2009-12/rapport_transsexualisme.pdf) qui, bien que portant sur les transsexuels, évoque la situation des intersexuels et déclare « L'approche thérapeutique de ces cas d'intersexualité a été modifiée : on attend désormais que l'identité sexuelle de l'enfant se développe avant de recourir à une chirurgie arbitraire irréversible. »

à ceux-ci qu'on pourrait rattacher les actes chirurgicaux de conformation sexuelle. De l'autre, on trouve les autres actes à visée esthétique ; ce sont à ceux-là que pourraient être assimilées les injections d'hormones.

59. Chirurgie esthétique – S'agissant en premier lieu des opérations chirurgicales pratiquées sur les intersexuels, en dehors de toute nécessité thérapeutique ou préventive, il nous semble qu'une partie d'entre elles doivent être qualifiées d'opérations de chirurgie esthétique. L'article R. 6322-1 du Code de la santé publique définit les actes de chirurgie esthétique comme ceux « tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice. » Telle est bien la nature des opérations chirurgicales visant à attribuer à l'intersexuel un phénotype exclusivement masculins ou féminins. En revanche cela ne pourra pas englober les opérations de chirurgie interne notamment celles portant les organes génitaux internes (ovariectomie). Ainsi qualifiée, l'opération chirurgicale de conformation sexuelle serait valable à condition d'obéir au régime de la chirurgie esthétique¹. Or, en pratique, les médecins qui réalisent ces opérations n'ont pas conscience d'effectuer des actes de chirurgie esthétique. Ils ne pensent donc pas à appliquer les règles associées à ces opérations. Ces premières seront donc bien souvent méconnues. Ne pouvant pas relever de la chirurgie esthétique, ces actes ne répondent alors pas à l'exigence de nécessité médicale.

La conséquence de tout ceci est que la plupart des actes chirurgicaux de conformation sexuelle doivent être considérés comme illicites au sens de l'article 16-3 du Code civil. Il convient de prendre toute la mesure de cette conclusion laquelle aboutit à déclarer illicite la plupart des actes pratiqués aujourd'hui sur les intersexuels. Cela pourrait avoir de graves conséquences juridiques, peut-être inéquitables, pour des médecins qui ne sont ici que les instruments d'une pression sociale et parentale exigeant la dualité des sexes.

À supposer que les conditions de la chirurgie esthétique soient un jour respectées, il pourrait néanmoins paraître surprenant qu'une telle opération soit réalisée sans l'accord du principal intéressé. Pourtant, aussi critiquable cette solution soit-elle², tel nous semble être l'état du droit positif. En atteste l'article L. 6322-2 du Code de la santé publique qui, en énonçant que le praticien informe « la personne concernée *ou son représentant légal* », paraît autoriser les parents à pratiquer des actes de chirurgie esthétique sur leurs enfants mineurs, quel que soit leur degré de discernement.

60. Hormonothérapies – Les injections hormonales, effectuées en dehors de toute finalité thérapeutique ou préventive, peuvent être assimilées aux « actes, procédés, techniques et

¹ Cf. art. L6322-1 et s. et R6322-1 et s. CSP.

² Cf. *infra* n°137 et s..

méthodes » visés par les articles L. 1151-2 et -3 du Code de la santé publique. En effet, la seule condition d'application de ces textes est que les actes soient à visée esthétique, c'est-à-dire, pour reprendre l'article R. 6322-1 précité, qu'ils modifient l'apparence corporelle d'un individu sans visée thérapeutique. Tel est bien le cas de ces l'injection d'hormones qui se trouvent alors soumises au régime des articles L. 1151-2 et -3 du Code de la santé publique. Or nous avons vu que ces textes posent la validité de principe de tels actes à visée esthétique, sauf texte réglementaire contraire. En l'absence de texte contraire, ces injections hormonales pratiquées sur un intersexuel dépourvu de consentement, sont pleinement licites.

61. Bilan des opérations illicites – En conclusion, nous semblent illicites tous les actes médicaux de conformation sexuelle, pratiqués sur des *infantes* intersexuels, à l'exception des suivants :

- Ceux justifiés par une maladie, laquelle ne saurait être l'intersexualisme ; ne seront alors autorisés que les actes médicaux destinés à soigner cette maladie ;
- Ceux visant à prévenir l'existence d'une maladie physique ou psychique, à condition, dans ce dernier cas, que l'efficacité de l'acte soit établie avec quasi-certitude ;
- Ceux à visée esthétique et respectant la réglementation du Code de la santé publique.

iii. Les conséquence de l'illicéité de l'objet

62. Plan – Si l'on admet que les conditions légales de l'atteinte à l'intégrité corporelle ne sont pas toujours remplies — et l'on concède que la jurisprudence pourrait tout à fait en décider autrement au regard d'une pratique médicale ayant, pendant un temps, systématiquement opéré les *infantes* intersexuels — restent à en tirer les conséquences juridiques. Deux sanctions sont envisageables : la nullité du contrat médical (lorsque l'existence d'un tel contrat est admis par la jurisprudence) et la responsabilité du médecin et des parents.

63. Nullité – L'article 1108 du Code civil exige que le contrat ait un objet licite. Or, dans le contrat médical, la licéité de l'objet, présente une certaine spécificité, puisqu'elle désigne tout particulièrement l'existence d'une « nécessité médicale »¹. À défaut de celle-ci, le contrat médical sera nul. En pratique on imagine que cette action en nullité sera intentée par l'intersexuel après que l'opération aura eu lieu. L'exercice de cette action sera

¹ A. LAUDE, B. MATTHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, Coll. Thémis, 2007, p. 411.

soumis à la prescription de droit commun¹. Si le juge estime cette action bien fondée, l'intersexuel pourra obtenir restitution des sommes versées au médecin pour l'accomplissement de l'acte médical. Le médecin ne pourra quant à lui prétendre à aucune restitution par équivalent de sa prestation, en vertu de l'adage *nemo auditur*². Cette nullité pourra en outre s'accompagner de dommages et intérêts liés à l'engagement de la responsabilité civile du médecin.

64. Responsabilité. Du médecin – Quelle que soit la nature de la relation entre le patient et le médecin (contractuelle ou non) l'inexistence d'une nécessité médicale serait susceptible d'engager la responsabilité civile du médecin. Celle-ci obéit à un régime propre, ayant pour but une unité de l'indemnisation³. L'action sera ici prescrite dans un délai de dix ans⁴. Quant aux conditions de cette action en responsabilité, l'article L1142-1, I du Code de la santé publique exige une faute simple du médecin. En l'espèce, celle-ci sera constituée par une violation de l'article 16-3 du Code civil (en raison de l'absence de nécessité médicale)⁵.

65. Des parents – La responsabilité des parents paraît également pouvoir être engagée s'ils acceptent des interventions chirurgicales sur leur enfant en dehors de toute nécessité médicale. Il s'agira cette fois d'une action en responsabilité délictuelle dans la mesure où l'autorité parentale est posée par la loi : il ne se noue aucun contrat entre les parents et leur enfant. Les conditions de cette action seront celles de l'article 1382. La faute consistera ici à avoir exercé l'autorité parentale en méconnaissant ce qui en constitue la finalité, à savoir l'intérêt de l'enfant (art. 371-1 C. Civ). Quant à la prescription, les parents bénéficieront d'un régime plus favorable que les médecins⁶. Néanmoins à la différence des actions exercées contre des médecins, celles exercées contre les parents seront rares en pratique¹.

¹ 5 ans par application de l'art. 2224 C. civ. Néanmoins l'action sera suspendue durant la minorité de l'enfant, dans la limite du délai butoir de 20 ans (art. 2232 al. 2 C. civ.).

² Sur la portée réelle de cet adage cf. P. le TOURNEAU, JCI Civil Code, App. Art. 1131 à 1133 (date de fraîcheur 25 mai 2007)

³ A. LAUDE, B. MATTHIEU et D. TABUTEAU, *ibid*, n°392.

⁴ Art. L1142-28 CSP.

⁵ On peut citer en ce sens une espèce similaire jugée par la Cour d'appel de Paris du 29 sept. 2000 (juris-data n° 2000-124030 – D 2001, p. 1585, obs. C. DUVERT) à propos d'une circoncision rituelle dont il a été montré qu'elle soulève les mêmes difficultés que le traitement de l'intersexualisme (Cf. sur cette comparaison le très intéressant article de M. THOMSON, *Cutting it: surgical interventions and the sexing of children*, Cardozo Journal of Law & Gender, Fall 2005, p. 81 et s.). La Cour d'appel y approuve des juges du premier degré d'avoir condamné civilement un médecin ayant pratiqué la circoncision d'un enfant sans l'accord d'un de ses parents et « alors que cet acte chirurgical ne s'imposait pas ». Bien que la Cour d'appel ne l'exprime pas clairement, la faute du médecin résulte notamment de l'absence de nécessité thérapeutique.

⁶ Néanmoins la question de la durée précise de cette prescription est délicate. Faut-il appliquer l'article 2226 alinéa 1^{er} du code civil, lequel prévoit une prescription de 10 ans susceptible de suspension dans la limite du délai butoir de 20 ans (art. 2232 C. civ) ? ou faut-il lui préférer l'article 2226 al. 2 du même code applicable en cas de violences sur mineur et prévoyant une prescription de 20 ans non limitée par un délai butoir ? Résoudre cette question suppose de savoir ce qu'il faut entendre par « violences ». Il semble qu'il faille ici transposer l'acception qu'en a le droit pénal. Cela supposerait d'une part de qualifier les parents de complice à une infraction de violences (l'auteur principal en étant le médecin) et d'autre part, d'établir un élément matériel et un élément

b. Les conséquences de l'absence de nécessité médicale en droit pénal

66. Plan – Les développements qui vont suivre ont pour but d'examiner brièvement les risques pénaux encourus par les médecins² qui se livreraient à des traitements sans nécessité médicale³ sur des *infantes* intersexuels. Les infractions susceptibles d'être caractérisées peuvent être classées en deux catégories. D'une part celles concernant une atteinte à l'intégrité corporelle, qu'elles soient volontaires (i) ou involontaires (ii), d'autre part celles relatives à la méconnaissance des normes concernant les actes à visée esthétique (iii).

i. Les atteintes volontaires à l'intégrité corporelle

67. Il serait possible, en cas d'interventions chirurgicales sur des enfants intersexuels, de rechercher la responsabilité pénale du médecin, en qualité d'auteur, et des parents, en qualité de complice, pour des infractions de violences sur mineur ayant entraîné une mutilation (art. 222-9 et 222-10 du Code pénal). Il conviendra alors d'établir un élément matériel. Dans le cas de l'article 222-9 précité il suffira de caractériser la mutilation de l'intersexuel.

Quant à l'élément intentionnel, on enseigne traditionnellement⁴ que celui-ci suppose une connaissance des faits ainsi qu'une volonté. Cette dernière se dédouble en la volonté du comportement adopté et la volonté du dommage. Dans le cas des opérations chirurgicales de conformation sexuelle, il y a bien une volonté du comportement, puisque le médecin a volontairement réalisé ces actes médicaux. En revanche, il est possible de douter de la volonté de causer un dommage. En effet le médecin, qui opère un intersexuel, agit conformément aux pratiques (actuelles) de sa profession et pense agir pour le bien-être futur de l'enfant. Il n'y a

intentionnel. Si la qualification de complice et l'élément matériel paraissent être aisément caractérisables, tel n'est pas le cas de l'élément intentionnel qui est bien plus incertain (cf. *infra* n°64).

¹ Il n'existe à notre connaissance aucune décision relative à une action en responsabilité exercée directement par un enfant contre ses parents, au motif que ces derniers auraient exercé fautivement leur autorité parentale. On trouve en revanche des hypothèses où l'un des parents agit au nom de l'enfant contre l'autre parent (Cf. Paris, 29 sept. 2000, précité).

² Nous avons envisagé ici la seule responsabilité pénale des médecins. Notons néanmoins qu'il serait possible, dans les conditions de l'articles 121-2 du code pénal, de retenir la responsabilité pénale des personnes morales au sein desquelles les intersexuels ont été opérés.

³ Si était caractérisée une nécessité médicale, on serait en présence d'un fait justificatif, rendant irresponsable pénalement l'auteur de l'infraction. Plus précisément ce fait justificatif serait une autorisation de la loi au sens de l'article 122-4 du code pénal ; la jurisprudence a décidé que le mot « loi », désignait toute loi votée par le Parlement et non la seule loi pénale (Cf. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus, 16^e éd., 2009, n°705).

⁴ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 2^e éd., PUF, Coll. Droit fondamental, 2007, n°235 et s.

par conséquent aucune volonté de causer un dommage¹. L'élément intentionnel nous paraît faire défaut, de sorte qu'il convient d'estimer que l'infraction de violences volontaires n'est pas caractérisée. Reste néanmoins les violences involontaires.

ii. Les atteintes involontaires à l'intégrité corporelle

- 68. Plan** – Le Code pénal sanctionne les atteintes involontaires à la personne humaine dans trois principaux cas que sont l'atteinte involontaire à la vie (art. 221-6 C. pén.), l'atteinte involontaire à l'intégrité ayant entraînée une interruption totale de travail (ITT) supérieure à trois mois (art. 222-19 C. pén.) et l'atteinte involontaire à l'intégrité ayant entraînée une ITT inférieure à trois mois (art. 222-20 C. pén.). Or ainsi qu'on démontrera, ces textes mettront le plus souvent le médecin à l'abri d'une sanction pénale, du point de vue de l'action publique.
- 69. Art. 221-6** – D'une façon schématique, l'article 221-6 du Code pénal permet de sanctionner la personne qui cause par maladresse, imprudence ou négligence la mort d'autrui. Appliquer cette infraction à la situation de l'*infans* intersexuel supposerait notamment de démontrer d'une part, une maladresse, imprudence ou négligence chez le médecin ayant pratiqué de tels actes médicaux sur cet enfant et d'autre part, une atteinte à la vie de l'intersexuel. Quant à la première condition, celle-ci paraît pouvoir être caractérisée toutes les fois que l'opération a eu lieu en dehors de toute nécessité médicale. S'agissant de la seconde condition, l'atteinte à la vie ne sera que rarement caractérisée dans la mesure où ces actes médicaux causent très rarement la mort du patient. Néanmoins la littérature médicale et juridique révèle qu'un nombre significatif d'intersexuels opérés se suicident.² Il faudrait alors ici caractériser le lien de causalité et montrer que l'acte médical a été la cause

¹ On peut s'inspirer de la solution rendue par la chambre criminelle de la Cour de Cassation le 6 février 2001¹. Il s'agissait en l'espèce d'un médecin qui avait proposé à sa patiente, de profiter d'une opération chirurgicale qu'elle allait subir, pour également la stériliser dans le but de prévenir de futures pathologies. Celle-ci n'avait exprimé ni consentement ni refus à cette proposition, mais avait plus tard indiqué à l'anesthésiste qu'elle ne souhaitait pas être stérilisée. Le chirurgien avait procédé à la stérilisation pensant qu'elle y avait consenti. La patiente avait par la suite porté plainte contre ce médecin pour violences volontaires (article 222-9 du code pénal). La Cour d'appel, après avoir écarté l'erreur du médecin sur la connaissance des faits (c'est-à-dire l'erreur sur l'existence du consentement de la patiente), condamna celui-ci au titre du délit de violences volontaires. Le pourvoi faisait grief à la Cour d'appel de n'avoir pas caractérisé chez le médecin l'intention de blesser et partant, l'élément intentionnel. La Cour de Cassation, par une motivation laconique, censure la Cour d'appel en lui reprochant de ne pas avoir caractérisé l'élément intentionnel. À notre sens, la Cour de Cassation a donc accueilli le pourvoi qui arguait du défaut de volonté du dommage. Si l'on transpose cette jurisprudence aux intersexuels, il faut en déduire que ne pourrait pas être caractérisée l'élément intentionnel de l'infraction de violences volontaires.

² Parmi les exemples célèbres, on peut citer ceux d'Herculine Barbin au XIX^e s. (M. FOUCAULT, *op. cit.*) et de David Reimer au XXI^e s. (pour un descriptif détaillé de la vie de cette personne, quatre ans avant son suicide : H. G. BEH & M. DIAMOND, *An emerging ethical and medical dilemma: should physicians perform sex assignment surgery on infants with ambiguous genitalia?* Michigan Journal of Gender and Law, 2000, p. 5 et s.). Cf. J. PICQUART, *ibid.*, p. 72 pour des tentatives de suicide.

de la mort de l'intersexuel. Il nous semble que cette condition sera aisément remplie car la chambre criminelle n'exige pas que l'événement à l'origine du décès soit la cause directe de la mort de l'individu¹. Néanmoins il s'agit là d'hypothèses marginales.

70. Article 222-19 – Ce texte sanctionne la personne qui, par maladresse, imprudence ou négligence, cause à autrui une ITT supérieure à trois mois. S'agissant de la première condition, on peut renvoyer à ce qui été dit plus haut à propos de l'article 221-6 du Code pénal. Quant à l'exigence d'une ITT supérieure à trois mois, cette condition risque de n'être jamais établie, car les actes médicaux, pratiqués sur l'*infans* intersexuel, ne conduisent pas à des ITT d'une telle durée². L'application de l'article 222-19 ne paraît donc pas non plus possible.

71. Article 222-20 – Ce texte punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende les actes ayant causé une ITT inférieure à trois mois, lorsqu'ils résultent de la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement. En l'espèce, nous avons vu que les médecins ignoraient, du moins pour l'instant, que la légalité des actes médicaux de conformation sexuelle était incertaine. Dès lors il semble qu'on ne pourra pas caractériser ici une violation *manifestement délibérée*. Nous voyons donc que sans doute aucune des infractions d'atteintes involontaires à l'intégrité physique ne pourra être caractérisée.

iii. Les infractions aux règles de chirurgie esthétique

72. Si l'on admet que les actes médicaux pratiqués sur les intersexuels ont, hors les cas de nécessité thérapeutique ou préventive, une visée esthétique, il convient de transposer les sanctions pénales prévues par le Code de la santé publique³. Cependant il n'est pas certain que là encore les médecins puissent être condamnés car ces derniers pourraient, du moins jusqu'à la diffusion des premiers arrêts, invoquer l'absence d'élément intentionnel⁴. En raison de leur ignorance de la nature des actes pratiqués (acte à visée esthétique), ils ne pouvaient avoir la volonté de violer les règles encadrant les activités de chirurgie esthétique. On conçoit néanmoins, qu'une fois ces arrêts connus, l'élément intentionnel puisse être caractérisé. Cependant, même condamnés, les médecins n'encourront alors aucune peine de

¹ Par exemple la Crim. a pu condamner un automobiliste qui avait blessé un cycliste, lequel, à la suite d'une dépression liée à l'accident, avait mis fin à ses jours (Cass. Crim. 14 janv. 1971, Bull. Crim. n°13).

² C'est ce que nous a indiqué le médecin que nous avons pu rencontrer.

³ L'art. L6324-2 CSP prévoit en effet des amendes (30 000€ à 150 000€ selon les cas) et diverses peines complémentaires, en cas de méconnaissance des normes encadrant la mise en œuvre des actes à visée esthétique.

⁴ En effet, l'art. L6324-2 CSP doit, en application de l'art. 121-3 C. pén., être considéré comme un délit intentionnel.

prison. Ils devront principalement s'acquitter d'une amende pénale, laquelle, à la différence des dommages et intérêts civils, ne pourra pas être prise en charge par leur assurance¹. Cela devrait assurément inviter les médecins à la prudence.

- 73. Bilan** – Il apparaît aux termes de ces développements que, hors le cas du suicide, aucune disposition pénale ne permettra, dans un premier temps du moins, de retenir la responsabilité pénale des médecins pratiquant des actes médicaux de conformation sexuelle. Une telle solution nous apparaît opportune car d'une part elle sera assurément de nature à apaiser le débat. D'autre part, son caractère progressif², permettra aux médecins vigilants d'échapper aux sanctions pénales.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Voilà quel est selon nous l'état du droit positif relatif à la classification de l'intersexuel dans les catégories sexuées. Un droit qui, malgré une certaine souplesse pratique, se montre d'une grande rigidité envers les intersexuels, tout en protégeant efficacement les médecins qui les conforment sexuellement. Un droit qui méconnaît le droit de l'intersexuel à choisir son sexe, d'une part, en lui imposant, dès la naissance, un sexe juridique au sujet duquel il n'a pas son mot à dire ; d'autre part, en permettant aux parents du mineur intersexuel, de le conforment sexuellement sans que celui-ci ne puisse, dans nombre de cas, s'y opposer. Cet état du droit ne nous paraît pas toujours satisfaisant et il conviendrait d'envisager ce que pourrait être le droit de demain qui, en prenant en compte les normes internationales, se montrerait plus respectueux des libertés de l'intersexuel. Cependant, pour bien envisager quels seraient les « impacts » d'une réforme du droit positif, il convient au préalable de s'attacher au rôle du sexe dans le droit.

¹ Un tel contrat serait contraire à l'ordre public ; en ce sens Cass. Civ. 1^{re}., 5 mai 1993 : inédit, pourvoi n° 91-15401 – RGAT 1993, 897, obs. J. KULLMANN.

² Les infractions aux dispositions du CSP ne devant pas dans un premier temps être sanctionnées.

Partie 2 - Le droit sexué et l'intersexuel

74. Délimitation du champ d'étude – Les intersexuels, que l'on a catégorisés à leur naissance dans un sexe ou dans l'autre, éprouvent quotidiennement l'inadaptation de la société à leur situation si particulière. Cette inadaptation se traduit notamment sur le plan juridique car le droit attache certaines conséquences à l'appartenance des individus à un sexe déterminé. Certaines problématiques juridiques sont générées par la profonde altérité de l'intersexuel. Nous pouvons en donner les illustrations suivantes. Une mère, apprenant à la suite d'une échographie réalisée après la douzième semaine de grossesse que son enfant sera intersexuel, pourra-t-elle recourir à une interruption volontaire de grossesse pour motif médical¹ ? Si le médecin ne diagnostique pas l'intersexualisme, pourra-t-elle rechercher sa responsabilité pour faute caractérisée² ? Un intersexuel pourra-t-il se prévaloir de la qualité d'handicapé³ afin de se voir appliquer le régime favorable des personnes handicapées ? D'autres questions, propres au droit de la santé, mériteraient également d'être développées. Tel est le cas de l'obligation d'information du patient lorsque l'intersexualisme est diagnostiqué⁴ ou encore de l'accès au dossier médical⁵. Ces questions, parce qu'elles ne sont pas directement liées au sexe, ne pourront pas être ici abordées ; la réflexion se limitera à l'application à l'intersexuel de règles de droit sexuées, c'est-à-dire liées au sexe. Parmi ces règles, celle qui revêt le plus d'importance pour l'intersexuel est sans doute le droit de choisir son sexe (I). Vient ensuite la kyrielle de règles liées à l'appartenance même de l'individu à un sexe (II).

I. Le droit de choisir son sexe

75. Hypothèses envisagées – Nous avons vu dans notre première partie, qu'à la naissance, tout individu se voyait attribuer un sexe juridique et que, dans le cas des intersexuels, ce

¹ Cf. art. L2213-1 du CSP qui exige notamment que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic

² Cf. art. 1^{er}, I, al. 2 loi du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*

³ L'article 114 du CASF dispose que « constitue un handicap [...] toute [...] restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques [...] ». Il serait possible de soutenir que l'intersexuel, en raison de la croyance fondamentale de notre société dans la dualité des sexes, voit sa participation à la vie en société restreinte.

⁴ Certains médecins estiment ainsi que révéler à une femme qu'elle a un caryotype XY causerait chez elle de graves troubles psychologiques et qu'il vaut mieux lui dissimuler cette information.

⁵ En effet, malgré la dénégation du médecin que nous avons pu interroger, nombre de témoignages d'intersexuels indiquent la difficulté d'accéder à leur dossier médical pour les opérations réalisées avant la loi du 4 mars 2002 ; cf. notamment le documentaire réalisé sur *Temps présent* (<http://www.tsr.ch/emissions/temps-present/1261612-entre-deux-sexes.html>).

premier choix était généralement suivi par le choix d'un sexe biologique. Nous avons également montré que la décision de détermination initiale du sexe échappait très largement à l'intersexuel, en raison de sa minorité, de sorte que le droit de choisir son sexe s'en trouvait très largement écorné¹. Dans les lignes qui vont suivre, nous envisagerons, en droit positif, la portée de ce droit lorsque l'intersexuel prend de lui-même la décision, soit de modifier le sexe qui lui a été attribué juridiquement ou biologiquement, soit de choisir, pour la première fois, un sexe biologique lorsque cette opportunité lui a été laissée. La première hypothèse, qui correspond à un changement de sexe, se rencontrera dans plusieurs situations. Tout d'abord, lorsque l'intersexualisme a été repéré à la naissance, il est possible que les parents se soient « trompés » de sexe. Cet individu, malgré son registre d'état civil, son apparence biologique et l'éducation reçue, ne se sentira pas alors appartenir au sexe qu'on lui a attribué. Cette volonté de changement de sexe peut également se produire lorsque l'intersexualisme n'est découvert qu'à la puberté² mais que, dès avant celle-ci, l'enfant ne se sentait guère à l'aise dans le sexe qu'on lui avait attribué.

- 76. Plan** – Toutes ces personnes sont alors susceptibles de vouloir changer de sexe et de prénom. Il s'agira alors tant de changer leur sexe juridique (à l'état civil), que leur sexe biologique (sexe phénotypique, anatomique et hormonal). Le droit le leur permettra-t-il et à quelles conditions ? On verra que les règles de droit positif existant devraient permettre aisément ce changement de sexe (A) et surtout assurer positivement la possibilité de ce changement en assistant matériellement l'intersexuel (B).

A. Le droit de changer son sexe

- 77. Plan** – Bien que la solution n'ait pas encore été clairement posée en droit positif, il nous semble possible d'affirmer qu'il existe un droit pour les intersexuel d'obtenir un changement de sexe et ce, au nom du droit au développement personnel développé plus bas³. La consécration de ce droit ne soulève guère de difficultés lorsqu'il s'agit simplement de changer son apparence biologique. En effet, nous avons montré⁴ que notre droit admettait assez facilement qu'une personne puisse modifier son apparence biologique, sans qu'il ne soit nécessaire de caractériser une nécessité thérapeutique. En revanche, la question est bien

¹ Sur le fondement de ce droit, cf. *infra* n° 117.

² Tel sera par exemple le cas des personnes d'apparence féminine atteinte d'une insensibilité totale aux androgènes et qui découvrent, à la suite de consultation médicale visant à rechercher la cause de l'absence de menstruations, qu'elles ont un caryotype masculin XY. Cf. . TURGEON, A.-C. BERNARD-BONNIN, P. GERVAIS, P. OVETCHKINE et M. GAUTHIER, *ibid*, p. 137.

³ Cf. *infra* n° 117.

⁴ Cf. *supra* n°49.

plus délicate s'agissant du changement à l'état civil ; on pourra ici s'inspirer des solutions dégagées à propos du changement de sexe des transsexuels. En tout état de cause, le changement de sexe de l'intersexuel suppose d'abord de qualifier l'action en justice poursuivant cette fin (1), puis d'en rechercher le régime juridique (2).

1. La nature de l'action

78. Plan – Il existe, en matière d'état civil, quatre grandes catégories de jugement. Après les avoir brièvement présentées (a), il conviendra de rechercher auquel d'entre eux peut se rattacher l'action en changement d'état civil exercée par l'intersexuel (b).

a. Les différentes actions relatives à l'état civil

79. On trouve tout d'abord le jugement d'annulation d'état civil, lequel intervient lorsqu'il y a eu omission d'une formalité substantielle ou inexactitude d'une énonciation essentielle¹. Existe également le jugement de suppléance d'état civil lequel intervient en cas de perte ou d'inexistence des registres². Quant au jugement de rectification, il vise à corriger les irrégularités non essentielles (car sinon ce serait une annulation) commises dans la rédaction des actes d'état civil. Il importe de souligner qu'ici la mention est incorrecte, dès le jour de son inscription au registre de l'état civil. Enfin, on trouve le jugement de changement d'état qui vise à modifier un état civil initialement exact³.

b. L'action juridiquement pertinente pour l'intersexuel

80. Choix théorique – Les jugements décidant du changement du sexe juridique de l'intersexuel ne peuvent pas être des jugements d'annulation car nous avons montré⁴ que la mention du sexe n'est pas un élément essentiel de l'état civil, pris dans sa fonction de police civile. Ils ne peuvent pas non plus être qualifiés de jugement de suppléance car il n'y a perte ni égarement d'aucun acte d'état civil. Restent les qualifications de jugement de rectification

¹ F. TERRE et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°233.

² F. TERRE et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°238.

³ Tel est ainsi le cas du jugement changeant le nom de famille d'une personne (art. 61 C. civ.). Le nom indiqué initialement à l'état civil de cet individu était exact. Simplement l'individu a souhaité, pour telle ou telle raison, modifier son état civil.

⁴ Cf. *supra*, n° 15, note 5.

ou jugement de changement d'état, dont on a indiqué qu'elles diffèrent, en ce que seule la première corrige une erreur existant *ab initio*.

Il semble que, dans l'hypothèse de l'intersexuel, il faille opter pour la qualification d'action en rectification d'état¹ dans la mesure où l'erreur sur le sexe attribué à l'enfant était présente dès l'origine. En effet, soit on ne s'est pas aperçu de l'ambiguïté sexuelle à la naissance, soit celle-ci a été correctement « diagnostiquée » mais mal « traitée ».

81. Étude de la jurisprudence – La jurisprudence nous paraît également aller dans ce sens puisque plusieurs jugements de la première moitié du XX^e s. ont retenu, dans des affaires concernant les intersexuels, la qualification d'action en rectification². Cependant la Cour d'appel de Paris a paru pendant un temps s'écarter de cette position traditionnelle³. Puis, cette juridiction a clarifié sa position⁴ en jugeant que la rectification peut avoir lieu en cas d'erreur, mais qu'elle ne s'applique en revanche pas en cas de changement apporté artificiellement à la morphologie⁵. Mais comment comprendre la notion de changement artificiel qui fait ici son apparition ? Signifie-t-elle que toute modification de l'apparence sexuelle interdit le recours à la rectification judiciaire, ou bien faut-il la comprendre plus étroitement comme le changement de l'apparence corporelle ne reposant sur aucune autre donnée biologique ? Il nous semble que par cette formule la cour d'appel de Paris a simplement entendu fermer aux transsexuels, se faisant passer pour des intersexuels, la voie de la rectification, de sorte qu'il ne faut pas étendre au-delà du cas des transsexuels la limitation ainsi apportée⁶. Ainsi comprise, cette jurisprudence appuie l'idée selon laquelle le jugement modifiant le sexe de l'intersexuel est un jugement de rectification de l'état civil.

¹ G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1990, n° 260.

² T. Civ. Corbeil 15 juill. 1914, La loi, 20 juill. 1915 et RTD Civ. 1915, p. 493 obs. A. WAHL approuvant la qualification de rectification ; T. Civ. de chateau-Thierry, 26 janv. 1940, DH 1940, II, 123 ; T. Civ. Soissons, 25 juill. 1945, GP 1945, 2, 141.

³ Paris, 31 mai 1966 (JCP G 1966, II, 14723) où est posée la distinction suivante : lorsqu'il s'agit de « rectifier une erreur *matérielle* dans l'expression, dans l'acte, d'une donnée constante » c'est une action en rectification ; en revanche, lorsqu'il y a « doute ou discussion sur un élément de l'état », la demande en rectification est subordonnée à une action d'état ». La formulation retenue n'était guère satisfaisante car on ne parvenait guère à percevoir précisément le critère retenu : s'agissait-il de la constance de l'anomalie ou du caractère purement matériel ou non de l'erreur ? Un peu plus d'un an après cet arrêt, cette juridiction eut à statuer à nouveau dans cette même affaire (Paris, 8 déc. 1967 : JCP G 1968, II, 15518 *bis* – RTD civ. 1968, p. 536). Elle fait droit à la demande en rectification présentée par l'intersexuel, sans pour autant poser de critère distinguant l'action en changement d'état de l'action en rectification. On pouvait alors penser qu'un doute s'était emparé de la juridiction quant à la pertinence de sa position initiale.

⁴ Paris, 18 janv. 1974 ; GP., I. 158 ; RTD civ. 1974 p. 801 obs. NERSON.

⁵ « Attendu en droit que [...] l'acte de naissance [...] ne peut être rectifié que si la mention du sexe procède d'une erreur, celle-ci pouvant toutefois se révéler plusieurs années après ; qu'il appartient au demandeur en rectification d'établir l'existence de cette erreur ; qu'il ne saurait être tenu compte des changements apportés artificiellement à sa morphologie par l'ingestion de certaines substances, encore moins par une opération ».

⁶ En effet commençaient à apparaître, dans cette deuxième moitié du XX^e siècle, les premières affaires liées au transsexualisme.

Tel est bien le sens de la dernière jurisprudence rendue sur cette question par la cour d'appel de Versailles¹.

82. Positions doctrinales – Quant à la doctrine, seuls trois auteurs se sont à notre connaissance penchés sur la question. Le Doyen NERSON, s'inspirant sans doute de l'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 31 mai 1966, a dans un premier temps estimé que le critère de distinction entre l'action en rectification et l'action en changement d'état² résidait dans le caractère manifeste ou non de l'erreur³. Puis cet auteur semble avoir changé d'avis. En effet, dans une note coécrite avec le J. RUBELLIN-DEVICHI il admet la qualification d'action en rectification du sexe, que l'erreur soit ou non manifeste⁴. Plus récemment, Monsieur GUEZ s'est fait le défenseur de cette même qualification⁵.

Pour toutes ces raisons, nous concluons que l'action portant changement du sexe de l'intersexuel a bien la nature d'une rectification de l'état civil. Il convient à présent d'examiner le régime de cette action.

2. Le régime de l'action

83. Plan – Le régime de l'action en rectification mérite d'être précisé sur deux points touchant pour l'un à la procédure (a), pour l'autre à la preuve (b).

a. Le régime procédural

84. Qualité à agir – Le régime procédural de l'action en rectification d'état civil est donné par l'article 99 du Code civil, ainsi que les articles 1047 et suivants du Code de procédure civile. S'agissant tout d'abord de la qualité à agir, l'article 99 alinéa 3 du Code civil indique que la requête en rectification peut être présentée par toute personne intéressée ou par le procureur de la République. Cela ne signifie pas pour autant que l'intersexuel verra son sexe modifié contre son gré. En effet, en raison de son ambiguïté sexuelle biologique, il sera indispensable de prendre en compte son sexe psychosocial. L'article 1052 alinéa 2 du Code

¹ Versailles, 22 juin 2000 ; Épx E. c/ Min. publ. ; Juris-Data n° 134595 ; JCP G 2001, II 10595, P. GUEZ ; RTD civ. 2001, p. 849 obs. J. HAUSER.

² Il parle pour sa part d'action en « réclamation d'état »

³ RTD civ. 1974 p. 801 obs. NERSON : « Lorsqu'aucun doute n'est possible sur le sexe réel de l'intéressé, dans l'hypothèse d'un erreur grossière, [...] il y a lieu simplement à *rectification* de l'acte de naissance [...] Lorsque l'erreur invoquée n'est pas manifeste, l'action tendant à la modification de l'acte d'état civil doit être analysée comme une action *d'état* »

⁴ RTD civ. 1981 p. 840 : « Théoriquement, il ne semble pas que les tribunaux puissent éprouver une gêne à admettre la licéité [...] de l'action en rectification d'état civil ; dans la mesure où l'intersexuel fait la preuve de son état, la mention initiale comportait forcément une erreur ».

⁵ P. GUEZ, *Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite*, JCP G 2001, II 10595.

de procédure civile le permet, puisqu'il prévoit que la personne dont l'état civil est en cause devra être entendue. À l'inverse, lorsque la demande émane de l'intéressé, le procureur de la République devra en être avisé (art. 1052 al. 1^{er} CPC). Cela permettra d'éviter des fraudes tel le cas où un transsexuel se ferait passer pour un intersexuel.

- 85. Tribunal compétent** – La demande en rectification d'état est examinée par le président du tribunal de grande instance¹ dans le ressort duquel réside la personne dont l'état civil est en cause, ou du tribunal du lieu où l'acte d'état civil a été dressé (art. 1048 CPC).
- 86. Matière gracieuse** – L'article 1050 du Code de procédure civile indique que cette action en rectification relève de la procédure gracieuse. Cependant cette affirmation semble trop générale. En effet, la jurisprudence a décidé qu'en cas d'opposition du ministère public aux demandes avancées par le requérant dans la procédure gracieuse, celle-ci devenait contentieuse (Civ. 1^{re}, 23 nov. 1976). Il faudra donc selon les cas appliquer les règles propres à la matière gracieuse ou contentieuse².

b. Le régime probatoire

- 87. Plan** – L'étude du régime probatoire suppose de s'intéresser à deux questions : la charge de la preuve (i) et l'objet de la preuve (ii).

i. La charge de la preuve

- 88. Nature de l'acte de déclaration de naissance** – Pour déterminer la charge de la preuve en cas de contestation de la mention du sexe porté sur l'acte de naissance, encore convient-il de préciser la nature de l'acte sur lequel est porté cette mention.

L'article 1317 du Code civil énonce que l'acte authentique est « celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ». L'article 57 du même code indique que l'acte de naissance, comprenant la mention du sexe, est dressé par l'officier d'état civil compétent. Il faut donc en déduire que la mention du sexe est comprise dans un acte authentique.

¹ Art. 99 al. 1^{er} C. civ. et art. 1047 CPC.

² En bref, indiquons que la procédure étant initialement gracieuse, il conviendra d'introduire la demande par requête et non par voie d'assignation. Puis, l'opposition du procureur de la République ayant rendu la procédure contentieuse, cette première commandera l'existence d'une publicité du jugement ainsi que le régime et l'étendue des voies de recours ouvertes. Sur le régime spécifique de la procédure gracieuse, cf. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6^e éd. 2009, n° 654.

La preuve contre un acte authentique – L'article 1319 du Code civil indique que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux. Cependant la jurisprudence est venue préciser qu'il en allait autrement pour les faits qui ont été déclarés à l'officier d'état civil et que celui-ci n'a pas pu constater par lui-même. Auquel cas ces faits ne sont établis que jusqu'à preuve du contraire¹. Depuis la loi du 20 novembre 1919 modifiant l'article 55 du Code civil, l'enfant n'est plus présenté à l'officier d'état civil lors de l'établissement de la déclaration de naissance ; la solution inverse présentait des risques sanitaires pour l'enfant à peine né². Ce sont donc les déclarants qui rapportent à l'officier d'état civil le sexe de l'enfant, ce deuxième procède donc lui-même à aucune constatation. Par conséquent la mention du sexe porté dans l'acte d'état civil ne vaut que jusqu'à preuve du contraire. Il appartient donc au requérant de prouver que le sexe mentionné à l'état civil est erroné. Reste à présent à rechercher les preuves que l'intersexuel devra fournir pour montrer qu'il appartient au sexe opposé à celui qu'on lui a attribué à la naissance.

ii. L'objet de la preuve

89. Différence de régime avec le transsexualisme – Pour déterminer la preuve qu'aurait à rapporter l'intersexuel, on pourrait à première vue s'inspirer de la jurisprudence relative au transsexualisme, dont on a vu qu'elle imposait de démontrer l'existence de ces trois éléments³. Cependant, une telle analogie serait à notre sens une erreur, dans la mesure où d'une part, les actions en justice ont une nature différente dans les deux cas (action en changement d'état pour le transsexualisme⁴, action en rectification d'état pour le transsexualisme) ; d'autre part, les conditions posées pour le transsexualisme ne paraissent pas transposables à l'intersexualisme⁵.

¹ Cass. Civ. 1^{re}., 16 juill. 1969 Bull. civ. I, n° 277 : « L'acte authentique ne fait foi jusqu'à inscription de faux que des faits que l'officier public y a énoncés comme les ayant accomplis lui-même ou comme s'étant passés en sa présence dans l'exercice de ses fonctions » ; en ce sens à propos des actes d'état civil, cf. not. PLANIOL et RIPERT par R. SAVATIER, *Traité pratique de droit civil français*, Tome 1, *Les personnes*, 2^e éd., 1925.

² Cf. G. LAUNOY, JCL. Code Civil, art. 55 à 57, fasc. 10, n°66 (date de fraîcheur 26 févr. 2006).

³ 1° un syndrome de transsexualisme, 2° un comportement social inverse à son sexe chromosomique et 3° la modification de l'apparence physique (Cass. AP., 11 déc. 1992, précité)

⁴ En effet, bien que cela puisse être un jour contesté (Cf. sur ces incertitudes CEDH, 11 juill. 2002, *Goodwin* précité, §81), aucune erreur n'a été commise quant au sexe du transsexuel à la naissance.

⁵ En effet, s'il est concevable de remplacer la preuve d'un syndrome de transsexualisme par celle d'un état intersexuel, il ne sera en revanche pas pertinent de maintenir l'exigence d'une opposition entre le sexe social et le sexe chromosomique. Imaginons ainsi l'hypothèse d'une personne atteinte d'un syndrome d'insensibilité partielle aux androgènes (donc avec un caryotype XY), déclaré fille à la naissance (car ses organes génitaux n'ont pu être suffisamment virilisés), mais qui revendiquera plus tard le sexe masculin. Celle-ci revendiquera alors un sexe social identique à son sexe génétique, alors que pour un transsexuel il faudrait une différence de ces deux composantes du sexe. Surtout, il ne nous paraît pas admissible d'exiger qu'un intersexuel suive un traitement médical afin de modifier son sexe « juridique » alors que ce traitement médical, gravement attentatoire à son

- 90. La preuve suffisante de l'erreur** – Quoi qu'il en soit, il convient, dans l'hypothèse d'un changement de sexe juridique demandé par l'intersexuel, de s'en tenir aux règles de l'action en rectification. Pour obtenir cette rectification, la seule condition est d'apporter la preuve d'une erreur commise dès l'origine sur l'état civil de l'individu. On convient néanmoins que pour justifier de la nature de l'action, il faudra que le requérant fasse la preuve qu'il est bien intersexuel (et non par exemple transsexuel). Le requérant pourra à cet effet produire au juge des éléments de son dossier médical, lesquels attesteront suffisamment de son intersexualisme.
- 91. Liberté et moyens de preuve** – S'agissant de la preuve de l'erreur proprement dite, celle-ci pourra être apportée par tout moyen, dès lors qu'elle constitue un simple fait juridique¹. Il nous semble que dans le cas d'un intersexuel, cette preuve devra porter plus particulièrement sur le sexe psychosocial de l'intéressé, lequel sera vraiment révélateur du sexe dont l'intersexuel se sent le plus proche. Nous avons en effet indiqué plus haut² que parmi les différents critères constitutifs du sexe, il fallait, dans la détermination du sexe juridique de l'intersexuel, accorder une place de choix au sexe psychosocial. Par conséquent, une fois la preuve de l'intersexualisme rapportée, le juge pourrait fonder sa décision sur de simples témoignages attestant que la personne adopte un comportement opposé à celui indiqué sur son acte d'état civil. Cette solution, fondée en droit, serait également fort opportune en ce qu'elle mettrait fin aux expertises médicales auxquelles les intersexuels doivent actuellement se soumettre et qu'ils trouvent souvent humiliantes, dégradantes et contraires à leur dignité, au point d'ailleurs que certains refusent de s'y soumettre, se privant ainsi *de facto* de la possibilité de changer leur sexe juridique.
- 92. Bilan** – Nous voyons donc que notre droit positif comprend des dispositions permettant à l'intersexuel de modifier son sexe à l'état civil. Il convient à présent de rechercher si notre droit permet réellement aux intersexuels de changer de sexe, ce qui supposerait qu'il les assistât matériellement dans leurs démarches tant juridiques que médicales.

B. L'assistance matérielle dans ce choix

intégrité physique, comporterait des risques médicaux. On peut en citer en ce sens une circulaire du 14 mars 2010 (Circ. DACS n° CIV/07/10, 14 mai 2010 : BOMJL n° 2010-03, 31 mai 2010) qui, à propos des transsexuels, demande aux procureurs de ne plus exiger que les organes génitaux internes aient été enlevés, dès lors que l'apparence du transsexuel a été modifiée de façon irréversible par des traitements hormonaux. Ce texte révèle l'intention des autorités politiques de ne pas contraindre les transsexuels à subir de dangereuses opérations chirurgicales. Il nous semble que les intersexuels devraient bénéficier du même mouvement de faveur.

¹ Cf. not. Com. 30 mars 1978 : Bull. Com. 1978, n°98, p. 80.

² Cf. *supra* n° 24.

- 93. Justification** – Lorsqu’une personne décide de suivre des traitements médicaux ayant pour objet de modifier son apparence biologique, elle devra recevoir l’assistance d’un médecin qui l’informerait des conséquences et des risques de cette opération. Ce n’est là qu’une simple application de l’obligation d’information du médecin¹ dont l’irrespect engagerait sa responsabilité². Cette assistance de l’intersexuel par la société nous paraît être un juste retour des choses. Dans la mesure où la société lui impose d’appartenir au sexe masculin ou féminin, il convient à tout le moins qu’elle l’aide au mieux à changer de sexe lorsqu’il n’assume plus celui qu’on lui a attribué. Ajoutons qu’une telle assistance paraît découler du droit au respect de la vie privée. Ainsi que le notait le J.-P. MARGUENAUD « ce n’est plus la modification de l’état civil, qui relève seule de l’article 8 et du droit au respect de la vie privée, mais tout ce qui, en amont, doit travailler à la rendre nécessaire ».³
- 94. Plan** – Cette assistance devrait se manifester pour le changement tant du sexe biologique (2) que juridique (1). Parce que ces développements sont bien éloignés du droit de la famille et qu’ils ne présentent pas un intérêt majeur au regard des nombreux autres problèmes posés par l’intersexualisme, nous avons préféré n’indiquer que très brièvement ces moyens d’assistance. Nous renvoyons le lecteur curieux à l’annexe.

1. La prise en charge du coût de l’instance

- 95.** Cette prise en charge peut se faire de deux trois manières. L’intersexuel peut :
- Demander le bénéfice de l’aide juridictionnelle selon les dispositions posées par la loi du 10 juillet 1991 relative à l’aide juridique ;
 - Exiger du procureur de la République qu’il se saisisse d’office de l’instance (art. 99 al. 3 C. civ.) ;
 - Demander au juge que le Trésor Public prenne en charge les frais et dépens du procès (art. 695 et s. du CPC).

2. La prise en charge des actes médicaux de changement de sexe

¹ Art. L1111-2 et s. CSP

² Relevons une décision d’une juridiction du second degré allemande du 3 septembre 2008 qui a condamné un médecin à 100.000 € des dommages et intérêts pour avoir mal exécuté son obligation d’information ; cf. le communiqué de la cour : http://www.olg-koeln.nrw.de/presse/archiv/archiv_2008/022_09-04-zwitterprozess.pdf

³ J.-P. MARGUENAUD, *L’état civil dans tous ses états : le transsexualisme encore et toujours*, RTD civ. 2007 p. 737.

96. Qu'ils se soient ou non vu attribuer un sexe corporel dans leur enfance, certains intersexuels peuvent souhaiter se soumettre à des actes médicaux de conformation sexuelle afin de se rapprocher du sexe dont ils se sentent le plus proche. Le plus souvent il s'agira de traitements hormonaux, quelquefois accompagnés d'interventions chirurgicales. Le prix de tels actes médicaux pourrait les arrêter dans leur démarche. Toutefois certaines règles juridiques leur permettent d'obtenir le remboursement d'une partie de leurs frais de santé.

Tout d'abord, en vertu de l'article L321-1, 1° du Code de la sécurité sociale, l'intersexuel a droit à la couverture des soins par l'assurance maladie. Ce droit se voit conforté par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (not. CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, §82). En outre l'intersexuel, en suivant la procédure décrite à l'article L322-3, 4° du même code paraît pouvoir prétendre à une exonération du ticket modérateur.

Bilan I. – Aux fils des précédents développements, nous avons montré que notre système juridique consacrait, au profit des intersexuels, le droit de se séparer du sexe qui leur a été attribué à la naissance. Plus encore, nous avons montré que ceux-ci pouvaient être aidés matériellement dans leur démarche, ce qui permettait un exercice effectif du droit de changer de sexe. Ce changement de sexe permettra à l'intersexuel d'atteindre, on peut l'espérer un certain bien-être. Sur le plan du droit, il bénéficiera alors de la condition juridique propre aux individus du sexe acquis. Mais quelles sont précisément ces règles prenant en compte le sexe d'une personne ?

II. Les enjeux de l'appartenance à un sexe

97. **Le changement du prénom** – Lorsqu'un intersexuel obtient la rectification de son état civil, cela peut avoir des conséquences sociologiques, même si aujourd'hui on n'attend guère la publication du jugement pour modifier son comportement¹. Sur le plan juridique cela se traduira de façon quasi-systématique par un changement de prénom. Ce changement sera une sorte d'accessoire du changement du sexe ; en attestent les décisions des juges du fond qui, avant la réforme introduite par la loi du 12 novembre 1955, autorisaient un tel

¹ Il en allait tout autrement au début du siècle. Cf. les propos d'un annotateur sous *La loi 20 juill. 1915* « on dut refaire l'éducation de la demoiselle B... : l'habituer aux vêtements féminins, modifier sa coiffure, lui apprendre à coudre, à mener un ménage, à exercer une profession conforme aux bienséances de son nouveau sexe et différente de celle qu'elle avait exercée jusque-là ».

changement¹ alors que la loi du 6 fructidor an II prohibait de façon claire tout changement de prénom.

98. Plan – Le changement de sexe permettra aussi à l’intersexuel de prétendre aux droits liés au sexe acquis car, bien qu’en déclin, il existe un certain nombre de règles liées au sexe (A). Cependant, risquent alors de se poser des conflits entre les règles anciennement applicables et celles concernant son « nouveau » sexe juridique (B).

A. Les droits liés au sexe

Si l’on conçoit bien de classer des biens, classer des personnes peut poser des difficultés au regard de l’exigence d’égalité posée notamment par la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789². Cela explique sans doute pourquoi le progrès des droits de l’homme s’est accompagné d’une plus grande égalité et, partant, d’un déclin des droits subjectifs³ attribués distinctement selon l’appartenance à tel ou tel sexe. En revanche de telles exigences d’égalité entre les hommes et les femmes ne s’opposent pas à ce que la différence sexuelle soit prise en considération dans l’édiction de règles de droit objectif, ce qui explique (du moins pour l’instant) la permanence de ces règles, en dépit du développement des droits de l’homme. Nous étudierons donc ci-après les différentes règles de droit objectif (1) et subjectif (2) liées au sexe⁴.

1. Droit subjectif et différence des sexes

Bien que le principe d’égalité entre les sexes masculins et féminins ait été consacré dès le préambule de 1946, de nombreuses différences ont longtemps existé dans les droits subjectifs attribués aux hommes et aux femmes. Ces différences se sont cependant amenuisées au cours du temps⁵, de sorte qu’il ne demeure aujourd’hui que peu de règles discriminatoires (a). Cependant, concomitamment à ce déclin, on a vu le sexe reprendre de l’importance à propos

¹ T. Civ. Corbeil, 15 juill. 1914 : La Loi, 20 juill. 1915 – RTD Civ. 1915, p. 493 obs. A. WAHL ; T. Civ. Quimper, 20 juill. 1931 : La Loi 7 oct. 1931 ; T. Civ. Château-Thierry, 26 janv. 1940 : DH 1940, II, 123 ; T. Civ. Soissons 25 juill. 1945, GP 1945, 2, 141.

² F. TERRE, *L’opération de catégorisation*, in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil. Catégories de personnes et droit privé*. 1804-2004, éd. Economica, Coll. Études Juridiques, 2006, p. 5.

³ On entend par là les règles qui rendent la personne titulaire de droit. Elles s’opposent aux règles de droit objectif, qui constituent l’assise juridique de la société. (cf. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 8^e éd., 2007, p. 626).

⁴ Nous nous sommes efforcés dans nos recherches, de balayer l’ensemble du droit positif pour recenser toutes les normes touchant au sexe, mais l’entreprise était démesurée et sans doute, des règles d’importance nous auront-elles échappé ; espérons alors seulement que celles-ci ne biaiseront pas notre analyse.

⁵ L. 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 (1999), p. 47 et s.

des mesures de discrimination positive, comprises comme celles visant à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes (b).

a. Le déclin des règles discriminatoires

99. Illustrations du déclin – Ces questions étant bien connues, il nous est possible de les évoquer brièvement. Tout d'abord, pour les modifications antérieures à 1999, on peut renvoyer à l'article précité de L. LEVENEUR. Au-delà de cette date, on peut relever, en droit des successions, la loi du 3 décembre 2001. Celle-ci abandonne la théorie des comourants, laquelle posait des présomptions différentes selon les sexes. En droit de la famille, la loi du 4 mars 2002 a tenté de mettre fin, de façon imparfaite¹, à l'attribution automatique à l'enfant du nom de son père. Quant au droit du mariage fut supprimé le délai de viduité (art. 228 ancien abrogé par la loi du 26 mai 2004), le port par la femme mariée du nom de son époux (loi du 26 mai 2004²) et la différence d'âge pour le mariage (art. 144 modifié par loi du 4 avril 2006).

100. L'existence de quelques différences – Pourtant persistent des différences dans les droits subjectifs que les individus tirent de leur sexe. Force est cependant de constater que la plupart d'entre elles reposent non plus sur un donné (l'appartenance à un sexe), mais sur un construit (telle la naissance d'un enfant)³. Ainsi la femme enceinte fait-elle l'objet d'une protection particulière par le droit, non pas parce qu'elle est femme, mais parce qu'elle attend un enfant. Par exemple le Code du travail comporte un chapitre posant des règles spécifiques aux femmes enceintes (art. L4151 et s.) ; de même le Code rural prévoit dans certain cas une indemnité de remplacement au profit des personnes de sexe féminin empêchées d'accomplir des travaux dans l'exploitation agricole en raison de leur maternité (art. L732-10). De telles différences nous paraissent pleinement justifiées et tout reproche de discrimination paraît écarté car les éléments discriminés, en raison de cette construction, sont objectivement distincts. Toutefois ce passage du donné au construit n'est pas encore totalement achevé. Certaines distinctions, reposant sur la seule appartenance à un sexe, sont

¹ Cf. F. TERRE et D. FENOUILLET, *ibid.*, n° 155

² L'art. 264 C. civ. permet à chaque conjoint de remplacer ou d'adjoindre à son nom, celui de son conjoint.

³ Cf. sur cette dialectique : C. DUVERT, *L'homme et la femme dans le Code civil ou La dialectique du donné et du construit*, in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil. Catégories de personnes et droit privé. 1804-2004*, éd. Economica, Collection Etudes Juridiques, 2006 p. 25 et s.

encore prévues par notre système juridique¹ bien qu'il soit possible de douter de la conventionnalité² et de la constitutionnalité³ de tels textes.

b. Les mesures de discrimination positive

101. Depuis maintenant une trentaine d'année⁴, notre droit a multiplié le recours à la discrimination positive entre les hommes et les femmes⁵. Ces possibilités sont offertes tant par le droit national⁶ que communautaire⁷. Celles-ci peuvent prendre la forme de mesures incitatives, voire de quotas⁸.

Si un intersexuel venait à bénéficier de ces mesures de discrimination positive, cela ne pourrait être que dans le sexe auquel il est rattaché à l'état civil. De ce point de vue, l'appartenance à un sexe plutôt qu'à un autre pourrait présenter un intérêt quant aux droits subjectifs qu'en tirerait l'intersexuel et ce, sans que l'application de la règle de droit à l'intersexuel ne pose quelques difficultés. Nous allons voir en revanche, que l'application d'une règle de droit objectif à un intersexuel va s'avérer bien plus délicate.

2. Droit objectif et différence des sexes

¹ Par exemple, l'art. L111-7 du code des assurances permet, dans certaines conditions, de fixer des primes différentes selon les sexes. Signalons également des différences plus anecdotiques telles que des différences d'âge dans l'ouverture du droit à certaines pensions (art. R424-5 du code de l'aviation civile qui ouvre au conjoint du défunt un droit à pension qui est de 60 si c'est un homme et 55 ans si c'est une femmes), ou des interdictions d'activité proprement féminines (l'art. 210 du code minier interdit par exemple aux femmes de travailler dans les souterrains, mines et carrières).

² L'exigence d'égalité ressort notamment du 12^e protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme qui interdit toute discrimination ou encore les articles 1, 3, 8 et 157 du traité sur l'union européenne.

³ Outre le préambule de la Constitution de 1946, on peut citer l'article 1^{er} de la Constitution ; ajoutons que ces textes sont, depuis le 1^{er} mars 2010, directement invocables par le justiciable (art. 61-1 de la Constitution).

⁴ Le premier texte en ce sens paraît être l'ancien art. L121-3 du code du travail qui autorise les « mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes ».

⁵ Pour un aperçu détaillé de ces règles : S. BRISSY, JCI Travail Traité, Fasc. 17-11 : Discriminations, n°61 et s. (date de fraîcheur : 15 juin 2009).

⁶ Art. 1^{er} al. 2 de la Constitution ; art. L1142-4 code du travail.

⁷ Art. 7, a. de la directive 2000/78 du 29 nov. 2000 ; art. 5 de la directive 2000/43, du 27 juin 2000.

⁸ Initialement, ces mesures visant à promouvoir l'égalité des chances, ne pouvaient pas prendre la forme de quotas, le Conseil Constitutionnel s'y refusant (CC, Déc. n°82-146 DC, 18 nov. 1982, cons. n°7 : RD publ. 1983, p. 333, comm. L. FAVOREU ; Déc. n° 98-407 DC, 14 janv. 1999, cons. n°12 pour les quotas en matière électorale ; CC, DC Déc. n° 2006-533 DC, 16 mars 2006 cons. n°16 pour les quotas dans les entreprises). Face à cette résistance, le législateur a modifié la Constitution à deux reprises dans le dessein de permettre l'instauration de quotas pour les mandats électoraux et les fonctions électives, ainsi que pour les responsabilités professionnelles et sociales (lois constitutionnelles n° 99-569 du 8 juill. 1999 et 2008-724 du 23 juillet 2008). Suite à cette modification, fut adoptée une loi instaurant des quotas dans les mandats électoraux et fonctions électives (loi n° 2000-493, 6 juin 2000). Quant aux quotas en matière professionnelle et sociale, une loi a été sur la représentation équilibrée au sein des conseils d'administration a été promulguée le 27 janv. 2011, malgré les critiques de la doctrine (cf. not. F.-X. LUCAS, *Femme... Je vous aime...*, JCP E, n° 7, 18 Février 2010, 1170).

102. Plan – Une règle de droit objectif peut prendre en compte le sexe des individus dans deux situations différentes : soit pour séparer les individus en deux groupes (a), soit pour rapprocher les individus afin de protéger des valeurs auxquelles la société est attachée (b).

a. Un sexe séparatif

103. Les fonctions de la séparation – Lorsqu’une règle de droit objectif recourt au sexe pour séparer les individus, elle l’utilise comme critère de répartition. Cette séparation peut avoir diverses finalités. Elle peut viser à mieux identifier les individus. Telle est la fonction du sexe à l’état civil. Elle peut encore avoir pour but de maintenir un certain ordre. Tel était le but de la séparation dans les écoles autrefois et aujourd’hui dans les prisons¹. Enfin, en sport, les règlements des fédérations sportives prévoient généralement une différence de sexe et recourent à divers tests pour établir ce sexe². Ici le sexe permet de créer une véritable concurrence entre les participants³. Dans ces trois illustrations, l’existence d’ambiguïté sur le sexe de l’individu va perturber la finalité recherchée par cette séparation.

104. Les difficultés d’application aux intersexuels. État civil – En présence d’un intersexuel, l’état civil ne pourra guère remplir sa fonction de police civile. Bien au contraire, il sera « contre-identificatoire » car les tiers, ne regardant que le sexe mentionné sur les documents d’identité de l’intersexuel, douteront d’avoir en face d’eux la bonne personne.

105. Prison – On imagine ensuite que la présence d’un intersexuel dans une prison sera cause de désordres et que cet individu risque de souffrir du comportement de ces codétenus⁴. L’ordre tout entier de la prison en sera troublé. Afin de retrouver la fonction de maintien de l’ordre que jouait le sexe, il serait possible de placer cet individu dans des quartiers isolés afin de lui éviter tout désagrément. Telle est, malgré les critiques que l’on puisse émettre au

¹ L’article D248 du code de procédure pénale exige que les hommes et les femmes soient incarcérés dans des établissements distincts.

² On se fondait autrefois sur l’apparence extérieure, reprenant en cela la tradition antique qui voulait que les athlètes courent nus pour qu’on puisse identifier leur sexe. Puis suite à des tests pratiqués sur la skieuse Erika Schineger en vue des jeux olympiques de Grenoble en 1968, on a eu recours systématiquement à des tests chromosomiques, remplacés provisoirement par des tests génétiques qui ne donnèrent pas satisfaction. La méthode actuelle n’est guère satisfaisante car d’une part il existe des mosaïques génétiques de sorte que d’un test à l’autre les résultats varient, d’autre part le sexe génétique n’est qu’une des nombreuses composantes du sexe. Par où l’on voit qu’il paraît presque impossible de définir positivement ce qu’est un homme ou une femme. Ajoutons qu’en opportunité ces tests sont critiquables en ce qu’ils n’existent que pour la femme : on ne trouve pas de tests de masculinité... Cf. sur ces méthodes J. MCGRATH, *op. cit.* p. 250 ; A. DEBET, *Le sexe et la personne*, LPA 1^{er} juill. 2004 n° 131, p. 22 ; J. PICQUART, *op. cit.* p. 182.

³ Le sexe constitue ici un critère permettant de créer des catégories à peu près homogènes, au même titre que certaines fédérations sportives se servent du poids (comme c’est le cas en judo par exemple).

⁴ Cf. à propos de transsexuels O. MILLOT, *A Fleury, on nous isole sinon on se fait violer et massacrer*, in *Libération*, 19 févr. 2010.

sujet de cette pratique d'isolement, la solution pour l'instant retenue en France pour les transsexuels.¹.

106. *Le sport* – Quant au sport, la question a été récemment placée sous les feux de la rampe à propos de la joueuse de tennis Sarah Gronert² et de la coureuse sud-africaine Caster Semenya³. Si dans le premier cas la joueuse a été admise à poursuivre ses compétitions sur le circuit⁴, la solution semble être différente pour la coureuse, puisqu'il semblerait que l'association internationale des fédérations athlétiques (IAAF) ait exigé que l'athlète se soumette à un traitement médical afin de réduire sa production de testostérone, laquelle lui procurerait un avantage indu sur ses concurrentes⁵. Si cette décision devait être concrétisée, elle contraindrait la sportive à se « contre-doper » pour continuer à concourir. Or ce ne serait pas sans risque pour sa santé. Reste la possibilité de la faire concourir parmi les hommes où, bizarrement, il n'existe pas de test de masculinité⁶. Cependant elle serait alors désavantagée par rapport à ses autres concurrents... On voit donc que, quelle que soit la catégorie sexuée où l'on place l'intersexuel, cela ne permettra pas d'assurer la concurrence que recherchait le règlement sportif. La finalité de la règle de droit se trouvera déjouée ; dans un cas au profit de l'intersexuel, dans l'autre à son détriment. La majorité l'emportant souvent sur la minorité, on imagine que ce sera en pratique à son détriment.

De semblables difficultés vont se retrouver lorsque le sexe est utilisé dans une règle de droit objectif ayant pour finalité, non de séparer les individus, mais de les rapprocher.

b. Un sexe attractif

Il arrive qu'une règle de droit objectif utilise l'appartenance des individus à un sexe afin d'attirer ces individus l'un vers l'autre et ainsi de protéger efficacement des valeurs auxquelles la société est attachée. Cette attraction peut reposer sur une identité de sexe (i) ou au contraire sur sa différence (ii).

¹ A. COLLETTE, *Transsexuels en prison, la double peine*, in *Les Inrocks*, 10 févr. 2010.

² T. HETTEAU, *Une joueuse hermaphrodite crée la polémique*, in *Les dessous du sport* 23 avr. 2009 (<http://www.lesdessousdusport.fr/tennis-une-joueuse-hermaphrodite-cree-la-polemique-4636>).

³ M. KESSOUS, *Un "test de féminité" pour la jeune Caster Semenya*, in *Le Monde*, 20 août 2009.

⁴ Mais cette clémence était sans doute liée au fait que la joueuse avait subi quelques traitements médicaux.

⁵ S. HART, *IAAF offers to pay for Caster Semenya's gender surgery if she fails verification test*, in *Telegraph*, 11 déc. 2009. Depuis le 6 juillet 2010 (elle est de nouveau autorisée à courir, mais aucune information médicale, quant à un éventuel traitement obligatoire n'a été rendue publique ; l'obligation de traitement n'est que rumeur. Cependant, cette hypothèse est rendue plausible par la lecture du document énonçant la politique de l'IAAF en matière de vérification du genre des athlètes (<http://www.iaaf.org/mm/Document/imported/36983.pdf>) où il apparaît que ces contrôles visent à assurer une compétition équitable

⁶ Trace vivante du sexisme ?

i. L'identité attractive

Il arrive que certaines règles de droit objectif régissent les relations entre deux personnes en exigeant que celles-ci soient de sexe identique. Nous en trouvons un exemple à propos des fouilles effectuées dans des prisons¹. En posant une identité de sexe, on espère que les fouilles seront plus protectrices de la dignité de la personne². En outre exiger une identité des sexes permettra peut-être d'obtenir une plus grande collaboration du détenu à ces fouilles.

De tels objectifs seront déjoués en présence d'un intersexuel car, sauf à imaginer que par extraordinaire un des gardiens soit intersexuel, le détenu ne sera pas fouillé par un individu ayant les mêmes caractéristiques sexuels que lui. Son apparence biologique ambiguë ne contribuera guère à garantir la dignité du détenu et à permettre qu'une certaine collaboration se noue entre gardien et détenu.

Nous voyons donc ici que la finalité de la règle de droit objectif se trouve déjouée. La même inadaptation de la norme va se retrouver en présence d'une règle de droit objectif exigeant une différence des sexes afin de rapprocher des individus.

ii. La différence attractive

107. La différence de sexe dans le mariage – L'archétype de cette différence attractive est sans doute le mariage³. Bien que la condition de différence de sexe ne soit pas énoncée dans le Code civil, on la trouve implicitement énoncée à l'article 144 énonçant « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus. En posant cette différence de sexe, la règle de droit vise à maintenir une unité entre des personnes qui traditionnellement sont censés s'unir pour la vie. En exigeant cette différence, la règle de droit prend en compte (postule ?) que les liens qui se tisseront entre un homme et une femme seront plus forts que ceux naissant entre deux personnes du même sexe ; cette différence de sexe serait le gage d'une meilleure unité. En outre, par celle-ci, le droit marque son attachement à l'hétérosexualité qui seule, permettrait d'assurer efficacement la perpétuation de l'espèce.

¹ En effet, l'article D275 du code de procédure pénale prévoit que les détenus ne peuvent être fouillés que par des agents de leur sexe et dans des conditions garantissant la dignité. Cette mention de la dignité révèle bien la finalité du texte.

² On imagine aisément les abus possibles en cas de fouilles effectuées par des personnes de sexe opposé.

³ Outre le mariage, on pourrait citer l'assistance médicale à la procréation qui suppose un couple formé d'un homme et d'une femme (art. L2141 CSP) ou encore l'interdiction du mariage par deux personnes du même sexe (art. 343 et 343-1 C. civ.). Ces différences ne paraissent pas se justifier par la volonté de rapprocher l'enfant de ses deux parents. Elles témoignent en revanche de la faveur accordée par le droit à l'hétérosexualité.

- 108. Problèmes soulevés par l'intersexualisme** – Mais comment appliquer cette règle de droit objective à un intersexuel ? Le mariage sera-t-il valide ? Ne serait-il pas à tout le moins possible de l'annuler pour erreur ? Plus fondamentalement, quel sexe l'article 144 exige-t-il ? Un sexe fictif, déclaré à l'état civil ou un sexe reposant sur une réalité biologique ?
- 109. Validité du mariage** – Il semble qu'il faille admettre qu'en soi, le mariage conclu par un intersexuel et un autre individu doit être valable. La solution contraire aboutirait à une contradiction avec la position adoptée par notre droit, lequel pose en fiction juridique¹ l'existence de deux sexes. Si l'on érige en fiction la dualité des sexes il faut s'y tenir jusqu'au bout. Dès lors qu'un sexe a été attribué à l'intersexuel, ce dernier pourra donc se marier avec une personne du sexe opposé. La jurisprudence nous paraît dans ce sens, puisque dans un arrêt de 1903, la chambre des requêtes a permis à l'intersexuel de se marier². Elle exige néanmoins que le sexe soit « reconnaissable » ce qui implique que le sexe déclaré à l'état civil repose sur minimum d'éléments biologiques. Si un tel mariage nous semble donc valide, il n'en demeure pas moins que la finalité de la règle (favoriser l'hétérosexualité) se trouvera quelque peu écornée. En effet, le concept même d'hétérosexualité est pris en défaut lorsqu'il est confronté à l'intersexualisme.
- 110. L'erreur** – Quand bien même ce mariage serait valide, il serait en revanche envisageable que le conjoint de l'intersexuel cherchât à obtenir l'annulation de son union en raison d'un vice du consentement portant sur la conformation sexuelle. On sait que depuis la loi du 11 juillet 1975, l'erreur dans le mariage peut porter sur les qualités essentielles et non plus sur la seule erreur dans la personne (art. 180 du Code civil). Or, la conformation sexuelle, et la fertilité qui l'accompagne généralement, paraissent bien être des qualités essentielles. Plusieurs arrêts ont ainsi accepté de retenir une erreur sur la personne en cas d'infertilité³. Il serait donc possible qu'un époux obtienne l'annulation de son union avec un

¹ Si la fiction se définit comme la technique par laquelle le droit pose une solution manifestement contraire à la réalité, il nous semble qu'opter pour une binarité des sexes, là où la nature ne connaît manifestement pas une telle différence, c'est instaurer une fiction juridique.

² Req. 6 avr. 1903 (DP 1904, I, 395, Concl. BAUDOUIN – S. 1904 p. 273 obs. A. WAHL) où la Cour de cassation censure un arrêt d'appel (Douai, 14 mai 1901, DP 1904, I, 395) qui avait refusé le mariage à cette « créature humaine » n'appartenant pas au sexe féminin, au motif qu'une telle union aurait conduit à « des relations immorales ou même contre nature entre les époux » condamnées par la loi. La Cour de Cassation, se montre plus clément et admet la validité de cette union « à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint », sans que ne doivent être pris en considération le « défaut, la faiblesse ou l'imperfection de certains des organes caractéristiques du sexe ».

³ Paris, 26 mars 1982 : GP 1982, 2, 519 – Defr. 1982, art. 32930, p. 1240, obs. J. Massip. Certains jugements l'avaient déjà admis avant la réforme de 1975, ce qui paraissait contraire à la lettre de l'article 180 ; cf. TGI Avranches, 10 juill. 1973 : D 1974, p. 174.

intersexuel, qui lui aurait caché son intersexualisme ou son infertilité conséquente. C'est en ce sens que s'est d'ailleurs prononcé une juridiction australienne¹.

111. *La notion de sexe dans l'article 144 du Code civil* – Une dernière difficulté pourrait se poser à propos de la validité d'un mariage contracté entre d'une part un homme et d'autre part un intersexuel qui aurait été déclaré à l'état civil comme étant de sexe masculin mais qui présenterait, suite à des traitements médicaux, tous les caractères féminins. L'hypothèse serait assurément extraordinaire et supposerait que l'officier d'état civil se soit laissé tromper par l'apparence féminine de l'intersexuel. Le cas mérite cependant d'être envisagé car il pose l'intéressante question de savoir à quel sexe entend se référer l'article 144 du Code civil lorsqu'il parle de l'« homme » et de la « femme ». S'agit-il du sexe juridique indiqué à l'état civil ou du sexe biologique apparent ? L'arrêt précité de 1903 ne permet guère de résoudre cette question, car il concerne l'hypothèse d'un intersexuel non opéré présentant des caractères ambigus. Par où l'on voit qu'une telle question ne peut se poser que depuis que la science a donné aux intersexuels les moyens de perdre leur ambiguïté sexuelle.

Dans une affaire récente², un juge anglais était saisi d'une demande en nullité de mariage présentée par un homme qui s'était marié avec une personne déclarée à la naissance de sexe masculin mais qui présentait, suite à des traitements médicaux, une parfaite apparence féminine. Le juge, après avoir conclu que le défendeur était une femme, malgré son état civil, a rejeté la demande en nullité. Cette solution prend donc en compte le sexe biologique apparent de l'intersexuel et non son sexe juridique. Elle ne nous semble cependant pas transposable en France car, à l'époque où cette décision a été rendue, le Royaume-Uni ne connaissait pas de véritable système d'état civil et qu'il était matériellement impossible de rectifier le sexe sur l'acte de naissance. Dès lors qu'en France, la procédure de changement du sexe à l'état civil existe et, ainsi qu'on l'a montré plus haut, qu'il est possible pour l'intersexuel, d'obtenir cette rectification, il nous semble que les mots « homme » et « femme », de l'article 144 du Code civil doivent être compris comme renvoyant au sexe indiqué sur les registres de l'état civil. Le mariage contracté dans cette hypothèse serait donc nul³. Cette solution implique que dans notre hypothèse de départ l'intersexuel d'apparence féminine devra, préalablement à son mariage, faire rectifier son état civil masculin.

¹ Marriage of C. and D. (1979) 35 F.L.R. 340, cité par J. A. GREENBERG, *Defining male and female: intersexuality and the collision between law and biology*, Arizona Law Review, Summer, 1999, note 304.

² W v. W, Fam. Div., 10 oct. 2000 ; [2001] Fam. 111 (disponible sur la base westlaw) et [2001] 1 FLR 324.

³ Pour la Cour de cassation, la sanction est bien une nullité et non une inexistence ; cf. Cass. Civ. 1^{re}. 17 mars 2007, Bull. 2007, I, n°113.

Ajoutons qu'il ne sera pas possible au tribunal saisi de l'action en nullité d'opérer lui-même la rectification de l'état civil. En effet, bien que la règle ne soit nulle part formulée explicitement¹, l'action en nullité doit être portée devant le tribunal de grande instance et sa compétence territoriale paraît devoir être déterminée par les règles posées à l'article 1070 du Code de procédure civile. Or, nous avons vu plus haut² que l'action en modification du sexe était une action en rectification de l'état civil, présentée devant le tribunal de grande instance (et non la formation collégiale de tribunal) et que la compétence territoriale de cette juridiction était déterminée par l'article 1048, lequel diffère de l'article 1070 précité. Par où l'on voit que le tribunal saisi de l'action en nullité ne pourra pas statuer également sur l'action en rectification. Une procédure parallèle devra donc être engagée aux fins d'obtenir la rectification de l'état civil. On pourrait alors s'interroger sur l'issue de cette demande en nullité si, dans le cours de l'instance, l'intersexuel obtenait la rectification de son sexe. Pour répondre à cette interrogation, il convient de s'interroger à présent sur la portée de la rectification du sexe, quant aux droits liés à la seule appartenance à ce sexe.

B. La portée temporelle de la modification du sexe

- 112. Énoncé du problème** – Pour connaître la portée dans le temps du jugement en rectification d'état, il convient de s'interroger sur la nature de celui-ci. Est-il déclaratif ou constitutif ?
- 113. Première approche** – Le jugement déclaratif est défini comme un jugement qui constate un droit préexistant³. Ce jugement est rétroactif, ou plutôt, il produit des effets dès la naissance du droit qu'il se borne à reconnaître⁴. À l'inverse, le jugement est constitutif lorsqu'il crée un nouvel état de droit⁵. Les effets de ce jugement « ne remontent pas normalement au jour de la demande, mais partent seulement au jour de leur prononcé »⁶.

¹ Ni le code civil, ni le code de procédure civile n'en touche mot ; quant à la jurisprudence on trouve certes des arrêts sur la nullité du mariage dans lesquels on comprend que la procédure a été portée devant le tribunal de grande instance, mais il n'est jamais affirmé explicitement qu'il est le tribunal compétent (cf. not. Cass. Civ. 1^{re}., 28 mai 1991 : Bull. civ. 1991, I, n° 169. ; Cass. Civ. 1^{re}., 28 mars 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 184. ; Cass. Civ. 1^{re}., 13 mars 2007 : Bull. civ. 2007, I, n° 113). Néanmoins on peut déduire cette compétence de l'art. L211-3 COJ attribuant en principe tout litige au TGI. En outre le code civil révèle que l'institution du mariage relève en principe du TGI. En attestent les contentieux relatifs à la transcription des actes de mariage (art. 171-7 C. civ.), au sursis au mariage (art. 175-2 C. civ.), à l'opposition au mariage (art. 177 C. civ). On pourrait alors hésiter à confier cette compétence au juge délégué aux affaires familiales. Néanmoins eu égard aux effets de la nullité il paraît préférable de maintenir la formation collégiale du TGI (L212-1 COJ).

² Cf. *supra* n°77 et s.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 8^e éd., 2007, p. 268.

⁴ L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs de droit*, RTD civ. 1929, pp. 42-43.

⁵ G. CORNU, *ibid.* p. 222.

⁶ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz, 29^e éd., 2008, n°216.

Appliquant cette règle à l'état civil, L. MAZEAUD indiquait que les jugements modifiant l'état d'une personne étaient constitutifs¹, tandis que ceux par lesquels le juge se borne à reconnaître une capacité sont des jugements déclaratifs². Parmi ces derniers il cite les jugements portant rectification de l'état. De là nous devrions déduire que le jugement modifiant le sexe de l'intersexuel est déclaratif et qu'il produit ses effets dès la naissance du droit d'appartenir au sexe adéquat³, c'est-à-dire dès la naissance de l'enfant.

114. Comparaison avec les transsexuels. *Conception classique* – Cette solution différerait de celle retenue pour les transsexuels où il est jugé que le jugement de changement d'état n'a qu'un effet constitutif⁴. Cependant, ainsi que le note Jean HAUSER, une telle solution n'est sans doute pas pleinement satisfaisante car « après tout, si le juge retient le changement, c'est bien que celui-ci est antérieur à son jugement, ce qu'exige d'ailleurs la jurisprudence, et qu'il ne fait que constater un état qui préexistait, ce qui pousserait plutôt vers la déclarativité »⁵. Cet auteur en déduit donc que ce changement d'état civil devrait en théorie entraîner la nullité du mariage et non sa caducité. Cependant, il écarte par la suite cette interprétation, pour des motifs d'opportunité⁶.

115. *Conception renouvelée* – L'idée initiale de Jean HAUSER est fort pertinente, mais il convient de la préciser d'avantage. Avec cet auteur, il nous semble qu'en toute logique juridique on ne peut pas faire autrement que d'affirmer que le jugement de changement d'état, emportant changement du sexe du transsexuel, est lui aussi un jugement déclaratif et qu'il doit en conséquence produire ses effets antérieurement à son prononcé. Plus précisément, cet effet se produira à partir du jour où la situation préexistante est apparue, c'est-à-dire au jour où le transsexuel a, *de facto* et aux yeux de la société, opéré sa conversion sexuelle et exigé d'autrui qu'il la respecte. Quelle meilleure expression de cette volonté de conversion, que la saisine du tribunal par laquelle le transsexuel demande son changement d'état ? Il nous semble en effet optimal, afin de simplifier la tâche du juge et du requérant auquel incombe la charge de la preuve de son changement d'état, de *présumer réfragablement que le changement d'état s'accomplit au jour de la saisine du tribunal*. Le requérant pourra éventuellement démontrer que son changement d'état s'est produit auparavant ; auquel cas, le juge devra vérifier que le requérant s'est effectivement comporté

¹ L. MAZEAUD, *ibid*, pp. 23-24.

² *Ibid*, p. 26.

³ Sur l'existence du droit à appartenir à un sexe correspondant à son identité sexuelle, cf. *infra* n°117.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006 : Bull. civ. I, n° 478 – Defr., 2007. 779, obs. Massip ; Lyon, 2^e civ. 15 mai 2007, JCP 2007, IV, 1032 ; cf. aussi J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1993, n°1860 et s., et not. n°1931 où il retient comme point de rupture la date de la décision judiciaire.

⁵ J. HAUSER, *État civil et transsexualisme : nature juridique de la décision de changement*, RTD Civ. 2008 p. 78.

⁶ L'auteur écarte cette « rétroactivité » en arguant d'une protection des intérêts des tiers.

comme une personne du sexe opposé à son sexe juridique à partir du jour où il prétend s'être décidé à changer d'état. Ainsi cette décision ne pourra en aucune façon préjudicier aux tiers. S'il s'avère ultérieurement au jugement de changement d'état que celui-ci a préjudicié aux tiers ces derniers pourront former tierce-opposition conformément aux articles 582 et suivant du Code de procédure civile.

En conséquence, et contrairement à ce qu'affirme Jean HAUSER, il nous semble que cette déclarativité du jugement ne préjudiciera pas aux tiers et en particulier à la famille du transsexuel. En effet, lorsqu'un transsexuel se marie ou donne naissance à des enfants dans son sexe d'origine, on ne peut pas considérer, à la date de cet événement, que sa conversion sexuelle s'est déjà produite. Bien au contraire, en se mariant avec une personne du sexe opposé à celui qu'il a à l'état civil, ou en donnant naissance à des enfants dans son sexe biologique initial, le futur transsexuel marque son attachement à ce sexe initial. Ces événements, par la portée symbolique qu'ils revêtent, indiquent que le transsexuel n'est pas encore prêt à effectuer sa conversion sexuelle. Par conséquent, la décision juridictionnelle de changement de sexe ne devrait pas pouvoir produire ses effets au jour de la conclusion du mariage ou au jour de l'acte sexuel à partir duquel l'enfant a été conçu¹. Par où l'on voit que le changement judiciaire de sexe entraînera la caducité du mariage² et non sa nullité comme y invitait Jean HAUSER. De même, le lien de filiation établi avec ses enfants restera inchangé³.

Il nous semble donc inexact de dire, comme le fait l'auteur précité, que c'est pour protéger les tiers que le changement de sexe ne produit aucun effet rétroactif. En bonne logique, ce jugement est déclaratif et il doit produire ses effets antérieurement à son prononcé.

116. 2nde approche – Cette analyse renouvelée de la portée des jugements de changement de sexe des transsexuels peut être appliquée à l'hypothèse de l'intersexuel souhaitant changer son identité sexuelle. Certes, l'erreur sur le sexe de l'intersexuel a été commise au jour de l'inscription de son sexe à l'état. Pourtant l'intersexuel s'est en parti construit sur cette erreur et des tiers ont également pu être convaincu qu'il était bien du sexe indiqué à l'état civil. Or nous avons montré que le sexe n'est pas que la résultante de caractères biologiques, il est aussi psychosocial. De sorte que pour fixer la date d'effet de jugement portant rectification de l'état civil il convient également de prendre en compte ce sexe psychosocial.

¹ Il convient en effet ici de retenir la date de la conception, car en retenant la date de naissance on prendrait le risque qu'entre la conception et la naissance le transsexuel ait opéré, en fait, sa conversion. On pourrait fonder cette solution sur une application inédite de l'adage *infans conceptus*.

² La doctrine se prononce majoritairement en ce sens (concl. Jéol sous Cass. AP., 11 déc. 1992 : précité. – H. Lécuyer, obs. sous Nîmes, 7 juin 2000 : Dr. Fam. 2001, comm. 4. – J. HAUSER, obs. sous Nîmes, 7 juin 2000 : RTD civ. 2001, p. 335, n° 10) tandis que la jurisprudence retient pour l'instant la nullité : Nîmes, précité.

³ Paris, 2 juill. 1998 : JCP 1999. II. 10005, obs. GARE – Dr. fam. 1999. 13, obs. MURAT.

En conséquence la rectification ne devrait produire ses effets que du jour où l'intersexuel a pris conscience de cette erreur et s'est décidé à adopter un sexe psychosocial en conformité avec son sexe biologique (donc contraire à celui inscrit à l'état civil). On ne saurait ici se contenter d'une décision purement intellectuelle, celle-ci devra avoir été extériorisée. Pour fixer la date de cette décision, le juge pourrait par exemple reprendre les critères utilisés de la possession d'état¹. Cette opération ne serait pas inhabituelle pour les juges dans la mesure où ceux-ci sont confrontés à de telles difficultés pratiques lorsqu'il ont à dater le jour à partir duquel une possession d'état d'enfant a commencé à exister.

En fin des comptes, cette approche renouvelée de la portée du jugement déclaratif permettra d'assurer une protection efficace des tiers, tout en ne contraignant pas l'intersexuel à se soumettre au lourd régime de l'action en changement d'état.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Dans cette deuxième partie, nous avons montré dans un premier temps que le droit français, correctement appliqué, devrait permettre aux intersexuels de changer leur sexe afin d'adopter celui auquel ils se sentent appartenir. Ce changement, qui peut être tant juridique (sexe à l'état civil) que biologique (sexe inscrit dans la chair de l'individu), devrait également faire l'objet d'une assistance matérielle par l'État. Sur ces points le droit positif nous semble pleinement satisfaisant.

En revanche le bilan du droit positif est plus mitigé s'agissant des droits liés au sexe lorsqu'ils viennent à s'appliquer à l'intersexuel. Outre les problèmes d'application dans le temps de ces droits en cas de changement de sexe, nous avons souligné l'inadaptation de notre droit positif à l'intersexuel. Ceci est particulièrement vrai pour les règles de droit objectif dont nous avons montré que la finalité qui les sous-tendait n'était pas atteinte en présence de l'intersexuel. Tel n'est pas le cas en revanche pour les règles de droit subjectif dont l'application n'est guère perturbée. Cependant nous avons indiqué que ces dernières, à l'exception de la critiquée discrimination positive, étaient en déclin et qu'elles tendaient à reposer de moins en moins sur le sexe, que sur l'utilisation qu'en fait l'individu (le « construit »). Dès lors, il paraît nécessaire de remédier à cette inadéquation. Une réforme serait nécessaire, mais sous quelle forme ? Tel sera l'objet des développements qui vont suivre.

¹ Le prénom que l'intersexuel se donne (*nomen*), la manière dont il est reconnu dans la société (*fama*) et la façon dont ses proches le traitent (*tractatus*). Sur ces trois éléments cf. F. TERRE et D. FENOUILLET, *ibid*, n°735.

Partie 3 - La réforme inéluctable du droit positif

Au regard des nombreuses difficultés soulevées par les naissances d'intersexuel on peut s'interroger sur les éventuelles modifications qui pourraient être apportées à leur situation juridique. Plusieurs pistes de réflexion peuvent être abordées. Les unes, concernent la catégorie même du sexe (I), les autres, l'opération de classification (II).

I. La révision des catégories

Ainsi que l'exprimait Mme Rassat¹, « 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 ». Cela n'est pas sans rappeler les propos de Sybil dans *Les animaux dénaturés* de Vercors « Toute classification est arbitraire. La nature ne classe pas. C'est nous qui classons, parce que c'est commode. Nous classons d'après des données arbitrairement admises, elles aussi. »²

Afin de raccorder faits et droits, d'aucuns pourraient appeler de leurs vœux une évolution de la catégorisation binaire décrite plus haut. Cependant, modifier en droit (et en droit seulement), cette distinction fondamentale des sexes (renverser ce « butoir ultime de la pensée »³), constituerait un changement hautement symbolique, dont on pourrait en outre craindre qu'il ne conduise à de sérieuses dérives. Ajoutons qu'il semblerait critiquable de bouleverser la catégorisation selon le sexe pour tenir compte d'une hypothèse marginale qui concerne quelques milliers ou une dizaine de milliers de personnes en France. Souvenons-nous des paroles du Doyen Carbonnier sur la législation des cas cliniques⁴. Pour toutes ces raisons il est nécessaire, avant de proposer une réforme de la catégorisation sexuelle, (B) que soient exposés les arguments qui fonderaient un changement d'une telle ampleur (A).

¹ M.-L. RASSAT, *op. cit.*, p. 661.

² Vercors, *Les animaux dénaturés*, Albin Michel, 1952, p. 66

³ F. HÉRITIER, *op. cit.*, p. 18.

⁴ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995 pp. 57-58 « Il faut se garder d'une législation des cas cliniques – ces cas cliniques tels que nous les rencontrons au hasard des procès » ; cf. aussi les propos de R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, p. 847, n°20, à propos des transsexuels) « Mais nous croyons fermement que le droit civil n'a pas à prendre en considération ces cas singuliers ». Cependant la remarque de CARBONNIER était relative à l'appréciation de l'« utilité d'une disposition ». Dès lors que cette disposition perd son utilité, il nous semble que la remarque perd de sa pertinence. Or, nous avons vu plus haut que le droit recourait de moins en moins au sexe, ce qui témoignait d'une moindre utilité de celui-ci. Tenant compte de cela, il serait alors acceptable de modifier notre législation pour tenir compte du cas particulier des intersexuels.

A. Les fondements d'une réforme

Ces justifications nous paraissent pouvoir être trouvées dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDH) telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, ni l'une ni l'autre n'envisagent les difficultés de catégorisation des intersexuels. Cependant il semble possible de transposer aux intersexuels, nombre des solutions dégagées à propos du transsexualisme, sur le fondement de l'article 8 de ladite convention. Ce texte pose, dans son alinéa 1^{er}, le principe du respect au droit de la vie privée auquel il reconnaît, dans son alinéa 2, certaines limites. Après avoir appliqué ce principe aux intersexuels (1), nous rechercherons s'il peut être limité (2).

1. La binarité des sexes, une atteinte à la vie privée des intersexuels

117. Dans l'arrêt *Pretty*¹, la Cour européenne des droits de l'homme a déduit de l'article 8 précité un droit au développement personnel, entendu comme « le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »². Parmi ces « détails », la Cour européenne des droits de l'homme a inclus le sexe³. Si l'on examine à présent le sort des intersexuels qui n'appartiennent ni biologiquement, ni psychologiquement à l'un des deux sexes, on s'aperçoit que notre droit ne leur offre aucune possibilité d'affirmer réellement leur identité sexuelle. Ces intersexuels n'ont qu'un choix tronqué, entre le sexe masculin et le sexe féminin. En privant les intersexuels de la possibilité de choisir un sexe correspondant à leur véritable identité sexuelle, notre droit viole leur droit au développement personnel et partant, l'article 8 précité⁴. Cependant ce constat ne condamne pas pour autant le droit positif. En effet, l'article 8 alinéa 2 permet aux États parties de limiter les droits posés par l'alinéa 1^{er} sous certaines conditions dont il convient de rechercher si elles sont ici réunies.

¹ CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 61 : Defr. 2002, 1131 – RTD civ. 2002, p. 858.

² CEDH, 11 juill. 2002 *Goodwin c/ Royaume-Uni* §90 : M. LEVINET, GACEDH, 5^e éd., Thémis, 2009, p. 465.

³ *Idem*.

⁴ Rappelons ici les paroles de M. FOUCAULT qui soulignait l'importance du sexe dans la construction de l'individu : « C'est par le sexe [...] que chacun doit passer pour avoir accès à sa propre intelligibilité [et] à son identité ». (*La Volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 205).

2. La binarité des sexes, une ingérence justifiée ?

118. L'encadrement des limites – L'article 8 alinéa 2 précité permet aux États parties de limiter le droit au respect de la vie privée sous trois conditions¹. Ces limites doivent **1°** être posées par la loi, **2°** poursuivre un des buts légitimes énoncés par le texte et **3°** être nécessaires dans une société démocratique. Cette dernière condition est de loin la plus délicate. **a)** La Cour européenne des droits de l'homme a indiqué que « la notion de nécessité implique un besoin social impérieux ; en particulier, la mesure prise doit être proportionnée au but légitime poursuivi ». Pour caractériser cette proportionnalité, **b)** la Cour recherche fréquemment si a été ménagé le juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts du requérant². En outre **c)** son contrôle de proportionnalité varie selon trois critères. D'abord **i)** la nature des activités en cause ; cela impliquera que la marge d'appréciation de l'État sera d'autant plus réduite que l'ingérence est relative à un droit qui touche à la sphère d'intimité de l'individu ; à l'inverse, le contrôle de la Cour sera d'autant plus réduit que l'activité en cause est complexe. Ensuite **ii)** le but de l'ingérence entre en compte : s'il constitue un but légitime objectif, telle la protection de l'autorité judiciaire, la marge d'appréciation de l'État sera importante. Il en ira autrement en présence d'un but contingent, telle la protection de la morale. Enfin **iii)**, est prise en compte la présence ou non d'un « dénominateur commun aux systèmes juridiques des États »³.

119. Application aux intersexuels. Vérification des conditions – S'agissant des intersexuels, **1°** la limite du droit au respect de leur vie privée est implicitement posée par la loi⁴. **2°** L'existence d'un but légitime paraît moins certaine. Peut-être pourrait-on rattacher cela à la protection d'une certaine morale sociale ou encore à la défense des droits d'autrui⁵. **3°** Quant à la nécessité, **a)** la distinction des sexes constitue un élément fondamental de notre société et paraît donc bien être un « besoin social impérieux ». **b)** Il n'est en revanche pas certain qu'imposer la dualité des sexes soit un moyen proportionné car celle-ci ne paraît guère assurer un équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers de l'intersexuel, ceux-ci se voyant très largement soumis aux règles commandées par la majorité des individus qui ont une appartenance sexuelle non ambiguë. En outre, **c)** la France ne semble pas pouvoir invoquer sa marge d'appréciation. En effet, **i)** s'agissant de l'activité en cause,

¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^e éd., PUF, 2005, n°150 et s.

² *Ibid.*, n°154

³ CEDH, *Rasmussen c/ Danemark*, 28 nov. 1984, § 40, JDI, 1986, 1074, obs. P. TAVERNIER.

⁴ Cf. *supra* n° 9.

⁵ Notons qu'il est improbable que la dualité des sexes soit condamnée pour absence de but légitime car la jurisprudence de la CEDH révèle qu'il est exceptionnel que surviennent des censures pour défaut de but légitime : cf. F. SUDRE, *ibid.*, n°151.

la question de l'identité sexuelle est « l'un des aspects les plus intimes de la vie privée »¹. Elle est en outre une activité très simple : point n'est besoin d'une réglementation complexe pour la régir. **ii)** Quant au but de l'ingérence, celui-ci est contingent, il relève plus d'une morale sociale que d'une nécessité objective. **iii)** Le seul élément qui pourrait accroître la marge d'appréciation de la France, est le comportement des autres États parties, lesquels retiennent majoritairement² semble-t-il la dualité des sexes.

Si l'on fait à présent le bilan des éléments pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme pour apprécier de la nécessité de la mesure, il penche très nettement, mis à part la solution adoptée dans les autres États membres, en faveur d'une absence de nécessité. Par conséquent, il nous faut conclure que la limite apportée en droit français au développement personnel des intersexuels, constitue une ingérence illimitée dans ce droit. Une telle observation peut être confirmée par la jurisprudence très explicite dégagée par ladite Cour à propos du transsexualisme.

120. Comparaison avec les transsexuels – Dans l'arrêt *B c/ France* du 25 mars 1992³, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour violation de l'article 8. Elle a estimé que la requérante, une transsexuelle opérée qui n'avait pas pu obtenir la rectification de son état civil, subissait, « en raison de la nécessité fréquente de révéler à des tiers des éléments relatifs à sa vie privée, des perturbations trop graves pour que le respect des droits d'autrui puisse les justifier. » En transposant cette solution aux intersexuels, on pourrait arguer que le droit français, en forçant ces derniers à appartenir au sexe masculin ou féminin, alors qu'ils ont bien souvent une apparence extérieure ambiguë, les contraint, dans leur vie quotidienne, à maints désagréments, lesquels les conduisent à révéler aux tiers leur vie privée⁴. Il n'est cependant pas certain que le niveau d'ingérence quotidienne, subi par un intersexuel, soit de la même intensité que celui que subissait en France, jusqu'au revirement de 1992, un transsexuel n'ayant pas pu obtenir la rectification de son état civil. En effet, l'apparence extérieure de l'intersexuel n'est généralement pas en nette contradiction avec le sexe indiqué sur ses documents d'identité ; elle est simplement ambiguë.

Toutefois, cette dernière argumentation ne saurait perdurer depuis l'arrêt *Goodwin* précité. Dans celui-ci, la Cour européenne des droits de l'homme a renversé la position qu'elle avait adopté jusqu'alors envers le Royaume-Uni. Auparavant la Cour décidait qu'au Royaume-Uni

¹ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, RTD civ., 2004, p. 361, obs. MARGUENAUD.

² À l'exception au moins de la Suisse ; cf. *supra* n°11.

³ CEDH, 25 mars 1992, *B c/ France*, JCP 1992, II, 21995 – D 1993, p. 103

⁴ Imaginons cet exemple vécu d'un intersexuel qui se rend à la poste pour récupérer une lettre recommandée et qui voit sa demande rejetée par le postier car ce dernier, après consultation de sa carte d'identité, estime que la personne qu'il a devant lui n'est pas celle représentée sur la carte d'identité. Pour récupérer son pli l'intersexuel est alors contraint d'expliquer sa situation.

les transsexuels n'étaient pas exposés à une ingérence quotidienne telle que celle-ci était disproportionnée¹. Elle en déduisait donc qu'il n'y avait aucune violation de l'article 8. Or, dans l'arrêt *Goodwin*, la Cour accepte de retenir une violation de l'article 8, alors même que « le niveau d'ingérence quotidienne que subissait la requérante dans l'affaire *B c. France* précitée n'est pas atteint² ». La Cour considère que le droit au développement personnel doit désormais primer ; elle prive l'État de sa marge d'appréciation et considère que le refus d'autoriser les transsexuels à changer de sexe n'est pas proportionné et qu'il constitue une ingérence illégitime dans le droit au respect de la vie privée.

Par conséquent, on ne peut plus écarter le grief d'inconventionnalité en soutenant qu'en France la situation des intersexuels est meilleure que celle des transsexuels et que ceux-ci ne subissent pas une ingérence suffisante pour que soit caractérisée une atteinte à leur vie privée. La conséquence de ce raisonnement est alors que, s'agissant des intersexuels, la dualité des sexes est inconventionnelle et qu'il nous faut l'abandonner³.

D'aucuns pourraient alors s'offusquer des conséquences considérables qu'aurait cette décision et arguer qu'on ne saurait admettre qu'une question de cette ampleur soit réglée par des juges européens. On répondra, en droit, que de tels arguments ne seront sans doute pas entendus par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'arrêt *Goodwin* précité, ladite Cour a pris soin d'énoncer cette phrase à l'adresse des États membres : « *la Cour ne sous-estime pas les difficultés que pose un changement fondamental du système ni les importantes répercussions qu'une telle mesure aura inévitablement, non seulement pour l'enregistrement des naissances, mais aussi dans des domaines tels que l'accès aux registres, le droit de la famille, la filiation, la succession, la justice pénale, l'emploi, la sécurité sociale et les assurances* »⁴.

Il nous semble donc que le droit français, en ce qu'il impose aux intersexuels d'être ou homme ou femme, contrevient à l'article 8 de la CSDH, tel qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette stricte dualité nous paraît donc devoir être abandonnée. C'est à ce prix que pourra être sauvegardée la démocratie telle que la conçoit la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁵ : « La démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un

¹ CEDH, 17 oct. 1986, *Rees c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 27 sept. 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni* ; CEDH, *B c/ France* précité, § 63.

² CEDH, 11 juill. 2002 *Goodwin c/ Royaume-Uni* § 89.

³ Remarquons néanmoins que dans l'arrêt *Goodwin* précité (§ 84 et 85), la CEDH prend soin de s'appuyer sur le comportement des États membres. Peut-être y aurait-il là un moyen de sauver notre binarité des sexes. Il nous semble cependant que la balance penche bien trop du côté de l'ingérence injustifiée et que ce seul argument ne suffira pas à faire échapper la France à une condamnation.

⁴ CEDH, 11 juill. 2002 *Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 91.

⁵ CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, §63.

juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante ». Reste à présent à déterminer ce « juste traitement » qui viendrait remplacer la dualité des sexes.

B. Les propositions de réforme

121. Plan – Une réforme de notre droit positif ne nous semble pouvoir emprunter que deux voies. Soit, ajouter des catégories aux deux existantes (a), soit au contraire les supprimer (b).

1. Le troisième sexe

122. Défense du troisième sexe – La première solution à laquelle on songe consisterait à créer un troisième sexe regroupant les intersexuels. Telle est la proposition de Michèle-Laure RASSAT qui, après avoir affirmé ne pas plaider pour la création d'un troisième sexe, estime tout de même que le droit doit « réserver à côté des cas non ambigus de sexe masculin ou féminin, une troisième catégorie [...] dans laquelle seront regroupés tous ceux dont le sexe n'est pas homogène »¹.

123. Rejet du troisième sexe – Monsieur BRANLARD a développé la critique la plus fournie de cette proposition en montrant que « la thèse du troisième sexe a contre elle *la tradition, la doctrine médicale, et la jurisprudence.* »² Telle est également la position de R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI pour qui l'instauration d'un troisième sexe aurait un caractère discriminatoire et conduirait à une « humanité de second rang, à personnalité juridique limitée »³. Quant au doyen Carbonnier, il exprimait craindre qu'on ne voit apparaître une « classe de parias »⁴. C'est sans doute également pour cette raison que l'instruction générale de l'état civil déconseille de recourir à la mention « sexe indéterminé »⁵. Cet argument nous paraît pleinement pertinent. La création de cette troisième catégorie rendrait visible aux yeux de tous l'intersexualisme d'une personne, alors que cette dernière ne le souhaite pas forcément⁶. En désignant ainsi cet *autre* il y aurait un risque de stigmatisation⁷. Il n'est donc

¹ M.-L. RASSAT, *op. cit.*, p. 661. Cf. aussi les conclusions du substitut Fabre pour qui, « si la loi naturelle de la différenciation sexuelle est vraiment trop obscure, alors qu'on vous demande de rectifier l'acte de naissance en substituant à l'énonciation d'un sexe insuffisamment déterminé la mention de "sexe indéterminé" » (concl. sous TGI Seine, 18 janv. 1965 : JCP G 1965, II, 14421).

² J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1993, n°1777

³ RTD civ. 1981, p. 847, n°20

⁴ *Les personnes*, PUF, Thémis, 1^{re} éd. Quadrige, 2004, n°270

⁵ Cf. *supra* n° 10.

⁶ Certains intersexuels se sentent ainsi entièrement rattachés à l'un des deux sexes et refusent toute identité intersexuelle (Cf. J. PICQUART, *op. cit.*, p. 80).

⁷ Sur ce processus d'identification de l'« autre » cf. D. LOCHAK, *L'autre saisi par le droit*, in *L'autre, Études réunies pour Alfred Grosser*, 1996 p. 182 et s.

pas certain qu'un troisième sexe, conçu dans ces conditions, puisse résister aux assauts de la Cour européenne des droits de l'homme.

Surtout, se poserait un délicat problème de délimitation de cette troisième catégorie : conviendrait-il d'y mettre tous les intersexuels ou seulement ceux à l'intersexualisme particulièrement marqué ? Il faudrait également s'interroger sur la place à accorder à la volonté de l'individu. On concevrait en effet que certains intersexuels ne souhaitent pas figurer dans cette catégorie afin de simplifier leur insertion sociale.

Enfin, on peut ajouter que l'adjonction d'une troisième catégorie du sexe pourrait avoir un effet de domino conduisant d'autres d'individus (transsexuels, homosexuels) à réclamer l'adhésion à ce troisième sexe, voire la création d'un quatrième ou d'un cinquième sexe¹.

124. Bilan – Pour toutes ces raisons, il nous semble qu'il faille exclure l'idée d'un troisième sexe. Cependant, à la différence des auteurs rejetant cette solution, il ne nous semble pas qu'il faille maintenir la dualité des sexes. Si réforme il devait y avoir, celle-ci devrait plutôt s'orienter vers la suppression du sexe comme catégorie juridique.

2. La suppression du sexe

125. Suppression partielle – Afin d'éviter de bouleverser trop profondément le droit et surtout la société qui l'a généré, on pourrait se cantonner à une suppression partielle du sexe, applicable aux seuls intersexuels qui le souhaiteraient. Cependant cette solution n'en serait pas vraiment une. D'une part elle poserait de sérieuses difficultés pour toutes les règles de droit objectif et subjectif reposant sur le sexe. D'autre part, elle conduirait, sans le reconnaître, à recréer une troisième catégorie (celle des « sans sexe »). On retrouverait alors les critiques faites plus haut. Dès lors ne conviendrait-il pas d'opter pour une suppression totale du sexe ?

126. Portée de la suppression – Prôner la suppression de la différenciation sexuelle en droit, ne revient aucunement à nier, en fait, cette distinction qui existe pour la quasi-totalité des individus. Il s'agit uniquement de placer le sexe hors du droit² et de faire en sorte qu'aucune conséquence juridique ne découle de la *seule* appartenance à une catégorie sexuelle³. Si la démarche apparaît révolutionnaire au premier abord, elle peut être défendue⁴

¹ Cf. P.-L. CHAU & J. HERRING, *op. cit.* p. 356.

² Telle est la première mesure que propose J. PIQUART, *op. cit.* p. 206, dans sa liste des idées permettant d'améliorer le sort des intersexuels.

³ Ce qui n'interdit donc pas les droits reposant sur un *construit* et non sur un simple *donné* ; cf. *supra* n°97.

⁴ C. DUVERT (*L'homme et la femme dans le Code civil ou La dialectique du donné et du construit, op. cit.*, n°16) écrivait ainsi « c'est dans le sens d'une abstraction croissante que s'oriente le droit contemporain de la famille,

en partant du constat selon lequel notre Droit prendrait de moins en moins en compte la différence des sexes¹. Avant de se prononcer, il convient de réaliser une « étude d'impact », consistant à analyser les conséquences qu'une suppression totale du sexe produirait sur les règles de droit subjectif (a) et objectif (b) évoquées plus haut.

a. Des règles de droit subjectif peu perturbées

127. Du point de vue des droits subjectifs que les individus tirent de l'appartenance à un sexe, le changement ne serait pas considérable. En effet nombre des différences qui persistent actuellement paraissent condamnées par le principe d'égalité entre les hommes et les femmes³.

Seule pourrait être perturbée la discrimination positive, laquelle connaît un regain d'intérêt ainsi qu'en atteste la loi du 27 janvier 2011 relative notamment à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration. Pour autant il nous semble que cette discrimination pourrait perdurer, même après la suppression juridique du sexe. C'est ainsi que le droit états-unien peut pratiquer une discrimination positive fondée sur la couleur de peau des individus ou leur origine ethnique, tout en niant l'existence des races. Il ne serait donc pas inenvisageable de maintenir de telles discriminations, tout en niant juridiquement la conception du sexe.

Quant aux règles relatives au sexe, qui reposent sur un « construit » et non sur « un donné »⁴, cette suppression sera sans conséquences sur elles. Nous avons vu en effet que dans ces cas-là le sexe n'avait en soi aucune utilité ; seule importait la situation de fait, bâtie sur celui-ci.

b. Des règles de droit objectif quelque peu améliorées

128. Plan – Quant aux règles de droit objectif, la suppression du sexe ne nous paraît pas insurmontable. Il est même possible que celle-ci améliore, sur certains points, le droit

abstraction qui porte en germe la possibilité d'une indifférenciation complète des rôles qui pourrait par exemple conduire à ce que la mention du sexe à l'état civil devienne superflue » ; cf. aussi L. LEVENEUR, *op. cit.* p. 49 « on pourrait en venir à se demander si la différenciation doit être encore faite entre les sexes ».

¹ Cf. *supra* n° 96.

³ Cf. pour un exemple récent à propos de la condamnation de régime de retraite différencié entre les hommes et les femmes, CJCE, 29 nov. 2001, *Griesmar* : JCP G 2002, I, 118, n° 16 et II, 10102, obs. C. MONIOLLE. – A. FITTE-DUVAL, *L'arrêt Griesmar : l'égalité sans concessions* : AJFP 2002, n° 1, p. 11.

⁴ Cf. *supra* n°97 pour cette distinction.

existant. On reprendra ici les exemples présentés plus haut, à savoir l'état civil, le sport et le mariage.

129. Du point de vue de l'**état civil** la suppression du sexe ne paraît pas compromettre la fonction de police civile de celui-ci¹. En effet la fonction de police civile est désormais assurée par des systèmes bien plus efficaces que la mention du sexe, en particulier la biométrie² dont le rôle a été amplifié par l'arrivée du passeport biométrique³. Une photographie ou une empreinte digitale sont bien plus identificatrices que la simple mention d'un sexe⁴.

130. Quant aux **prisons**, on pourrait s'inspirer de la voie ouverte en Italie pour les transsexuels. L'État italien a en effet mis sur pied un centre de détention réservé aux transsexuels afin d'éviter que ceux-ci ne souffrent du comportement de leur codétenus lorsqu'ils sont placés dans des prisons ne renfermant que des hommes ou des femmes⁵. On pourrait alors envisager d'ouvrir ces centres aux intersexuels⁶. Cela ne poserait guère de problèmes pratiques car, les intersexuels et les transsexuels rencontrant dans la société le même comportement de rejet, ils parviendront sans doute à cohabiter paisiblement à l'intérieur de ces établissements pénitentiaires⁷. Ainsi, grâce à la suppression de la rigide catégorisation sexuelle de la population carcérale, le bon ordre des établissements carcéraux ne sera plus perturbé par la présence d'intersexuels⁸. Cette séparation sexuelle assouplie, la finalité de la règle de droit sera à nouveau assurée.

131. Pour le **sport**, il n'est pas question, comme pour les prisons, de proposer la création d'une troisième catégorie, ou de l'inscrire en handisport, car il n'y aurait alors pas assez de concurrents pour que la compétition présente un quelconque intérêt. L'une des solutions envisageables consisterait à utiliser la technique des seuils, déjà bien connue en matière de dopage. Il s'agirait de fixer un taux de testostérone faisant le partage entre une catégorie

¹ La deuxième fonction d'identification subjective de l'individu n'est évidemment pas bouleversée par cette suppression du sexe ; bien au contraire elle la favorise.

² Sur une description de celle-ci, cf. P. LECLERCQ *À propos de la biométrie*, Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2006, étude 7.

³ Décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports.

⁴ En ce sens J. MCGRATH, *op. cit.*, p. 304. Cf. aussi l'art. 1^{er} du règlement communautaire n° 2252/2004 du 13 décembre 2004 qui ne prévoit que deux éléments d'identification : les empreintes digitales et la photo faciale.

⁵ G. DEVERS, *Toscane : Une prison réservée aux transgenres*, 20 minutes.fr, 29 janv. 2010, disponible sur : <http://lesactualitesdudroit.20minutes-blogs.fr/archive/2010/01/29/toscane-un-prison-reservee-aux-transgenres.html>

⁶ On pourrait aussi songer à créer des établissements réservés aux intersexuels. Cependant, au regard de l'infime partie de la population française qu'ils représentent, cette solution serait peu réaliste. Afin de garantir une bonne cohabitation, il conviendrait que l'admission dans ces centres spécialisés se fasse sur un critère volontaire, confirmé par des données médicales.

⁷ Cette cohabitation ne devrait guère soulever de difficultés dans la mesure où les transsexuels et les intersexuels du monde associatif se réunissent régulièrement pour exercer leur activité de lobbying.

⁸ En outre, le personnel y étant sensibilisé, on peut estimer que les fouilles seront pratiquées dans des conditions permettant d'assurer une meilleure protection de la dignité de l'intersexuel.

« masculine » (au-delà de ce seuil) et une « féminine » (en-deça). Cette solution, relativement simple à mettre en pratique (de tels tests étant déjà pratiqués dans la lutte contre le dopage), permettrait de mettre fin aux tests de féminité dont la fiabilité et l'opportunité sont critiquées¹. Le traitement du cas de Casper Semenya évoqué plus haut paraît aller en ce sens dans la mesure où, officieusement, il semblerait que l'IAAF ait subordonné l'octroi de son autorisation à concourir à l'exigence d'un traitement limitant la production de testostérone de la coureuse.

132. Le mariage – Si notre droit acceptait, sous la pression éventuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, de placer le sexe hors du droit, cela signifierait qu'en droit, le mariage ne pourrait plus être assujéti à une condition de différence de sexe. Certes, la société française s'oriente progressivement vers l'admission du mariage homosexuel. On ne saurait cependant nier l'ampleur du changement et son caractère quelque peu précipité. Dans ces conditions, comment défendre le mariage hétérosexuel tout en prônant la suppression du sexe² ?

133. Proposition de solution – La solution pourrait être de revenir à une suppression partielle du sexe. Cependant à la différence de la répartition partielle proposée plus haut, celle-ci ne reposerait pas sur un critère personnel — distinction entre les personnes sexuellement équivoques et univoques — mais sur un critère matériel. Le critère alors mis en œuvre serait celui de la *nécessaire utilité sociale du sexe*. Cela exigerait que deux conditions soient remplies : **1°** l'existence d'une fonction sociale essentielle et **2°** l'impossibilité de substituer au sexe une autre technique juridique pour mettre en œuvre cette fonction sociale.

Muni de ce critère, le sexe pourrait être supprimé pour toutes les matières vues plus haut, à l'exception du droit de la famille où l'intersexuel devrait adopter un sexe s'il prétend se marier³. Un tel critère permettrait de concilier les intérêts de la société actuels avec ceux des intersexuels et il nous semble que, bien appliqué, il passerait sous les fourches caudines de la Cour européenne des droits de l'homme.

Au final, cette proposition conduirait à quelques ajustements (en matière d'état civil, de sport, de discriminations positives, etc.) afin de permettre l'intégration de l'intersexuel dans notre société occidentale qui l'a, jusqu'à présent, toujours rejeté. Si notre proposition de suppression partielle de la catégorisation sexuelle était rejetée – et il y aurait alors de très

¹ Cf. *supra* n°100 note 2.

² Le même problème se poserait à propos de l'adoption ou de l'assistance médicale à la procréation par un couple homosexuel dont on a vu (cf *supra* n° 104 note 1) qu'ils étaient interdits en droit positif.

³ Cette condition ne devrait pas en revanche être exigée pour la conclusion d'un pacte civil de solidarité.

sérieux risques de condamnation par la Cour européenne des droits de l’homme – il nous semble qu’il conviendrait à tout le moins de modifier le droit positif afin de suspendre la catégorisation sexuelle, qu’elle soit juridique ou biologique.

II. La suspension des qualifications

Plutôt que de s’attaquer à l’existence même de la catégorisation sexuelle, les réformes futures pourraient, dans un premier temps du moins, s’efforcer d’amodier le processus actuel de qualification. Plus précisément, il s’agirait de suspendre provisoirement la qualification du sexe juridique (A) et biologique (B) attribué au mineur intersexuel.

A. La suspension de la qualification juridique

Dans le cas où les juges et le législateur se refuseraient à placer le sexe juridique hors du droit, il nous semble qu’il faudrait néanmoins suspendre la qualification du sexe juridique. Deux propositions de réformes sont envisageables : allonger le délai de déclaration (1) et dispenser provisoirement l’intersexuel de l’inscription du sexe masculin ou féminin (2).

1. L’allongement du délai de déclaration

134. Justification – Nous avons vu que la déclaration à l’état civil devait être faite dans les trois jours à compter de la naissance. Si ce délai permet, dans la majorité des cas, le diagnostic de l’intersexualité, il est en revanche insuffisant pour l’accompagnement des parents¹. Il nous semble donc opportun d’opter pour un délai un peu plus long, qui pourrait également être mis à profit pour permettre aux parents de résoudre la question du prénom de l’enfant. C’est d’ailleurs cette seconde raison qui justifie qu’une telle réforme soit mise en œuvre même en cas de suppression de la catégorisation sexuelle car perdurerait malgré tout un sexe social, commandant l’attribution des prénoms.

Mise en œuvre – Une telle réforme pourrait s’opérer de deux façons. Une première solution consisterait à modifier le délai de droit commun prévu à l’article 55 alinéa 1^{er}. Cette suspension de l’introduction de l’enfant dans le monde du droit, ne bouleverserait pas outre mesure la pratique de l’état civil car l’allongement n’en serait que minime². Dans un second

¹ Cf. *supra* n° 34 note 7.

² On peut d’ailleurs noter qu’un tel délai de 10 jours est retenu en droit tunisien, lequel est à bien des égards inspiré du droit français (art. 22 de la loi n°1957-3 du 1^{er} août 1957 réglementant l’état civil).

schéma, on prévoirait une règle spéciale applicable dans l'hypothèse où il y a un doute sur le sexe. Une telle disposition s'insèrerait sans difficultés dans notre Code civil, lequel contient déjà des délais spéciaux pour la déclaration de naissance¹.

Cependant cette réforme, si elle avait lieu, ne permettra pas de résoudre toutes les difficultés. Demeureront ainsi des cas minoritaires dans lesquels de nombreuses semaines sont nécessaires pour que les médecins établissent un diagnostic et indiquent quel sexe conviendra le mieux à l'enfant. Dans cette hypothèse, seule la mention d'un sexe provisoirement indéterminé permettrait d'assouplir quelque peu la classification bipartite des sexes.

2. Un sexe provisoirement indéterminé

135. Solution proposée – Lorsque le diagnostic de la cause de l'intersexualisme ne peut pas être effectué dans le délai de la déclaration de naissance, il ne convient pas de retarder celle-ci davantage². Pour régler cette difficulté il paraît alors judicieux de s'inspirer de la pratique *contra legem* prévue par l'IGEC au § 288. Le système consisterait donc à inscrire provisoirement, sur l'état civil du mineur intersexuel, la mention « sexe indéterminé ». Puis, une fois obtenus les résultats des tests médicaux, les parents demanderaient à l'officier d'état civil, voir au procureur de la République, d'inscrire le sexe « révélé ».

Les garanties nécessaires – Toutefois, il ne faudrait pas que les parents tardent à informer les autorités compétentes des résultats de ces analyses, car alors cela pourrait préjudicier à l'intérêt de l'enfant qui, avec l'âge, verra se multiplier les interrogations quant à son sexe³. Il serait donc opportun que les conclusions des analyses effectuées soient communiquées au procureur de la République⁴. On pourrait ensuite mettre en place une action interrogatoire dont le procureur de la République serait le titulaire. Par celle-ci, il convoquerait les parents afin de leur demander quelle décision ils ont pris quant au sexe de leur enfant.

Bilan – Ces deux idées de réforme permettront d'apaiser quelque peu les parents confrontés à la difficile situation de la naissance d'un intersexuel. Reste à présent à envisager les mesures destinées à protéger plus particulièrement l'intérêt de l'enfant.

¹ L'art. 55 prévoit un délai de 15 jours pour l'accouchement à l'étranger ; l'art. 93 pose un délai de 10 jours. Hors du code civil l'art. 1^{er} de l'ordonnance n°98-580 du 8 juill. 1998 prévoit également un délai de 30 jours dans les communes d'outre-mer.

² Cf. *supra* n° 35.

³ Cantonnée dans les premières années au cercle familiales, celles-ci gagneront ses camarades de classe, lesquels seront sans doute moins compréhensifs que sa famille.

⁴ Cette solution nous paraît préférable à celle choisie par l'IGEC et consistant à prévoir un délai butoir d'« un ou deux ans » ; on éviterait ainsi des difficultés qui pourraient survenir si le temps nécessaire aux analyses était supérieur au délai butoir.

B. La suspension de la qualification biologique

136. Plan – Nous avons vu plus haut que la licéité des actes médicaux de conformation sexuelle sur des *infantes* était assez facilement reconnue par le droit. Pour autant cette souplesse nous paraît critiquable (1) et il nous semble que le recours à de tels actes devrait être restreint (2).

1. Les justifications d'une réforme

Plan – Deux arguments, tirés de textes internationaux, condamnent à notre sens les actes de conformation sexuelle pratiqués sur des enfants dépourvus de consentement. L'un tient à la vie privée (b), l'autre à la primauté de l'intérêt de l'enfant (a).

a. Un consentement parental méconnaissant l'intérêt de l'enfant

137. En opportunité – Nous avons vu¹ que le droit positif confiait aux parents le soin de consentir aux actes médicaux de conformation sexuelle. La solution nous paraît inopportune car il n'est pas certain que les parents soient les mieux à même de prendre cette décision. Désireux qu'ils sont de voir leur enfant conformé, ce sont les parents qui se tournent vers les médecins, et non l'inverse. Victimes d'une société reposant sur la différenciation des sexes, ces parents espèrent que les médecins rendront leur enfant normal ; ils agissent alors plus dans leur propre intérêt (mettre fin à leur embarras), que dans l'intérêt de leur enfant². La volonté des parents de normaliser leur enfant résulte donc d'une pression sociale forte. Or, la rareté du soutien psychologique offert dans les hôpitaux, ne leur permet guère d'y voir plus clair³. Il nous semble donc, au regard de la gravité de l'opération médicale et de ses conséquences pour l'avenir de l'enfant, qu'il serait opportun d'ôter aux parents ce pouvoir décisionnel lorsqu'ils ne sont pas en mesure de l'exercer sereinement, en dehors de toute

¹ Cf. *supra* n° 31.

² Cf. P.-L. CHAU et J. HERRING *ibid*, p. 354 ; § 81 de la décision de la Cour constitutionnelle du 12 mai 1999 et déc. SU-337/99, §81, disponible sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU337-99.htm>

³ Le médecin que nous avons rencontré nous a indiqué qu'aucun psychologue n'était présent dans son équipe pluri-disciplinaire ayant à décider du sexe de l'enfant. Cf. également S. GIACOMINI, *Ambiguïté sexuelle : annonce et vécu des parents*, École régionale de sages-femmes de Reims, 2008, p. 38 qui indique que sur les 10 couples rencontrés, seuls huit se sont vus proposés un soutien psychologique.

pression sociale et en faisant primer l'intérêt de l'enfant. On pourrait, suivant en ce sens l'exemple québécois, confier un tel pouvoir au tribunal¹.

138. En droit – Une telle solution permettrait de mettre le droit français en conformité avec l'article 3.1. de la convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant. Ce texte, dont il est jugé depuis un arrêt du 18 mai 2005 qu'il est d'application directe devant les juridictions françaises², prévoit que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte dans toutes les décisions le concernant. Or, on peut douter qu'en confiant aux parents la décision d'autoriser les actes médicaux de conformation sexuelle, notre droit privilégie l'intérêt de l'enfant. Dans une situation où les parents ont tendance, malgré eux, à prendre une décision destinée d'abord à apaiser leurs angoisses, il conviendrait que soit prévu, en amont, un mécanisme permettant de s'assurer que la considération primordiale sera l'intérêt de l'enfant.

139. Aperçu du droit comparé – Ajoutons qu'une solution semblable a été posée par la Cour Constitutionnelle de Colombie qui, à notre connaissance, est la seule juridiction qui ait eu à se prononcer sur cette question. Cette Cour a été saisie à de nombreuses reprises³ d'affaires où était posée le problème de la validité du consentement donné par des parents aux actes de conformation sexuelle de leur enfant mineur⁴. Ladite Cour a subordonné la validité de ce consentement à la condition que les parents de l'intersexuel de moins de cinq ans⁵ aient été guidés par l'intérêt de l'enfant et que les médecins aient effectivement vérifié la réalité de ce consentement.

Outre cette première critique relative à l'intérêt de l'enfant, on peut, plus radicalement, s'interroger sur la conformité de notre droit à l'exigence de respect de la vie privée de l'enfant.

b. Un consentement parental contraire à la vie privée de l'enfant

140. Une violation de l'article 8 – En permettant aux parents de décider de l'exercice d'actes médicaux de conformation sexuelle, notre droit paraît méconnaître le droit au respect

¹ L'article 18 du code civil du Québec exige en effet l'autorisation du juge pour les soins causant des effets graves et permanents pratiqués sur un mineur de 14 ans ou inapte à consentir.

² Cass. Civ. 1^{re}., 18 mai 2005, *Bull. I*, n°211 p. 179 ; confirmé encore par Civ. 1^{re}., 17 mars 2010, à paraître.

³ Arrêt précité du 12 mai 1999 ; cf. aussi T-551/99, T-1025/02, T-1021/03 tous disponibles sur le site Internet de la Cour Constitutionnelle de Colombie.

⁴ L'existence de ce contentieux s'explique par des raisons purement matérielles. En effet en Colombie, l'État exerce un contrôle très strict sur les dépenses de sécurité sociale. Or les équivalents locaux de nos caisses de sécurité sociale ont refusé les remboursements des actes de conformation sexuelle pratiqués sur les enfants intersexuels. Les parents ont contesté ces décisions en prétendant que de telles opérations étaient nécessaires.

⁵ Pour les juges colombiens, c'est en effet à cet âge que l'identité sexuelle de l'enfant est le plus souvent affirmée. Au-delà de cet âge, l'identité sexuelle est affirmée et ils estiment en conséquence que seul l'enfant doté de discernement peut consentir.

de la vie privée de cet enfant ; droit pourtant protégé par l'article 8 de la CSDHLF. Interprétant cet article 8, la Cour européenne des droits de l'homme estime que cette disposition impose de respecter l'intégrité physique ou morale de la personne¹. Or, le fait de pratiquer des actes médicaux de conformation sexuelle sur une personne n'y consentant pas, constitue bien une atteinte à son intégrité physique, laquelle viole l'article 8 précité.

141. Une ingérence injustifiée – Néanmoins, nous avons vu précédemment qu'une telle violation pouvait être justifiée, pourvu qu'elle respecte les trois conditions prévues à l'alinéa 2 du même texte². En l'espèce, **1°** ce pouvoir des parents est reconnu par un texte de loi (l'art. 371-1 C. civ.). **2°** Un but légitime est bien poursuivi puisque ces opérations visent à protéger la santé de l'enfant.³ À défaut on pourrait soutenir qu'elles poursuivent un but de sûreté publique consistant à pouvoir identifier aisément les individus par leur appartenance à un sexe. **3°** En revanche, à nouveau, la nécessité des actes médicaux paraît plus douteuse. **a)** Certes, ceux-ci correspondent à un besoin social impérieux (maintenir la distinction des sexes qui constitue un des fondements de notre culture). **b)** Néanmoins, ces actes médicaux ne nous paraissent que rarement proportionnés. En effet, sauf le cas d'urgence vitale, voir de quasi-certitude quant au sexe auquel l'enfant voudra plus tard appartenir⁴, de telles opérations n'apparaissent pas nécessaires car, ainsi que le notait la Cour Constitutionnelle de Colombie, la protection du droit à la santé de l'enfant peut passer par d'autres mécanismes que des opérations chirurgicales et notamment par un soutien psychothérapeutique⁵. Il nous semble donc qu'en conformant des enfants sans leur consentement, la France s'ingère de façon injustifiée dans leur droit au respect de la vie privée et viole l'article 8 précité. Quels pourraient alors être les remèdes à cette législation inconstitutionnelle ?

2. La réforme envisageable

¹ CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*, § 22

² Cf. *supra* n° 119 pour le détail des conditions que doivent remplir les limites apportées par un État membre aux droits garantis par l'article 8.

³ Le terme santé paraît être aussi large que l'expression « nécessité médicale » et dès lors, nombre des opérations aujourd'hui pratiquées ont un but légitime. Quant aux opérations dépourvues de nécessité médicale il n'est pas impossible qu'il soit jugé qu'elles soient comprises comme visant à protéger la santé de l'enfant, même si en réalité elles la desservent.

⁴ En effet, il serait contraire à l'intérêt de l'enfant d'attendre que celui-ci soit doté de discernement pour pratiquer sur sa personne des actes de conformation médicale auxquels il aurait, selon les données actuelles de la science, de toute façon consentis. Retarder un tel acte, causerait à l'enfant d'inutiles troubles psychologiques.

⁵ Cour constitutionnelle colombienne, décision T-51/99, § 16. Il convient également de citer ici la très intéressante remarque du professeur THOUVENIN, dans son article précité. Celui-ci estime que pour apprécier le caractère ou non thérapeutique d'un acte il « est nécessaire de *comparer* les différentes méthodes utilisables afin de se prononcer sur la pertinence du choix de réaliser l'intervention envisagée. On devrait donc conclure à son caractère non thérapeutique lorsque d'autres traitements tout aussi pertinents sont possibles et qui excluent une telle atteinte »

- 142. Une restriction du pouvoir des parents** – Afin de restreindre les éventuelles inconventionnalités du droit français, il conviendrait de modifier les règles du Code de la santé publique afin que celui-ci vienne apporter une restriction supplémentaire au pouvoir des représentants légaux de consentir aux actes médicaux pratiqués sur leur enfant mineur. Il n’y aurait là rien d’extraordinaire : le Code de la santé publique énonce déjà de nombreuses limites, d’intensité différente, au pouvoir des parents de consentir aux actes médicaux pratiqués sur leur enfant¹. Tantôt la loi permet au mineur doté de discernement d’effectuer seul des actes éminemment personnels². Tantôt la loi donne au mineur doté de discernement un pouvoir de veto pour les actes médicaux pratiqués sur sa personne sans qu’il n’en retire un intérêt thérapeutique³. Tantôt la loi interdit aux parents de consentir à ce qu’un acte médical soit pratiqué sur leur enfant mineur. Cela peut alors s’expliquer soit parce que l’acte est éminemment personnel et engage l’avenir du mineur, de sorte que le législateur a estimé que seul le mineur pouvait consentir⁴. Soit cela s’explique par la gravité de l’atteinte que cet acte porte à l’intégrité corporelle du mineur et alors que cette atteinte est justifiée par le bénéfice qu’en tirent d’autres personnes⁵. Or précisément, les actes médicaux de conformation sexuelle se rapprochent de cette dernière hypothèse en ce qu’ils sont particulièrement graves et qu’ils sont justifiés par une nécessité moins médicale que sociale.
- 143. Mise en œuvre** – Il nous semble, en s’inspirant des règles posées par la loi du 5 mars 2007 à propos du consentement du majeur protégé aux actes strictement personnels le concernant⁶, qu’il conviendrait de distinguer selon que l’intersexuel est ou non en état de manifester sa volonté. Lorsque le mineur intersexuel est dépourvu de discernement, il conviendrait d’ériger une interdiction de ces opérations, sauf urgence vitale ou quasi-certitude quant au sexe dans lequel l’enfant se sentira plus tard appartenir⁷. À l’inverse,

¹ Cf. notamment F. TERRE, D. FENOUILLET, *op. cit.*, n°992 et s.

² Tel la reconnaissance d’un enfant (Req., 5 nov. 1835, S. 1835, I, 785), l’interruption volontaire de grossesse (L2212-7 CSP), la prescription, délivrance ou l’administration de contraceptifs (L5134-1 CSP).

³ Ici ce sont donc bien ses parents qui consentent à l’acte médical, mais en cas de refus du mineur, ils ne pourront pas passer outre. On en trouve une illustration pour la recherche biomédicale (L1122-2 CSP)

⁴ Not. l’interdiction de la ligature des trompes et des canaux déférents à visée contraceptive (L2123-1 CSP).

⁵ Tel est le cas, en principe, pour les prélèvements de tissus ou cellules et les collectes de produits du corps humain effectués en vue d’un don (L1241-2 CSP), ou encore pour les prélèvements de sang ou de ses composantes en vue d’une utilisation thérapeutique (L1221-5 al. 1^{er} CSP). L’interdiction est totale pour les prélèvements d’organe en vue d’un don (L1231-2 CSP).

⁶ Art. 458 du code civil.

⁷ En effet, il nous semble que la Cour de Cassation se refuserait à sanctionner un médecin qui aurait opéré un intersexuel pour lui donner un sexe dont il est pratiquement certain qu’il est le bon. En effet ladite juridiction a jugé dans un arrêt du 11 oct. 1988 (*Bull.* n°I, p. 188) que « le médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n’est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient. » Or il nous semble que le médecin opérant dans de telles conditions un intersexuel pourrait justifier d’une « nécessité évidente ».

lorsqu'il dispose du discernement suffisant, il faudrait laisser l'enfant décider seul, après s'être assuré avec une grande attention de l'existence d'un consentement libre et éclairé¹.

Pour apprécier l'existence d'un discernement, mais aussi pour vérifier si l'on ne se trouve pas dans une des exceptions au principe d'interdiction (urgence vitale et quasi-certitude sur le sexe psychologique de l'enfant), il serait opportun de recourir soit à des groupes éthiques hospitalier², ou encore à un magistrat disposant des compétences techniques nécessaires. Cette dernière solution se rapprocherait alors de celle retenue par le Code civil québécois lequel, dans son article 18 exige l'autorisation du juge pour pratiquer, sur des mineurs de 14 ans ou des mineurs dépourvus de discernement, des actes de soins pouvant causer des effets graves et permanents.

CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE

Cette troisième partie a révélé que notre société respectait fort mal la vie privée de l'intersexuel : d'une part, en le contraignant à appartenir à un sexe et d'autre part, en permettant à ce qu'il soit soumis, très jeune, à de graves et irrémédiables atteintes à son intégrité physique. Partant de ce constat d'insuffisance du droit français, des réformes ont été suggérées (suppression partielle du sexe, interdiction de la plupart des actes médicaux de conformation sexuelle). Celles-ci ne seront sans doute jamais adoptées par notre Parlement, mais il nous semble que les juges, sur les demandes qui leur seront présentées par ces héros modernes que sont parfois les justiciables³, pourront permettre ces réformes dont nous réaffirmons, en droit, leur caractère inéluctable.

¹ Cf. les exigences posées dans la décision SU-337/99, §90, par la Cour Constitutionnelle Colombienne

² En ce sens C. MUCKLE, *Giving a voice to intersex individuals through hospital ethics committees*, *Wisconsin Law Review*, 2006, p. 987 et s. En France de tels groupes commencent à apparaître : l'hôpital Cochin a ainsi mis en place, suite à la loi du 4 mars 2002 un centre d'étude clinique (<http://www.ethique-clinique.com/>).

³ Cf. les propos du Président Wildhaber lors de l'ouverture de l'année judiciaire 2003 à la Cour européenne des droits de l'homme (cité par J.-P. MARGUENAUD, GACEDH, 5^e ed., Thémis, 2009, p. 477).

Conclusion

L'étude des intersexuels a révélé la nature profondément culturelle de toute construction juridique. Plus fondamentalement, elle nous a amené au processus même d'édification d'une norme culturelle qui, partant d'une distinction prétendument naturelle (la différence des sexes) en vient, à partir d'une vue rétrécie de la diversité humaine, à intégrer cette distinction dans la culture, à en faire — dirait P. RICŒUR — une « prétention universelle », dont découlerait des effets juridiques. Or, en agissant ainsi, nos sociétés ont rapidement été confrontées à des êtres humains qui ne correspondaient pas à cette conception de la réalité biologique. Refusant de remettre en cause le schéma culturel de différenciation sexuelle, le droit a été le bras armé de notre société ; c'est lui qui a contraint ces *autres* à se soumettre à la différenciation sexuelle. Pour se faire, il a d'une part exigé des parents qu'ils choisissent pour leur enfant un sexe masculin ou féminin. D'autre part, il a donné aux parents la possibilité de conformer sexuellement leur enfant afin qu'il rentre dans le carcan culturel.

Pourtant ces mesures ont révélé leurs limites. Bien qu'établis juridiquement et biologiquement dans un sexe, nombre de intersexuels n'ont jamais pu s'insérer dans ce carcan social ; leur altérité ne s'est point effacée. Dès lors la question qui se pose aujourd'hui est la suivante : faut-il que le Droit continue dans la voie jusqu'à présent suivie, en assumant auquel cas de violer la liberté de quelques milliers d'individus en France ? Ou bien convient-il que le Droit mette fin à ce schéma culturel prétendument universel, en s'appuyant pour cela sur une nouvelle donnée, elle aussi culturelle : les droits de l'homme ?

Les termes du débat ainsi posés, il appartiendra aux juges de demain d'y apporter leur réponse. Les enjeux de ce débat juridique seront considérables, car si le droit en vient à supprimer la différenciation sexuelle, il s'ensuivra, à notre sens, un effet de domino dans notre culture occidentale.

Quelle que soit l'issue de ce débat, il importe de souligner que celui-ci sera d'une importance cruciale pour les valeurs défendues par notre société occidentale. Ainsi que l'a montré Paul RICŒUR, nous devons chercher un équilibre réfléchi entre universalité et historicité. Pour cela, il est essentiel que nous offrions à la discussion « la prétention universelle attachée à quelques valeurs où l'universel et l'historique se croisent » et que nous admettions l'existence « d'autres universels en puissance ». Or, à notre sens, l'absence de différence véritable entre les sexes est l'un des ces « universels potentiels »¹.

¹ P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Le Seuil, 1990, p. 336.

Annexe – L’assistance matérielle dans le choix du sexe

Ainsi que nous l’avions brièvement indiqué plus haut, cette assistance peut porter tant sur le coût de l’instance (1), que sur les frais médicaux (2).

1. La prise en charge du coût de l’instance

144. Aide juridictionnelle – Lorsque l’intersexuel désire faire rectifier son état civil il est contraint de saisir le juge, ce qui lui coûtera plusieurs milliers d’euros¹. Si l’intersexuel est indigent, il pourra bien sûr demander le bénéfice de l’aide juridictionnelle², mais cela nécessitera de sa part de nombreuses démarches administratives au cours desquelles il devra révéler son intersexualisme. Notons toutefois, que l’article 6 de la loi du 10 juillet 1991 permet exceptionnellement qu’une aide juridictionnelle soit octroyée alors même que le requérant ne remplit pas la condition de ressource et ce lorsque sa situation apparaît particulièrement digne d’intérêt au regard de l’objet du litige. Néanmoins, cette disposition ne jouant qu’à titre exceptionnel, il n’est pas certain que le juge l’accorde systématiquement aux intersexuels. Il convient dès lors de rechercher d’autres dispositions susceptibles d’exonérer l’intersexuel de la charge des frais et dépens.

145. Saisine d’office du procureur de la République – Un des premiers moyens pourrait être de recourir à la possibilité ouverte par l’article 1051 du Code de procédure civile. Ce texte permet en effet à toute personne de saisir le procureur de la République pour que celui-ci saisisse la juridiction compétente. L’article 1051 alinéa 2 indique certes que le procureur de la République peut refuser de saisir la juridiction compétente, mais l’article 99 alinéa 3 du code civil prévoit *in fine* que le procureur de la République est tenu d’agir d’office quand l’erreur porte sur une indication essentielle. Or, le sexe de la personne, au regard du symbole qu’il transporte, paraît bien devoir être compris comme une indication essentielle³. Il y

¹ O. MILLOT, « J’avais des hormones achetées illégalement », in *Libération*, 19 février 2010, où un transsexuel témoigne que « la procédure est une horreur. Il faut compter 1 500 euros pour les trois expertises médicales, et encore 1 500 euros de frais d’avocat. »

² Sur le régime de l’aide juridictionnelle, cf. art. 2 à 52-1 de la loi n°91-647 du 10 juill. 1991 – L. CADIET et E. JEULAND, *ibid*, n° 53 et s.

³ Du moins en est-il ainsi dans deuxième fonction de l’état civil : cf. *supra* n° 15 note 5.

aurait donc là un moyen pour un intersexuel d'obtenir une rectification de son état civil à peu de frais. On ne résiste pas ici à citer un vieil arrêt où les juges admirent la saisine d'office du ministère public en ces termes : « s'agissant de rectifier une erreur dans son acte de naissance, en vue du mariage par elle projeté, la législation, *fondée sur un principe d'humanité et de morale*, autorise le ministère public à agir d'office, pour *subvenir à l'infortune et au malheur* »¹. Quoiqu'il en soit, il n'est pas certain qu'un procureur, réticent à introduire cette action, serait le meilleur défenseur des intérêts de l'intersexuel. Aussi serait-il peut-être plus efficace pour l'intersexuel de saisir lui-même la juridiction en se faisant assister d'un avocat, compétent. Auquel cas l'assistance de l'État devrait consister en un remboursement des frais et dépens de l'instance.

146. Charge des frais et dépens – Les règles relatives aux frais et dépens sont énoncées aux articles 695 et suivants du code de procédure civile. Ces textes se référant à plusieurs reprises à « la partie perdante », la jurisprudence a décidé, du moins pour l'article 700² mais la solution paraît plus générale, que ces textes ne s'appliquaient pas à la procédure gracieuse, de sorte que le requérant devait supporter les frais et les dépens.

Cependant nous avons vu plus haut que la procédure en rectification devenait contentieuse quand le ministère public contredisait les demandes de l'intersexuel. Or en pratique, de telles oppositions sont fréquentes, car les procureurs sont très vigilants sur ces questions d'état civil, surtout lorsqu'elles touchent au sexe³. Il est donc très probable que la procédure devienne la plupart du temps contentieuse. Auquel cas, les articles 695 et suivants redeviendront applicables. Or, en vertu de l'article 696, c'est la partie perdante qui devra supporter les dépens de l'instance et également, en vertu de l'article 700, une partie des frais⁴. Par conséquent, l'intersexuel ayant obtenu gain de cause face au procureur de la République, devra le plus souvent obtenir le remboursement de ses frais et dépens⁵.

Bilan – Le droit positif, sans qu'il n'y paraisse, contient donc plusieurs mécanismes permettant à l'intersexuel bien informé d'obtenir de l'État une assistance matérielle dans ses

¹ Anger, 27 févr. 1846 D 1846, p. 85.

² Cass. Com. 13 mai 1997, inédit, n° 95-30099 déclarant qu'à « défaut de dispositions contraires expresses, l'article 700 du nouveau code de procédure civile s'applique devant toutes les juridictions lorsque la décision rendue est contradictoire et de nature contentieuse » ; cf. aussi Soc. 15 nov. 2001, inédit, n°00-13244 qui refuse d'inclure dans les frais, les sommes engagées antérieurement à l'instance dans le cadre d'une procédure gracieuse.

³ Ce sont assurément pour eux des questions d'ordre public, justifiant leur qualité pour agir (art. 423 CPC).

⁴ L'article 700 pose toutefois un tempérament en indiquant que « le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée ». Cependant, il nous semble que ces dispositions ne devraient pas faire échec au remboursement des frais car ici la partie perdante sera l'État dont la richesse sera assurément plus importante que celle de l'intersexuel ; quant à l'équité elle penche nettement en faveur de l'intersexuel qui n'est ici qu'une victime du dualisme des sexes et d'une erreur commise par d'autres.

⁵ Notons néanmoins que dans l'arrêt précité du 22 juin 2000 la cour d'appel de Versailles n'a pas mis à la charge du ministère public, donc du trésor public, les dépens de l'intersexuel, mais a laissé à chaque partie la charge de ses dépens sans motiver sa décision ainsi que l'exige pourtant l'art. 696 du code de procédure civile.

démarches de changement de son sexe à l'état civil. De tels mécanismes existent-ils également lorsque l'intersexuel cherche à changer cette fois son sexe biologique ?

2. La prise en charge des actes médicaux de changement de sexe

147. Plan – Qu'ils aient été ou non conformés sexuellement à la naissance, certains intersexuels peuvent souhaiter se soumettre à certains actes médicaux afin de se rapprocher du sexe duquel il se sente le plus proche. Le plus souvent il s'agira de traitements hormonaux, quelquefois accompagnés d'interventions chirurgicales. Cependant le prix de tels actes médicaux pourrait les arrêter dans leur démarche. Cela explique sans doute pourquoi certains intersexuels, pensant que les caisses de sécurité sociale refuseraient de leur rembourser ces soins, ont alors prétendu être des transsexuels, pour lesquels il était avéré que les traitements de conversion sexuelle étaient couverts par la caisse primaire d'assurance maladie (a) et surtout bénéficiaient d'une exonération du ticket modérateur (b).

a. La couverture des soins

148. La situation des transsexuels – Conformément à l'article L321-1 1^o du code de la sécurité sociale, font l'objet d'une garantie, par la caisse primaire d'assurance maladie, les frais médicaux à caractère thérapeutique et en particulier les frais de médecine spéciale et d'interventions chirurgicales. Sur le fondement de ce texte sont en pratique remboursés les traitements hormonaux et actes chirurgicaux subis par les transsexuels, car les caisses de sécurité sociale estiment que ces actes présentent bien un caractère thérapeutique. La jurisprudence de la Cour de Cassation est en ce sens. Un arrêt a ainsi censuré une Cour d'appel qui avait estimé que la caisse primaire d'assurance maladie avait, à bon droit, refusé de rembourser l'opération chirurgicale à laquelle s'était soumise un transsexuel dans un établissement privé². De même, un autre arrêt a-t-il pu refuser le remboursement de séances d'épilation du visage estimant, en reprenant les conclusions d'une expertise médicale, que celles-ci avaient un caractère esthétique et non thérapeutique³.

149. Application aux intersexuels - En transposant cette grille d'analyse aux intersexuels, il apparaît que ceux-ci pourront obtenir le remboursement des actes à caractère thérapeutique.

¹ Ce texte énonce que l'assurance maladie comporte « la couverture des frais de médecine générale et spéciale » et les « frais d'interventions chirurgicales ».

² Cass. Civ. 2^e, 27 janv. 2004 : AJF 2004, p. 244.

³ Cass. Soc., 8 mars 2001, inédit, n°99-14657.

Or, il nous semble, que les divers actes médicaux, portant transformation de l'intersexuel doté de discernement¹, ont bien une nécessité thérapeutique. Nous avons en effet montré² que cette notion d'acte thérapeutique comprenait une dimension subjective et qu'il était possible de qualifier ainsi un acte médical, alors même qu'il visait à « soigner » ce qui n'était pas objectivement une maladie. À cet argument on peut ajouter que si l'on admet ce caractère thérapeutique pour le transsexualisme qui n'est qu'un syndrome, il serait pour le moins surprenant de le refuser pour l'intersexualisme qui résulte quant à lui d'une anomalie chromosomique bien identifiée. Surtout, notons l'existence d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme³ qui, sans reconnaître explicitement un droit au remboursement, condamne l'Allemagne pour avoir refusé à une transsexuelle d'obtenir le remboursement de ses soins, au motif que celle-ci n'apportait pas la preuve d'une nécessité médicale. La Cour déclare « il apparaît disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dû-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée »⁴. En conséquence, même s'il était jugé que les actes médicaux de conformation sexuelle ne présentent pas de caractère thérapeutique, il conviendrait de les rembourser.

Par conséquent, l'intersexuel devrait pouvoir prétendre à une couverture de l'assurance maladie. Cependant cette prise en charge des soins peut se révéler insatisfaisante car restent à la charge de l'assuré certains frais et notamment, parmi les plus importants d'entre eux, le ticket modérateur. Il existe cependant des possibilités d'exonération, qu'il convient à présent d'étudier.

b. L'exonération du ticket modérateur

150. Droit antérieur – Jusqu'au 8 février 2010, le syndrome du transsexualisme, en tant que « trouble précoce de l'identité de genre », faisait partie de la liste des affections de longue durée (ALD) bénéficiant, en raison du coût et de la durée du traitement, d'une exonération

¹ En revanche il convient de les qualifier d'acte esthétique lorsque l'enfant est privé de discernement ; cf. *supra* n° 51 note 2 et n°56.

² Cf. *supra* n° 48.

³ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, §82

⁴ Cette motivation de la Cour montre qu'à l'inverse il serait possible à un État membre de ne pas rembourser les actes médicaux réalisés sur un intersexuels. En effet, dès lors que ces actes sont pratiqués sans son consentement et en violation de son droit à l'autodétermination (arrêt *Van Kück* précité § 73), il serait pour le moins paradoxal d'invoquer le droit au respect de la vie privée de cet individu pour en être rembourser

du ticket modérateur¹. Voilà pourquoi certains intersexuels avaient pu prétendre être des transsexuels. Cependant une telle supercherie n'était sans doute pas nécessaire. L'expression « troubles précoces de l'identité de genre » était en vérité suffisamment large pour englober également les états intersexuels.

151. Droit positif – Cet état du droit a été modifié. En effet, sous prétexte que le transsexualisme ne devait pas être considéré comme une maladie mentale², le ministre de la santé, par un décret 2010-125 du 8 février 2010, a modifié l'annexe de l'article D322-10 du code de la sécurité sociale. Cela a eu pour conséquence juridique de supprimer le transsexualisme de la liste des affections de longue durée. Désormais, les personnes atteintes de troubles précoces de l'identité de genre et désirant être exonérées du ticket modérateur, doivent suivre la procédure, bien plus complexe, de l'article L322-3 4° du code de la sécurité sociale. Ce texte permet cette exonération sous deux conditions. D'une part, que le bénéficiaire soit atteint d'une affection grave caractérisée, ou de plusieurs affections entraînant un état pathologique invalidant. D'autre part, que cette ou ces affections nécessitent un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse. Il convient donc désormais que le transsexuel rapporte la preuve de ces deux éléments s'il entend être remboursé. Qui plus est, pour bénéficier de cette exonération, le transsexuel devra prouver qu'il souffre d'une affection grave caractérisée, alors qu'autrefois il ne s'agissait que d'une simple affection ! Belle démedicalisation en vérité !

Quoi qu'il en soit, il nous semble que, si les caisses de sécurité sociale considèrent que les conditions de l'article L322-3 4° sont réunies pour les transsexuels, elles devront également l'admettre pour les intersexuels. Il serait pour le moins paradoxal que des personnes atteintes simplement d'une ambiguïté sexuelle psychique soient remboursées, mais que ne le soient pas celles ayant tant une ambiguïté psychique que physique. Indiquons cependant que, si les caisses de sécurité sociale prenaient la décision de ne pas rembourser le ticket modérateur, il n'est pas certain que des contestations puissent être reçues par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Van Kück* précité (§78) celle-ci a en effet refusé de statuer sur l'existence de tel droit, ce qui témoigne à tout le moins de sa réticence à le reconnaître.

¹ L'art. L322-3 3° du CSS renvoie à un décret pour la liste des ALD. L'article D322-1 place dans les ALD les cas de « démence ». L'annexe à cet article indique au I. 4. que parmi les cas de démence figure les « troubles précoces de l'identité de genre ».

² M. BRUNET, *Le transsexualisme n'est plus une maladie mentale*, in *Le figaro*, 12 févr. 2010.

Bibliographie

I. Ouvrages

A. Ouvrages généraux

ARISTOTE, *Catégories*, Chapitre VIII, par P. PELLEGRIN et M. CRUBELLIER, GF Flammarion, 2007

A. BOURRILLON, *Pédiatrie pour le praticien*, 5^e édition, 2008

J. CARBONNIER, *Essais sur les loi*, Defrénois, 1995

B. CHEVALLIER, J.-B. ARMENGAUD, E. MAHE, *Pédiatrie*, collection Le livre de l'interne, 2007

C. DEBIERRE, *Hermaphrodisme structure, fonctions, état psychologique et mental, état-civil et mariage, dangers et remèdes*, J.-B. Baillière, 1891

M. FOUCAULT, *La Volonté de savoir*, Gallimard, 1976

M. FOUCAULT, *Herculine Barbin, dite Alexina B.*, Gallimard, 1978

M. GARÇON, *Les tribulations des hermaphrodites*, in *Nouvelles histoires curieuses*, Fayard, 1964, p. 10 et s

S. GIACOMINI, *Ambiguïté sexuelle : annonce et vécu des parents*, École régionale de sages-femmes de Reims, 2008, p. 38

P. GRAILLE, *Les hermaphrodites au XVII^e et XVIII^e s.*, Les belles lettres, 2001

F. HERITIER, *Masculin-Féminin I. La pensée de la différence*, Éd. Odile Jacob, 2002

J. PICQUART, *Ni homme, ni femme, Enquête sur l'intersexuation*, La Musardine, 2009

M. SERRES, *L'hermaphrodite, Sarrasine sculpteur*, Flammarion, 1987

J. TURGEON, A.-C. BERNARD-BONNIN, P. GERVAIS, P. OVETCHKINE et M. GAUTHIER, *Dictionnaire de thérapeutique pédiatrique Weber*, , 2^e édition, Gaëtan Morin, 2007

C. VINCENT, *Ni lui, ni elle... mais alors qui ?*, in *Le monde*, 8 oct. 2009

B. Ouvrages juridiques

L. CADDIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6^e éd. 2009

J. CARBONNIER, *Les personnes*, 1^{re} éd. Quadriga, PUF, Thémis, 2004

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadriga, 8^e éd., 2007

F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus, 16^e éd., 2009
A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires*, Tome VIII
G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, LGDJ, 1990
S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz, 29^e éd., 2008
A. LAUDE, B. MATTHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, Coll. Thémis, 2007
Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 2^e éd., PUF, Coll. Droit fondamental, 2007
M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 7^e éd.
F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^e éd., PUF, 2005
F. TERRE, D. FENOUILLET, *Les personnes, les incapacités, la famille*, 7^e éd., Dalloz, 2005
G. TONDU, *L'avenir de l'état civil*, mémoire Master 2 de Droit Privé Général, Paris 2, sous la direction de D. FENOUILLET

II. Articles

A. Articles généraux

M. BRUNET, *Le transsexualisme n'est plus une maladie mentale*, Le figaro, 12 févr. 2010
S. CABROL ET G. AUDRY, *Attitude pratique devant un nouveau-né présentant une ambiguïté sexuelle à la naissance*, La Revue du praticien, 2000, n°45
A. COLLETTE, *Transsexuels en prison, la double peine*, in *Les Inrocks*, 10 févr. 2010
P. GUEZ, *Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite* JCP G 2001, II 10595
S. HART, *IAAF offers to pay for Caster Semenya's gender surgery if she fails verification test*, in *Telegraph*, 11 déc. 2009
T. HETTEAU, *Une joueuse hermaphrodite crée la polémique*, in *Les dessous du sport*, 23 avr. 2009 (<http://www.lesdessousdusport.fr/tennis-une-joueuse-hermaphrodite-cree-la-polemique-4636>)
L. de JAUCOURT, *Hermaphrodite*, in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*
M. KESSOUS, *Un "test de féminité" pour la jeune Caster Semenya*, in *Le Monde*, 20 août 2009
L. KREISLER, *Étude psychopédiatrique*, in *La psychiatrie de l'enfant*, XIII, vol. 1, 1970, p. 101
J.-P. MARTIN, *La chirurgie réparatrice dans les états intersexuels*, in *La revue du praticien*, Tome XI, n°7, p. 737

J. MC DOUGALL, *L'idéal d'hermaphrodite et ses avatars*, in *Bisexualité et différence des sexes*, Nouvelle revue de psychanalyse, n°7, printemps 1973 p. 263

O. MILLOT, « J'avais des hormones achetées illégalement », in *Libération*, 19 février 2010

O. MILLOT, *A Fleury, on nous isole sinon on se fait violer et massacrer*, in *Libération*, 19 févr. 2010

A.-M. RAJON *L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance*, in *L'État civil dans tous ses états*, sous la direction de Claire Neirinck, LGDJ 2008

B. Articles juridiques

A. ALIABADI, *Gender assignment surgery for intersexed infants: how the substantive due process right to privacy both supports and opposes a moratorium*, Virginia Journal of Social Policy and the Law, p. 174 et s.

G. BEH & M. DIAMOND, *An emerging ethical and medical dilemma: should physicians perform sex assignment surgery on infants with ambiguous genitalia?* Michigan Journal of Gender and Law, 2000, p. 1 et s.

E. BISHOP, *A child's expertise: establishing statutory protection for intersex children who reject their gender of assignment*, New-York University Law Review, may 2007, p. 531

S. BRISSY, JCI Travail Traité, Fasc. 17-11 : Discriminations (date de fraîcheur : 15 juin 2009

P.-L. CHAU & J. HERRING, *Defining, assigning and designing sex*, International Journal of Law, Policy and the Family, December, 2002, p. 327

Y. BUFFELAN-LANORE, JCI . Civil Code, art. 99 à 101, Fasc. 10, (date de fraîcheur : 1^{er} juill. 2000)

A. DEBET, *Le sexe et la personne*, LPA 1^{er} juill. 2004 n° 131, p. 22

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine*, in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, 1999

G. DEVERS, *Toscane : Une prison réservée aux transgenres*, 20 minutes.fr, 29 janv. 2010, disponible sur : <http://lesactualitesdudroit.20minutes-blogs.fr/archive/2010/01/29/toscane-un-prison-reservee-aux-transgenres.html>

C. DUVERT, *L'homme et la femme dans le Code civil ou La dialectique du donné et du construit*, in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil. Catégories de personnes et droit privé. 1804-2004*, éd. Economica, Collection Etudes Juridiques, 2006 p. 25 et s.

- J. A. GREENBERG, *Defining male and female : intersexuality and the collision between law and biology*, Arizona Law Review, summer 1999, p. 265
- J. HAUSER, *État civil et transsexualisme : nature juridique de la décision de changement*, RTD Civ. 2008 p. 78
- HENNION-JACQUET, *Le paradigme de la nécessité médicale*, RDSS 2007 p. 1038
- JALABERT, Rev. Crit. 1872-1873 p. 129
- G. LAUNOY, JCl. Civil Code, art. 50 à 54, (date de fraîcheur 23 mai 2005)
- G. LAUNOY, JCl. Civil Code, art. 55 à 57, fasc. 10 (date de fraîcheur 26 févr. 2006)
- P. LECLERCQ, *À propos de la biométrie*, Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2006, étude 7
- L. 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, p. 47 et s.
- D. LOCHAK, *L'autre saisi par le droit*, in *L'autre, Études réunies pour Alfred Grosser*, 1996
- F.-X. LUCAS, *Femme... Je vous aime...*, JCP E, n° 7, 18 Février 2010, 1170
- G. LYON-CAEN, *La condition juridique de l'hermaphrodite*, supplément de la *Revue du Praticien*, 1^{er} mars 1961, T. XI, n°7, p. 645 s.
- J.-P. MARGUENAUD, *L'état civil dans tous ses états : le transsexualisme encore et toujours*, RTD civ. 2007 p. 737
- L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs de droit*, RTD civ. 1929
- J. MCGRATH, *Are you a boy or a girl? Show me your real ID*, Nevada Law Journal, Winter 2009, p. 68
- C. MUCKLE, *Giving a voice to intersex individuals through hospital ethics committees*, Wisconsin Law Review, 2006, p. 987
- R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, *État civil et changement de sexe*, RTD civ. 1981, p. 840
- M.-L. RASSAT, *Sexe, médecine et droit*, Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 651 et s.
- T. REVET, *Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999*, RTD Civ. 1999 p. 900
- F. TERRE, *L'opération de catégorisation*, in *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil. Catégories de personnes et droit privé*. 1804-2004, éd. Economica, Coll. Études Juridiques, 2006, p. 5
- M. THOMSON, *Cutting it: surgical interventions and the sexing of children*, Cardozo Journal of Law & Gender, Fall 2005

D. THOUVENIN, *Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil*, D 2000, p. 485
P. le TOURNEAU, JCI Civil Code, App. Art. 1131 à 1133 (date de fraîcheur 25 mai 2007)

III. Jurisprudence

A. Jurisprudence nationale

Req., 5 nov. 1835, S. 1835, I, 785

Anger 27 févr. 1846 : D 1846, p. 85

Metz, 8 mai 1851 : DP 1856, 1, 129

T. Civ. d'Alais, 23 janv. 1873, D 1882, 3, p. 71

T. Civ. Corbeil 15 juill. 1914, La loi, 20 juill. 1915, RTD Civ. 1915, p. 493 obs. A. WAHL

T. Civ. Toulouse, 22 déc. 1915, DP 1917, 2, 15

T. Civ. Seine, 6 juin 1924 : La loi 31 juill. 1924

T. Civ. Quimper, 20 juill. 1931 : La loi 7 oct. 1931

T. Civ. Alençon, 21 oct. 1930 : JCP G 1931, p. 125

T. Civ. de Château-Thierry, 26 janv. 1940, DH 1940, II, 123

T. Civ. Soissons, 25 juill. 1945, GP 1945, 2, 141

TGI Seine, 18 janv. 1965 : JCP G 1965, II, 14421

Paris, 31 mai 1966, JCP G 1966, II, 14723

Paris, 8 déc. 1967 : JCP G 1968, II, 15518 *bis* – RTD civ. 1968, p. 536

Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1969 : Bull. civ. I, n° 277

Crim. 14 janv. 1971 : Bull. Crim. n°13

TGI Avranches, 10 juill. 1973 : D 1974, p. 174

Paris, 18 janv. 1974 : GP 1974, 1, 158 – RTD civ. 1974 p. 801 note Nerson

Cass. 1^{re} civ. 16 déc. 1975 (2 arrêts) : Bull. civ. I, n° 374, p. 312 et n° 376, p. 313 – D. 1976, p. 397, note R. LINDON – JCP G 1976, II, 18503, note PENNEAU

TGI Dijon, 2 mai 1977 : GP 1977, 2, 577

Com. 30 mars 1978 : Bull. Com. 1978, n°98, p. 80

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

Paris, 26 mars 1982 : GP 1982, 2, 519 – Defr. 1982, art. 32930, p. 1240, obs. J. Massip

TGI Nanterre, 21 avr. 1983 : GP 1983, 2, 605

CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*

CEDH, 28 nov. 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, § 40 : JDI, 1986, 1074, note P. Tavernier

CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*, § 22

CE, Ass., 31 oct. 1980, *Lahache* : JCP G 1982, II, 19732, note F. DEKEUWER-DEFOSSEZ

CC, Déc. n°82-146 DC, 18 nov. 1982 : RD publ. 1983, p. 333, comm. L. FAVOREU

CEDH, 17 oct. 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*

CEDH, 27 sept. 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*

Cass. 1^{re}. Civ. 18 déc. 1990, pourvoi n°88-10865

Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991 : Bull. civ. 1991, I, n° 169

CJCE, 25 juill. 1991, *Commission CE c/ France*

CEDH, 25 mars 1992, *B c/ France*, JCP 1992, II, 21995 – D 1993, p. 103

Cass. AP, 11 déc. 1992, 2 arrêts : JCP G 1993, II, 21991, concl. JEOL et obs. G. MEMETEAU – RTD civ. 1993, p. 92, note J. HAUSER

Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993 : inédit, n° 91-15401 – RGAT 1993, 897, note J. Kullmann

TGI Lille 28 sept. 1995, RTD civ. 1997, p. 95

Paris, 2 juill. 1998, JCP 1999. II. 10005, note Garé – Dr. fam. 1999. 13, note Murat

Cass. avis, 6 juill. 1998 : JCP G 1998, IV, 3005 – Dr. famille 1998, comm. 162, note T. FOSSIER – RTD civ. 1998, p. 881, note J. HAUSER – Defr. 1999, p. 314, obs. J. MASSIP

CC, Déc. n° 98-407 DC, 14 janv. 1999

CJCE, 13 mars 1999, *Commission CE c/ France*

Versailles, 1^{re} ch. A, 22 juin 2000 ; Épx E. c/ Min. publ. ; Juris-Data n° 134595 ; JCP G 2001, II 10595 P. GUEZ ; RTD civ. 2001, p. 849 note J. HAUSER

Paris, 29 sept. 2000 : juris-data 2000-124030 – D 2001, p. 1585, obs. C. DUVERT

Cass. Crim. 6 févr. 2001 : Bull. crim. 2001, n° 33 ; Dr. pén. 2001, comm. 73, note M. VERON ; Rev. sc. crim. 2001, p. 580, note Y. MAYAUD

Cass. Soc., 8 mars 2001, inédit, n°99-14657.

Cass. Soc. 15 nov. 2001, inédit, 00-13244

CJCE, 29 nov. 2001, *Griesmar* : JCP G 2002, I, 118 et II, 10102, obs. C. MONIOLLE. – A. FITTE-DUVAL, *L'arrêt Griesmar : l'égalité sans concessions* : AJFP 2002, n°1, p. 11

CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, Defr. 2002, 1131 – RTD civ. 2002, p. 858

CEDH, 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni* – M. LEVINET, GACEDH, 5^e ed., Thémis, 2009, p. 465

CE, 28 décembre 2002, *Duvignères*, GAJA, n° 118

CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne* : n° 3598/97 – RTD civ., 2004, p. 361, obs. Marguénaud

Cass. 2^e civ., 27 janv. 2004 : AJF 2004, p. 244

Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. I*, n°211 p. 179

CC, DC Déc. n° 2006-533 DC, 16 mars 2006
Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 184
Cass. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 478 – Defr., 2007. 779, obs. Massip
Cass. 1^{re} civ. 17 mars 2007, Bull. 2007, I, n°113
Lyon, 25 juill. 2007 : Juris-Data n° 2007-346158 – JCP 2008, IV, 1028
CE, 4 déc. 2009, *Mme Lavergne* : Defr. 2010 n° 5 39080 p. 536, note J. MASSIP
Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2010, à paraître, n°08-14619
CE, 16 avril 2010, n°279817, mentionné au recueil
CE, 19 juill. 2010, n°334878, publié au recueil

B. Jurisprudence étrangère

Australie : *Marriage of C. and D.* (1979) 35 F.L.R. 340

Colombie : Cour Constitutionnelle, Décisions SU-337/99 ; T-551/99 ; T-1025/02 ; T-1021/03
(disponibles sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/providencia.php>)

Royaume Uni :

- *Corbett v. Corbett* : Probate report, 1971, p. 83
- Fam. Div., 10 oct. 2000, *W v. W* : [2001] Fam. 111 (disponible sur la base de données *Westlaw*) et [2001] 1 FLR 324

IV. Sites Internet

<http://www.circulaires.gouv.fr>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>

<http://www.ethique-clinique.com/>

http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2009-12/rapport_transsexualisme.pdf

http://www.statbel.fgov.be/fr/statistiques/chiffres/population/naissances_fecondite/source/regprovarr/index.jsp

<http://www.tsr.ch/emissions/temps-present/1261612-entre-deux-sexes.html>

<http://www.webglaz.ch/rife/>

Table des matières

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	7
PARTIE 1 - LA CLASSIFICATION DE L'INTERSEXUEL DANS LES CATEGORIES SEXUEES	11
I. La catégorisation selon le sexe	12
A. La binarité des sexes	12
1. La rigueur des textes législatifs	12
2. La souplesse de la pratique de l'état civil	13
a. Les alternatives illégales à la dualité des sexes	13
b. La souplesse des sanctions	15
i. Les sanctions à l'encontre de l'officier d'état civil	16
ii. L'efficacité de l'acte d'état civil erroné	17
B. La définition du sexe	18
1. Le sexe biologique	19
2. Le sexe psychosocial	21
II. La qualification initiale du sexe	22
A. La détermination du sexe juridique	23
1. L'auteur de la qualification	23
a. La recherche de l'auteur de la qualification	24
b. La nature du droit permettant de décider du sexe de l'enfant	26
2. Le moment de la qualification	27
B. La détermination du sexe biologique	29
1. Le consentement à l'opération	30
a. L'auteur du consentement	30
b. La qualité du consentement	31
2. L'encadrement des actes médicaux de conformation sexuelle	32
a. La licéité de ces actes médicaux et ses conséquences en droit civil	33
i. Les contours de la nécessité médicale	33
ii. La nécessité médicale des actes de conformation sexuelle	36
α) La nécessité thérapeutique	36
β) La nécessité préventive	37

γ) Les actes à visée esthétique _____	38
iii. Les conséquences de l'illicéité de l'objet _____	40
b. Les conséquences de l'absence de nécessité médicale en droit pénal _____	42
i. Les atteintes volontaires à l'intégrité corporelle _____	42
ii. Les atteintes involontaires à l'intégrité corporelle _____	43
iii. Les infractions aux règles de chirurgie esthétique _____	44
PARTIE 2 - LE DROIT SEXUE ET L'INTERSEXUEL _____	46
I. Le droit de choisir son sexe _____	46
A. Le droit de changer son sexe _____	47
1. La nature de l'action _____	48
a. Les différentes actions relatives à l'état civil _____	48
b. L'action juridiquement pertinente pour l'intersexuel _____	48
2. Le régime de l'action _____	50
a. Le régime procédural _____	50
b. Le régime probatoire _____	51
i. La charge de la preuve _____	51
ii. L'objet de la preuve _____	52
B. L'assistance matérielle dans ce choix _____	53
1. La prise en charge du coût de l'instance _____	54
2. La prise en charge des actes médicaux de changement de sexe _____	54
II. Les enjeux du sexe juridique _____	55
A. Les droits liés au sexe _____	56
1. Droit subjectif et différence des sexes _____	56
a. Le déclin des règles discriminatoires _____	57
b. Les mesures de discrimination positive _____	58
2. Droit objectif et différence des sexes _____	58
a. Un sexe séparatif _____	59
b. Un sexe attractif _____	60
i. L'identité attractive _____	61
ii. La différence attractive _____	61
B. La portée temporelle de la modification du sexe _____	64
PARTIE 3 - LA REFORME INÉLUCTABLE DE NOTRE DROIT POSITIF ____	68
I. La révision des catégories _____	68
A. Les fondements d'une réforme _____	69
1. La binarité des sexes, une atteinte à la vie privée des intersexuels _____	69
2. La binarité des sexes, une ingérence justifiée ? _____	70
B. Les propositions de réforme _____	73

1. Le troisième sexe _____	73
2. La suppression du sexe _____	74
a. Des règles de droit subjectif peu perturbées _____	75
b. Des règles de droit objectif quelque peu améliorées _____	75
II. La suspension des qualifications _____	78
A. La suspension de la qualification juridique _____	78
1. L'allongement du délai de déclaration _____	78
2. Un sexe provisoirement indéterminé _____	79
B. La suspension de la qualification juridique _____	80
1. Les justifications d'une réforme _____	80
a. Un consentement parental méconnaissant l'intérêt de l'enfant _____	80
b. Un consentement parental contraire à la vie privée de l'enfant _____	81
2. La réforme envisageable _____	83
CONCLUSION _____	85
ANNEXE _____	86
1. La prise en charge du coût de l'instance _____	86
2. La prise en charge des actes médicaux de changement de sexe _____	88
a. La couverture des soins _____	88
b. L'exonération du ticket modérateur _____	89
BIBLIOGRAPHIE _____	91
TABLE DES MATIERES _____	98