HAL open science

Binarité sexuée et états d'intersexuation : de l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil

Justine Content Fontana-Content

To cite this version:

Justine Content Fontana-Content. Binarité sexuée et états d'intersexuation : de l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil. Droit. Université Montpellier, 2017. Français. NNT : 2017MONTD048 . tel-01943871v2

HAL Id: tel-01943871

https://theses.hal.science/tel-01943871v2

Submitted on 4 Dec 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THESE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE MONTPELLIER

En Droit Privé

École doctorale Droit et Science politique

Unité de recherche 5815 – Dynamiques du Droit

BINARITÉ SEXUÉE ET ÉTATS D'INTERSEXUATION

De l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil.

Présentée par Justine FONTANA-CONTENT

Le 10 novembre 2017

Sous la direction de François VIALLA

Devant le jury composé de

Mme Marion GIRER, Maître de Conférences, Université Jean Moulin, Lyon 3	Rapporteur
M. Georges FAURÉ, Professeur des Universités, Université de Picardie, Jules Vernes	Rapporteur
M. Nicolas KALFA, Professeur des Universités-praticien hospitalier, Université de Montpellier	Membre du jury
M. François VIALLA, Professeur des Universités, Université de Montpellier	Directeur de thèse

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.»

« Vu et permis d'imprimer. »

Montpellier, le XX.

Le Président de l'Université de Montpellier.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier ma famille pour m'avoir apporté le soutien nécessaire à cette grande entreprise, pour avoir cru en ma capacité à mener cette aventure, et pour m'avoir supporté durant ces cinq années, la plupart du temps par ondes interposées.

Je remercie également mon mari, présent sur les trois dernières années de ces travaux, qui a su prendre le train en marche en m'apportant de nouvelles réflexions ainsi qu'un soutien indéfectible.

Je remercie aussi Mme Mauricette DERVILLERS qui a sacrifiée une partie son été pour s'atteler à la relecture de ces travaux.

Enfin, je remercie le Professeur François VIALLA qui nous prouve que la maïeutique n'est pas qu'une discipline médicale ou philosophique.

À mes parents

À Luc et Paul

À Joseph

À ma famille montpellieraine

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Act. : Actualités

A.D.N. : Acide désoxyribonucléique

Adv. Exp. Med. Biol. : *Advances in experimental medicine and biology*

Aff. : Affaire

A.J.D.A. : Actualité juridique Droit administratif

AJ Fam. : Actualité juridique Famille

al. : Alinéa

A.L.D. : Affection Longue Durée

A.M.M. : Autorisation de Mise sur le Marché

A.M.P. : Assistance médicale à la procréation

A.N. Rép. Min. : Assemblée Nationale, Réponse ministérielle

Ann. Méd. Psychol. : Annales médico-psychologiques

A.N.T. : Association nationale transgenre

A.P.H.P. : Assistance publqiue – Hôpitaux de Paris

Arch. Dis. Child. : *Archives os disease in childhood*

Art(s). : Article(s)

Ass. Plén. : Assemblée plénière

B.E.H. : Bulletin épidémiologique hébdomadaire

B.E.P.C. : Brevet d'études du premier cycle du second degré

B.O. : Bulletin Officiel

Bull. : Bulletin

Bull. Civ. : Bulletin civil

Bull. Crim : Bulletin criminel

Ca : Canada

C.A. : Cour d'appel

C.C.A.M. : Classification ommune des actes médicaux

C.C.N.E. : Comité consultatif National d'éthique

C.D.S.A. : Cahiers du droit de la santé

C.D.O.M. : Conseil Départemental de l'Ordre des Médecins

CE : Conseil d'État

CE Ass. : Conseil d'État, arrêt d'assemblée

C.E.C.O.S. : Centre d'études et conservation d'ovocytes et de sperme

CE Sect. : Conseil d'État, arrêt de section

C.E.D.H. : Cour européenne des Droits de l'Homme

Cf. : *Confer*

Ch. : Chambre

Chron. : Chronique

C.H.R.U. : Centre Hospitalier Régional Universitaire

C.H.U. : Centre Hospitalier Universitaire

C.I.A.P.A. : Centre Interhospitalier d'Accueil Permanent pour Adolescents

C.I.D.E. : Convention internationale des droits de l'enfant

C.I.M. : Classification internationale des maladies

Civ. 1ère : Première chambre civile de la Cour de cassation

Civ. 2ème : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

C.J.C.E. : Cour de Justice des communautés européennes

C.J.U.E. : Cour de Justice de l'Union Européenne

C.N.A.M. : Caisse Nationale d'Assurance Maladie

C.N.C.D.H. : Commission nationale consultative des droits de l'Homme

C.N.I. : Carte nationale d'identité

C.N.O.M. : Conseil National de l'Ordre des Médecins

C.N.R.S. : Centre nationale de la recherche scientifique

Coll. : Collection

Comm. : Commentaire

Concl. : Conclusions

Cons. Const. : Conseil constitutionnel

Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

C.R.M.R. : Centre de référence maladies rares

C.S.P. : Code de la santé publique

C.S.S. : Code de la sécurité sociale

C.T.H.S. : Comité des travaux historiques et scientifiques

C. Civ. : Code civil

D. : Recueil Dalloz

D.D.H.C. : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

D.E.A. : Diplôme d'études approfondies

D.G.A.C. : Direction générale de l'aviation civile

Doctr. : Doctrine

Dir(s). : Directeur(s)

D.P.N. : Diagnostic prénatal

Dr. : Docteur

Dr. Fam. : Revue de droit de la famille

D.S.D. : *Disorder of Sex Development*

D.S.M. : Manuel diagnostic et statistique des troubles mentaux

D.U. : Diplôme universitaire

D.U.D.H. : Déclaration universelle des droits de l'Homme

E.A.S.A. : *European Association of social anthropology*

éd. : Édition

E.H.E.S.S.-C.N.E. : École des hautes études en sciences sociales – Centre Norbert Élias

E.P.S. : Éducation physique et sportive

et al. : et autres

Fasc. : Fascicule

F.I.R.E.N.D.O. : Filière Maladies Rares Encocriniennes

FtM : Transition *Female to Male*

G.A.C.E.D.H. : Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme

G.A.J.A. : Grands arrêts de la jurisprudence administrative

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

G.I. : *General Infantry*

Grde ch. : Grande chambre

H.A.S. : Haute autorité de santé

I.A.D. : Insémination artificielle avec donneur

Ibid. : *Ibidem*

I.G.R.E.C. : Instruction générale relative à l'état civil

I.N.E.D. : Institut national d'études démpographiques

I.N.S.A. : Institut national des sciences appliquées

I.N.S.E.E. : Institut national de la statistique et des études économiques

J. Am. Acad. Child. Adolec. Psychiatry : *Journal of american academy of child and adolescent psychiatry*

J. Cl. : Jurisclasseur

J. Gynécol. Obstet. Biol. Reprod. : Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction

J. Sex. Marital Ther. : *Journal of sex marital and therapy*

J. Urol. : *Journal of urology*

J.A.F. : Juge aux affaires familiales

J.C.P. : La semaine juridique

J.C.P. G. : La semaine juridique – Édition générale

J.C.P. N. : La semaine juridique – Édition notariale

J.C.P. Not. Imm. : La semaine juridique – Édition notariale et immobilière

J.O. : Journal officiel

J.O.C.E. : Journal officiel des Communautés européennes

J.O.R.F. : Journal officiel de la République française

Jur. : Jurisprudence

J21 : Loi de modernisation de la justice du XXIème du 18 novembre 2016

L.E.H. : Les Études Hospitalières

L.G.B.T. : Lesbienne, Gay, Bisexuel, Transsexuel

L.G.B.T.I. : Lesbienne, Gay, Bisexuel, Transsexuel et Intersexe

L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

L.P.A. : Les petites affiches

M.D.P.H. : Maison départementale des personnes handicapées

MtF : Transition *Male to Female*

N.E.K.-C.N.E. : Nationale Ethikkommission – Commission Nationale d'éthique humaine

N.G.A.P. : Nomenclature générale des actes professionnels

Obs. : Observations

O.M.S. : Organisation Mondiale de la Santé

O.N.G. : Organisation non gouvernementale

O.N.I.A.M. : Office national d'indemnisation des accidents médicaux

Op. cit. : *Opus citatum*

Ord. : Ordonnance

Pan. : Panorama

P.H.R.C. : Programme hospitalier de recherche clinique

P.M.A. : Procréation médicalement assistée

P.U.A.M. : Presse de l'Univeristé Aix-Marseille

P.U.F. : Presse Univeristaire de France

Q.P.C. : Question prioritaire de constitutionnalité

Req. : Requête

R.C.P. : Réunion de concertation pluridisciplinaire

R.D.H. : Revue des droits de l'Homme

R.D.S. : Revue Droit&Santé

R.D.S.S. : Revue de Droit sanitaire et social

Rec. : Recueil Lebon

Rec. C.J.C.E. : Recueil de la Cour de Justice des Communautés européennes

Rec. Lebon : Recueil Lebon

R.F.D.A. : Revue de réflexion et d'approfondissement en Droit

R.I.D.C. : Revue internationale de droit comparé

R.J.P.F. : Revue juridique Personnes et Famille

R.T.D. Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

R.T.D.H. : Revie trimestrielle des Droits de l'Homme

R.L.D.C. : Revue Lamy de Droit civil

R.U.D.H. : Revue universelle des droits de l'Homme

Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

So.F.E.C.T. : Société française d'études et de prise en charge du transsexualisme

Spéc. : Spécialement

t. : Tome

T.G.I. : Tribunal de grande instance

Trans' : Transsexuel

Trib. civ. : Tribunal civil

U.C.L.A. : Univérsité de Californie à Los Angeles

U.E. : Union européenne

U.N.E.S.C.O. : Organisation des Nations-Unis pour l'éducation, la science et la culture

U.S.A. : *United States of America*

v. : Voir

V.D.G. : Variation du développement génital

V.D.S. : Variation du développement sexuel

Vol. : Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION..... 18

PREMIERE PARTIE :

AMBIVALENCE DU SEXE, ETATS D'INTERSEXUATION ET DROIT 36

TITRE PREMIER : LE SEXE À L'ÉPREUVE DES ÉTATS D'INTERSEXUATION : L'ÉMERGENCE DU GENRE 40

CHAPITRE PREMIER : LES ÉTATS D'INTERSEXUATION RÉVÉLATEURS DE L'OBSOLESCENCE DU SEXE 44

CHAPITRE SECOND : "GENDER IS THE NEW SEX" OU LE GENRE, CE NOUVEAU SEXE 114

TITRE SECOND : DES PRATIQUES JURIDIQUES ET MÉDICALES DOUTEUSES DES ÉTATS D'INTERSEXUATION 168

CHAPITRE PREMIER : LA MÉCONNAISSANCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DES DROITS DES PATIENTS 172

CHAPITRE SECOND : LA RELATIVE RÉSISTANCE DU DROIT FACE AUX DEMANDES CONCERNANT LE SEXE 238

SECONDE PARTIE :

UNE COHABITATION DIFFICILE ET UNE MISE A NIVEAU NECESSAIRE DU DROIT 312

TITRE PREMIER : LES DYSFONCTIONNEMENTS DES RÉGIMES ACTUELS : ENTRE INVISIBILITÉ ET SUR-VISIBILITÉ 314

CHAPITRE PREMIER : L'ABSENCE DE CADRE DANS LES PRATIQUES MÉDICALES : DES PRISES EN CHARGE MÉDICALES ALÉATOIRES 316

CHAPITRE SECOND : DES ATTEINTES MANIFESTES ET CARACTÉRISÉES AUX DROITS FONDAMENTAUX 370

TITRE SECOND : ESSAIS POUR UNE APPRÉHENSION PLUS RÉALISTE DU SEXE EN DROIT 424

CHAPITRE PREMIER : UNE NOUVELLE PLACE POUR LE SEXE À DÉFINIR ENTRE NEUTRALITÉ ET NEUTRALISATION 426

CHAPITRE SECOND : QUELQUES AMÉNAGEMENTS PRATIQUES ET FONCTIONNELS POUR UN ÉTAT CIVIL HARMONIEUX 480

INTRODUCTION

« *Non est judaeus neque graecus, non est servus neque liber, non est masculus et femina : omnes enim vos unum estis in Christo Jesu* »[1].

« *De fait nous avons un sexe, chacun d'entre nous ? Mais pourquoi la République s'en mêle-t-elle ? Pourquoi l'État se préoccupe de mon sexe ? Pourquoi inscrire sur l'acte de naissance des enfants : fille/garçon, sexe féminin/sexe masculin. À qui cette information sert-elle ?* »[2]

1 . Mythologie[3], cinéma[4], séries télévisées[5], musique[6], art[7], littérature[8]… Les subversions de la binarité sexuée déchaînent les passions auprès des raconteurs d'histoires et

---

[1] Évangile selon Saint Paul, *Épître aux Galathes,* III, 28. « *Il n'y a ni Juif ni grec, il n'y a ni esclave ni homme libre, il n'y a ni mâle ni femelle, car tous vous ne faites qu'un en Jésus-Christ* ».

[2] T., HOCQUET, *Sexus nullus, ou l'égalité,* iXe, 2015, p. 14.

[3] Cybèle, Shiva Ardhanarishvara, Hermaphrodite, Omphale ou encore Tirésias.

[4] E., LUBITSCH, *Je ne voudrais pas être un homme* (*Ich möchte kein Mann sein*), 1918 ; C., THEODOR DREYER, *La Passion de Jeanne d'Arc,* 1928 ; R., SCHÜNZEL, *Victor Victoria (*Viktor und Viktoria*),* 1933 ; T., KINUGASA, *La Vengeance d'un acteur* (*Yukinojô henge daiippen*), 1935 ; G., CUKOR, *Sylvia Scarlett,* 1935 ; M., CARNÉ, *Les Enfants du paradis,* 1945 ; J., DRÉVILLE, *La Fille au fouet,* 1952 ; E., WOOD, *Louis ou Louise* (*Glen or Glenda?*), 1953 ; K., HOFFMANN, *L'Auberge du Spessart,* 1957 ; B., WILDER, *Certains l'aiment chaud (*Some like it hot*),* 1959 ; J., AUDRY, *Le Secret du chevalier d'Éon,* 1959 ; K., ICHIKAWA, *La Vengeance d'un acteur* (*Yukinojô henge*), 1963 ; K., FUKASAKU, *Le lézard noir* (*Kurotokage*), 1968 ; L., VISCONTI, *Les Damnés,* 1969 ; M., SARNE, *Myra Breckinridge,* 1970 ; R., WARD BAKER, *Dr Jekyll et Sister Hyde,* 1971 ; R., FUEST, *Les Décimales du futur* (*The Final Programme*), 1973 ; M., APTED, *The Triple Echo (Soldier In Skirts),* 1973 ; R., O'BRIEN, *The Rocky Horror Picture Show*, 1975 ; C., MILLER, *La Meilleure Façon de marcher,* 1976 ; R., POLANSKI, *Le Locataire* (*The Tenant*), 1976 ; V., ARANDA, *Cambio de sexo,* 1977 ; E., MOLINARO, *La Cage aux folles,* 1978 ; C., DURA, *Comme une femme,* 1980 ; E., MOLINARO, *La Cage aux folles II,* 1980 ; P., SCHULMANN, *Rendez-moi ma peau,* 1980 ; R. W., FASSBINDER, *L'Année des treize lunes* (*In einem Jahr mit 13 Monden*), 1981 ; B., DE PALMA, *Pulsions* (*Dressed to kill*), 1981 ; S., POLLACK, *Tootsie,* 1982 ; B., EDWARDS, *Victor Victoria,* 1982 ; B., STREISAND, *Yentl,* 1983 ; G., LAUTNER, *La Cage aux folles III - 'Elles' se marient,* 1985 ; H., BABENCO, *Le Baiser de la femme araignée* (*Beijo da mulher aranha*), 1985 ; R., FERET, *Le mystère Alexina,* 1985 ; A., KUROSAWA, *Ran,* 1985 ; P., ALMODÓVAR, *La Loi du désir,* 1986 ; M., Charef, *Miss Mona,* 1986 ; F., VEBER, *Les Fugitifs,* 1986 ; B., BLIER, *Tenue de soirée,* 1986 ; C., LE HEMONET, *Funny Boy,* 1987 ; V., THEVENET, *Jeux d'artifices,* 1987 ; G., BEAUMONT, : *He's My Girl,* 1987 ; Y., BOISSET, *La Travestie,* 1988 ; P., BOGART, *Torch Song Trilogy,* 1988 ; R., KAYLOR, *Personne n'est parfaite* (*Nobody's perfect*), 1989 ; J., AVNET, *Beignets de tomates vertes,* 1991 ; B., EDWARDS, *Dans la peau d'une blonde,* 1991 ; P., ALMODÓVAR, *Talons aiguilles,* 1991 ; F., TRUEBA, *Belle Époque,* 1992 ; S., POTTER, *Orlando,* 1992 ; N., JORDAN, *The Crying Game,* 1992 ; C., KAIGE, *Adieu ma concubine* (*Bawang bieji*), 1993 ; D., CRONENBERG, *M. Butterfly,* 1993 ; C., COLUMBUS, *Madame Doubtfire,* 1993 ; R., RUSH, *Color of Night,* 1994 ; T., BURTON, *Ed Wood,* 1994 ; A., BENVENUTI, *Elle ou lui* (*Belle al bar*), 1994 ; M., LEDOUX, *Ma sœur est un chic type,* 1994 ; K., DRIDI, *Pigalle,* 1994 ; S., ELLIOTT, : *Priscilla, folle du désert*, 1994 ; D., PRICE, *Dr Jekyll et Ms. Hyde,* 1995 ; B., KIDRON, *Extravagances*, 1995 ; T. NUNN, *La Nuit des rois* (*Twelfth Night: Or What You Will*), 1996 ; W., TIANMING, *Le Roi des masques* (Bian lian), 1996 ; G., AGHION, *Pédale douce,* 1996 ; E., MOLINARO, *Beaumarchais, l'insolent,* 1997 ; C., AMOROSO, *Embrasse-moi Pasqualino !* (*Come mi vuoi*), 1997 ; A., BERLINER, *Ma vie en rose,* 1997 ; A., FONTAINE, *Nettoyage à sec,*

1997 ; C., EASTWOOD, *Minuit dans le jardin du bien et du mal,* 1998 ; C., CAYNE, *Rose Mafia* (*Mob Queen*), 1998 ; P., BROOKS, *Woubi Chéri,* 1998 ; R., SCOTT, *À armes égales* (*GI Jane*), 1998 ; K., PEIRCE, *Boys Don't Cry,* 1999 ; M., TREUT, *Gendernauts,* 1999 ; L., BESSON, *Jeanne d'Arc,* 1999 ; J., SCHUMACHER, *Personne n'est parfait(e)* (*Flawless*), 1999 ; J., MADDEN, *Shakespeare in Love,* 1999 ; P., ALMODÓVAR, *Tout sur ma mère,* 1999 ; Y., THONGKONTHUN, *Satreelex, the Iron Ladies,* 2000, 2003 ; A., DE PINS, *Geraldine,* 2000 ; L., BEGEJA, *Change moi ma vie,* 2001 ; J. C., MITCHELL, *Hedwig and the Angry Inch,* 2001 ; P.-A., MEIER, *Thelma,* 2001 ; K., AÏNOUZ, *Madame Satã,* 2001 ; F., GIROD, *Mauvais genres,* 2001 ; J-M., POIRÉ, *Ma femme... s'appelle Maurice,* 2002 ; E., UEKRONGTHAM, *Beautiful Boxer,* 2003 ; M., ALLOUACHE, *Chouchou,* 2003 ; F., PIERSON, *Soldier's Girl,* 2003 ; B., BONELLO, *Tiresia,* 2003 ; I., FRANZMANN, *Samoa Queens ou Tu seras une femme mon fils,* 2003 ; M., LEMBECK, *Connie et Carla,* 2004 ; P., ALMODÓVAR, *La Mauvaise Éducation* (*La mala educación*), 2004 ; N., MONFILS, *Madame Édouard,* 2004 ; S., CLAVIER, *Si j'étais elle,* 2004 ; S., EYRE, *Stage Beauty,* 2004 ; J., CAOUETTE, *Tarnation,* 2004 ; O., ROEHLER, *Une famille allemande* (*Agnes und seine Brüder*), 2004 ; S., LIFSHITZ, *Wild Side,* 2004 ; R., SALAZAR, *20 centimètres,* 2005 ; N., JORDAN, *Breakfast on Pluto,* 2005 ; J., JARROLD, *Kinky Boots,* 2005 ; L., JUN-IK, *Le Roi et le Clown,* 2005 ; D., TUCKER, *Transamerica,* 2005 ; J., SIMMONS, *Transgeneration,* 2005 ; A., HOLLAND, *A Girl Like Me : L'Histoire vraie de Gwen Araujo* (*A Girl like Me: The Gwen Araujo Story*), 2006 ; R., YEUNG, *Cut Sleeve Boys,* 2006 ; T., WARTMANN, *Des saris et des hommes,* 2006, D., BOURDON, *Madame Irma,* 2006 ; A., FICKMAN, *She's the Man,* 2006 ; J. C., MITCHELL, *Shortbus,* 2006 ; P., FISCHER CHRISTENSEN, *Soap,* 2006 ; R., LANGE, *Statross le Magnifique,* 2006 ; J., MACTEIGUE, WACHOWSKI'S, *V pour Vendetta,* 2007 ; P., ALMODÓVAR, *La piel que habito,* 2007 ; R., ROHEMER, *Les Amours d'Astrée et de Céladon,* 2007 ; C., HARDWICKE, *Soldier Girl,* 2007 ; L., PUENZO, *XXY,* 2007 ; D., ALBERT, *Ma sœur est moi,* 2008 ; C., POUPAUD, *Crossdresser,* 2009 ; J., SOLOMONOFF, *El ultimo verano de la boyita,* 2009 ; M., LANDER, *Le Secret de Peacock,* 2010 ; C., SCIAMMA, *Tomboy,* 2011 ; X., DOLAN, *Laurence Anyways,* 2012.

[5] *Princesse Saphir*, 1967 ; *Soap*, 1977 ; *Mospeada*, 1983 ; *Twin Peaks,* 1990 ; *Star Trek: Deep Space Nine,* 1993 ; *Les Chroniques de San Francisco,* 1993 ; *Les Bœuf-carottes,* ép. 2 s. 9, 1995 ; *Troisième planète après le Soleil,* 1996 ; : *Ally McBeal,* ép. 10 saison 1, saison 5, 1998 ; *Cowboy Bebop,* 1998 ; *Absolutely Fabulous,* 2004 ; *Julie chevalier de Maupin,* 2004 ; *Mon oncle Charlie,* ép. 18, 24 saison 1, 2004 ; *NCIS : Enquêtes spéciales,* ép. 19 saison 1, 2004 ; *The L Word,* 2004 ; *Cold Case : Affaires classées,* ép. 26, 102, 2004 ; *Le Chevalier d'Éon,* 2006 ; *Dirty Sexy Money,* 2007 ; *Pretty/Handsome,* 2008 ; *Hit and Miss,* 2012 ; *Orange is the new black,* 2013 ; *Orphan Black,* 2013 ; *Glee,* 2014 ; *Transparent,* 2014 ; *Sense 8,* 2015 ; *Dark Net,* 2016.

[6] Régine, *La grande Zoa,* 1966 ; Sylvie Vartan, *Comme un garçon,* 1968 ; Michel Polnareff, *Je suis un homme,* 1970 ; David Bowie, *Queen Bitch,* 1971 ; Salvatore Adamo, *Crazy Lue,* 1972 ; Lou Reed, *Walk on the Wild Side,* 1972 ; Charles Aznavour, *Comme ils disent,* 1973 ; Michel Berger, Luc Plamondon, *Travesti,* 1978 ; Pierre Perret, *Estelle,* 1979 ; Indochine, *3e Sexe,* 1985 ; Mylène Farmer, *Sans contrefaçon,* 1988 ; Benoît, *Tourne-toi Benoît,* 2002 ; Indochine, *Le Grand Secret,* 2002 ; Alexis HK, *Coming Out,* 2004 ; Anggun, *Être une Femme,* 2005 ; Antony and the Johnsons, *For Today I am A Boy,* 2005 ; Superbus, *Lola,* 2006 ; Vincent Baguian, *Ce soir c'est moi qui fait la fille,* 2007.

[7] *Hermaphrodite endormi*, marbre, IIe siècle. Département des Antiquités étrusques et romaines du musée du Louvre ; Hans Bellmer, *L'aigle mademoiselle*, dessins de *Petit traité de morale*, 1968 ; Luciano Castelli, *Lucille*, série d'autoportraits, 1973 ; Christian Marclay, *Body Mix,* 1991 ; Philippe Pasqua, *Caphi,* série de peintures, 2004.

[8] H. D'URFE, *L'Astrée*, 1607-1627 ; H. DE BALZAC, *Séraphîta*, Ramsay, 1835 ; T. GAUTIER, *Mademoiselle de Maupin*, 1835 ; G. SAND, *Gabriel*, 1839 ; M. ROSTAND, *La Femme qui était en lui*, Flammarion, 1933 ; G. DES CARS, *La Maudite*, 1954 ; *Une certaine dame*, Flammarion, 1971 ; S. SARDUY, *Cobra*, Éditions du Seuil, 1972 ; P. DALBA, *Lady Boy*, Guy Authier éditeur, 1973 ; T. LEE, *Ne mords pas le soleil*, Le Masque Science-fiction, 1976 ; S. R. DELANY, *Triton*, Calmann-Lévy, 1977 ; A. ROGER, *Hermaphrodite*, Éditions Denoël, 1977 ; C., LOUIS-COMBET, *Marinus et Marina*, Flammarion, 1979 ; É. BARRIERE, *L'inversion du sujet*, Les Lettres Libres, 1986 ; A. F. GARRETA, *Sphinx*, Éditions Grasset & Fasquelle, 1986 ; T. BEN JELLOUN, *L'enfant de sable*, Éditions du Seuil, 1987 ; A. ROGER, *La travestie*, Éditions Grasset, 1987 ; F. BERTHELOT, *Rivage des intouchables*, Folio SF, 1990 ; F. BOUILLOT, *Travesti*, Maren Sell, 1991 ; AYERDHAL, *L'Histrion*, J'ai lu, 1993 ; V. WOOLF, *Orlando*, Librairie générale française, 1993 ; AYERDHAL, *Sexomorphoses*, J'ai lu, 1994 ; F. DELAY, *Catalina, enquête*, Éditions du Seuil, 1994 ; R. TREMAIN, *Le royaume interdit*, édition De Fallois, 1994 ; N. SIMSOLO, *Un travelo nommé désir*, Éditions Baleine, 1996 ; D. THOMAS, *Girl*, Ifrane Éditions, 1996 ; P. RYGG, *L'effet papillon*, L'Aube Noire, 1997 ; B. AUBERT, *Transfixions*, Points, 1999 ; R. EVERETT, *Hello Darling*, Balland, 1999 ; N. BLINCOE, *Acid Queen*, Gallimard collection Série noire, 2000 ; R. EVERETT, *Les Coiffeurs de Saint-Tropez*, Balland, 2000 ; J. VARLEY, *Persistance de la vision*, Denoël, 2000 ; E. BALAERT, *Mary Pirate*, Zulma, 2001 ; F. DORIN, *Les julottes*, Plon, 2001 ; S. DUAL, *Le poison de vérité*, éditions de la Nerthe, 2001 ; J. KEY, *Le trompettiste était une femme*, Hachette, 2001 ; R. RODI, *Drag Queen*, H&O, 2001 ; N. CHATELET, *La Tête en bas*, Éditions du Seuil, 2002 ; G. VIDAL, *Myra Breckinridge et Myron*, réédition Rivages, 2002 ; J. EUGENIDES, *Middlesex*, éditions de l'Olivier, 2003 ; P. GOURVENNEC, *Katia la nuit*, Éditions du Seuil, 2003 ; J. SUEUR, *Ne m'appelez plus Julien*, L'Harmattan, 2003 ; É. FOTTORINO, *Caresse de rouge*, Gallimard, 2004 ; P. LEMEBEL, *Je tremble, ô matador*, Éditions Denoël, 2004 ; J.T. LEROY, *Sarah*, 2004 ; S. DELHAY, *Cherry Darling*, CyLibris, 2005 ; D. FORTUNE, *Cavale en Normandie*, Gilles Gallas éditeur, 2005 ; E. KERET, *Le Grassouillet*, Actes Sud, 2005 ; J. SABATER, *Transes*, éditions T.G., 2006 ; W. STACE, *L'Infortunée*, Flammarion, 2006 ; H. CLAUDE, *Mort d'une drag-queen*, Babel poche, 2007 ; R. DESCOTT, *Caïn et Adèle*, éditions Jean-Claude Lattès, 2007 ; J. DORNY, *Les cupidons sont tombés sur la tête*, 2007 ; E. PAGANO, *Les Adolescents troglodytes*, P.O.L., 2007 ; F. PATAUT, *En haut des marches*, Éditions du Seuil collection Fiction & Cie, 2007 ; E. PESLERBE, *Un bras dedans, un bras dehors*, Éditions du Rouergue, 2007 ; C. DAMIAN, *L'étrangeté du moi*, Manuscrit.com, 2008 ; A. SLAPOVSKI, *Ille*, Éditions Kéruss, 2008 ; J. JOURDAN, *Le choix de Juliette*, le dilettante, 2009 ; J.-A., DEBATS, *Plaguers*, Atalante, 2010 ; P., GUERY, *La Rhétorique des culs*, Éditions Sens&Tonka/L'une&l'autre, 2011 ; T., HOCQUET, *Sexus nullus, ou l'égalité,* iXe, 2015.

de l'Histoire. Mais cet engouement pour les mystères du sexe ne vaudrait sans doute pas la peine d'être raconté si notre Société occidentale n'était pas tant imprégnée de cette binarité, considérée comme indispensable, si ce n'est fondamentale[9]. Cependant, nous avons remarqué que depuis une vingtaine d'années, un certain nombre de pays ont commencé à s'interroger sur les incidences du modèle binaire, mais plus encore sur la pertinence du maintien du sexe comme élément identifiant. Ainsi, l'Allemagne, Malte ou encore l'Argentine, la Nouvelle-Zélande et l'Australie ont œuvré à leur manière dans cette entreprise de renouvellemnt de l'appréciation du sexe en Droit. Mais, il existe malgré tout d'autres cultures qui avaient déjà pris conscience de la performativité du sexe et des genres, sans qu'elle ne sous-entende la mise en valeur de populations stigmatisées, à l'image des Berdaches d'Amazonie qui ne sont ni homme, ni femme, néanmoins respectés grâce à leur statut de chaman, ou encore des Hijras en Inde[10]. Ces cas d'indifférenciation des sexes, il ne faut pas l'oublier, ne sont pas l'apanage des populations étrangères, et nos territoires ultramarins ne sont pas en reste, notamment en Polynésie avec les Rae Rae et les Mahu.

En métropole, la différenciation sexuée des êtres est par ailleurs tellement évidente qu'elle n'a pas été inscrite clairement dans le Code civil. Cependant, sa présence dans tous les textes fondateurs[11], doublé de l'attachement du Code civil à la pensée judéo-chrétienne, tendent à expliquer cette absence. En effet, c'est évident, nous ne sommes qu'homme ou femme, sinon, comment se reproduire ?

2 . La fondamentalité de la binarité sexuée va se retrouver dans chaque marqueur de notre propre identité : d'avant la naissance, par les tractations des futurs parents sur le sexe de leur enfant avant les premiers résultats de l'imagerie médicale, au moment de la naissance, lorsque les visiteurs s'empresseront de demander s'il s'agit d'un garçon ou d'une fille, mais aussi à l'occasion de l'entrée de l'enfant dans la vie civile, lorsque son père devra renseigner l'officier d'état civil sur le sexe à inscrire sur l'acte de naissance. La binarité est présente partout[12], que nous nous rendions aux commodités, qui restent encore aujourd'hui dans les

---

[9] M., GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G,* n°25, 716, 1223 ; L., LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », *in Le sexe, la sexualité et le droit,* Actes du XVIIème colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Paris, Téqui, 2002, p.47.

[10] Pour un panorama de ces cas, v. F., SIRONI, *Psychologie(s) des transsexuels et des transgenres,* Paris, Odile Jacob, 2011, p. 208-209 ; P.-H., CASTEL, « Quelques problèmes relatifs à la définition de l'identité sexuelle dans l'anthropologie sociale contemporaine », *in Le discours psychanalytique. Sur l'identité sexuelle, à propos du transsexualisme,* Paris, Editions de l'Association freudienne internationale, 1996, p. 559-582 ; Z., JAFFREY, *Les derniers eunuques. En Inde avec les hijras,* Paris, Payot, 1996.

[11] G., RAYMOND, « Vers un contrat d'union sociale ? », *Etudes,* avril 1998, p. 464.

[12] M.-E., BOURJAC, « Genre et travail », *in* A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBEAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendre,* Des ailes sur un tracteur, 2014, p. 116.

lieux publics réservées à l'un des deux sexes, ou que nous ayons le privilège de fouilles corporelles diligentées par des agents du même sexe que le nôtre à l'aéroport.

Cette binarité est tellement ancrée dans notre imaginaire que lorsqu'elle se trouve bouleversée, qu'il nous apparaît impossible de déterminer qui se trouve en face de nous, des sentiments entremêlés d'impuissance, d'incompréhension, de peur puis de rejet nous envahissent. C'est alors que nous nous fions au Droit, ce « *discours qui prétend rendre compte du réel, dire vrai, et* [qui,] *par là suscite l'adhésion* »[13]. La présence du sexe dans ce discours s'inscrit encore aujourd'hui dans une approche essentialiste, faisant de la différenciation des sexes le fondement d'une institution sociale patriarcale, légitimant la suprématie de la puissance paternelle et maritale sur l'enfant et la femme, et qui engendre la toute-puissance du modèle hétérosexuel[14]. Dès lors, la nécessité de promouvoir la différence des sexes permet la perpétuation de l'Humanité[15] et fait de l'appartenance sexuelle des individus l'une des caractéristiques essentielles de sa personne[16]. C'est donc « *la vérité irréductible de la différence des sexes qui est le roc biologique sur lequel se construisent toutes les autres différences,* […] *la possibilité même de penser, de théoriser* »[17]. Voici ce qui explique notre pensée purement binaire et notre incompréhension face aux états d'intersexuation.

3 . Ces états d'intersexuation, que nous préférons à la dénomination d'« altersexuels »[18] à cause de l'idée d'exclusion et du rapport à la sexualité qu'elle suscite[19], peuvent se définir simplement comme les « *variation*[s] *naturelle*[s] *de l'espèce humaine* »[20] perçues comme « *un éventail de conformations anatomiques qui ne relèvent pas des catégories standards « mâle » et « femelle » et qui peuvent résulter de variations chromosomiques, hormonales, gonadiques ou génitales* »[21]. De fait, la division binaire des

---

[13] G., NEYRAND, S., MAKBOUL, *Corps sexué de l'enfant et normes sociales. La normativité corporelle en société néolibérale,* Érès, 2014, p. 63.

[14] D., BORILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p. 266.

[15] J., RUFFIE, *Le sexe et la mort,* éd. Odile Jacob, Le Seuil, 1986, p.9.

[16] G.-M., FAURE, « Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes », *RDSS,* 25 (1), janv.-mars 1989, p. 1.

[17] S., SESE-LEGER, « Du désir du changement de sexe à la métamorphose subjective », *in* C., CHILAND et al., « Approche psychothérapeutique du transsexualisme », *Perspectives psychiatriques,* 36-4, 1997, p.286.

[18] N., RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel. En discussion de la conférence de D., BORILLO, *Ibid.*, p. 281

[19] D., LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p.45.

[20] D., LOCHAK, *Ibid.*

[21] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p.58.

sexes est compromise pour les personnes en état d'intersexuation, qui deviennent des « *empêcheurs de dichotomiser en rond* »[22]. Ces états sont légions[23], mais nous avons pris le parti de n'en développer que deux, pour l'intérêt qu'ils portent à la fois au droit civil et au droit de la santé, alors que la plupart des autres états ont trait à l'expression pure et simple de la liberté individuelle sans incidences directes sur le Droit.

L'intersexuation psychique que constitue le transsexualisme et l'intersexuation physique qui vise les personnes intersexes, sont venues mettre en lumière la complexité de la définition du sexe qui, pendant longtemps, ne désignait que la « *conformation particulière qui distingue l'homme et la femme en leur assignant un rôle déterminé dans la génération et en leur conférant certains caractères distinctifs* »[24].

Le sexe en Droit est traditionnellement défini comme une donnée immuable échappant totalement à la volonté des personnes[25], favorisant le « classement initial »[26], « le partage primordial »[27] ou encore la *summa divisio* des personnes[28]. Cette scission s'inspire, à n'en pas douter, de l'étymologie de la notion dont la racine *sectus* rend compte de l'idée de séparation et de distinction[29]. Mais avant toute chose, le sexe demeure une donnée naturelle qui se doit de rester immuable[30] car il constitue un élément identifiant[31], une catégorie juridique institutionnalisée[32] de par sa présence sur divers documents officiels tels que l'acte de naissance, la carte d'identité, le passeport ou encore sur le numéro d'inscription au répertoire d'identification des personnes physiques[33].

Cependant, cette appréhension ancestrale du sexe s'est toujours désintéressée des autres composantes susceptibles définir le sexe, pour ne s'intéresser qu'à l'aspect des organes génitaux[34]. Mais aujourd'hui, dire qu'une personne est de sexe féminin ou masculin ne suppose plus que ses organes génitaux reflètent l'appartenance à l'un des deux sexes par la

---

[22] F., SIRONI, *Psychologie(s) des transsexuels et des transgenres,* Paris, Odile Jacob, 2011, p.88.

[23] Sur une liste sans doute non exhaustive, v. *National Geographic, Special Issue,* « The shifting landscape of Gender. Gender revolution », january 2017, p. 7-9.

[24] *Le petit Robert,* Sexe.

[25] Certains parlent de doigt de Dieu. V. Ccl. FABRE sous TGI Seine, 18 juin 1965, *JCP,* II, 14421.

[26] E., GOFFMAN, *L'arrangement des sexes,* Paris, Le dispute, 2002, p.46 ; E., VARIKAS, *Penser le sexe et le genre,* Paris, PUF, 2006.

[27] J., CARBONNIER, *Les personnes,* 21ème éd., PUF, Thémis, 2000, n°76.

[28] J., CARBONNIER, *Droit civil 1, Les personnes,* 2000, 21ème éd., PUF, p. 135. Dans ce sens, v. F., VIALLA, « Transition », *Revue Droit & Santé,* 2010, n°32, p. 230.

[29] P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française.*

[30] Concl. GRANJON, sous TGI Seine, 18 janvier. 1965.

[31] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.16.

[32] A.-M., LEROYER, « L'état civil au prisme du genre : un révélateur de discriminations » in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité »

[33] Art. 4, décret n°82-103, 22 janvier 1982.

[34] Relevons que l'ancien article 55 du Code civil de 1804 imposait que l'enfant soit présenté à l'officier d'état civil pour que ce dernier constate la conformité des organes génitaux.

présence d'un pénis assorti de testicules ou d'une vulve. Le sexe n'est pas uniquement visible et la science va découvrir qu'il constitue une véritable palette de manifestations, scindées en deux composantes distinctes. D'abord, les composantes dites objectives qui correspondent à tout ce qui n'est pas *a priori* du ressort de la volonté de la personne mais de la « loterie génétique ». Font alors partie de cette composante le sexe chromosomique, qui se manifeste par la présence d'une 46ème paire de chromosome XX ou XY, le sexe hormonal désigné par la sécrétion des hormones mâles et femelles nécessaires à la reproduction et le sexe phénotypique qui correspond à toutes les manifestations visibles de l'appartenance sexuée allant des organes génitaux aux caractéristiques sexuelles secondaires (seins, pilosité, pomme d'Adam etc.). Tandis que la composante subjective concerne le sexe dit psychosocial, c'est-à-dire le sentiment d'adhésion à l'un ou l'autre sexe, voire à aucun des deux, qui peut se manifester par des signes extérieurs comme les vêtements ou encore la sexualité[35]. En d'autres termes, les composantes objectives et subjective du sexe visent d'une part, ce que l'on donne à voir, et d'autre part, ce que l'on ressent[36], opérant une nouvelle dichotomie entre le « *sexe de l'âme* [et le] *sexe du corps* »[37] qui ne concordent pas systématiquement, en témoignent les états d'intersexuation.

4 . Le sexe de l'âme a connu un essor tout particulier dès l'instant où le concept de genre est apparu, traduction maladroite du *gender* anglophone. Même si le terme existe en français, il n'est employé que dans un registre grammatical et la langue de Molière ne saurait encore aujourd'hui rendre compte de toutes les nuances du *gender*[38]. À ce titre, la Commission nationale de terminologie et de néologie avait conclu, en 2005 à l'inutilité de l'intégration de la notion car les références au sexe binaire demeuraient suffisantes[39], et tant son appréhension était fonction des caractéristiques individuelles de construction sociale des individus[40]. Car en effet, le genre constitue « *le statut social en fonction du sexe construit par toutes les sociétés, qu'elles reconnaissent deux sexes ou davantage* »[41].

Cependant, notre société, encore marquée par la binarité, ne peut pas reconnaître le genre dans son entièreté et continue de maintenir un modèle binaire où règne une « *maltraitance*

---

[35] Autrement les « expressions de genre ». V. E., SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective,* Conseil de l'Europe, nov. 2013, p. 8.
[36] M., BONIERBALE, *Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.
[37] F., CASTAGNET, *Sexe de l'âme, sexe du corps,* 1981.
[38] C., CHILAND, « Parler clair et raison garder sur la question du genre », *Perspectives Psy,* 2016/2, vol. 55, p. 68-76 ; M., BONIERBALE, *Ibid.* ; J., CHAMBRY, « Du transsexualisme à la dysphorie de genre », *in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.
[39] Commission nationale de terminologie et de néologie, Recommandation du 22 juillet 2005 sur les équivalents français du mot *gender*, *BO,* 22 juillet 2005.
[40] M., QUILLIOU-RIOUAL, *Identités de genre et intervention sociale,* Dunod, 2014, p. 7.
[41] C., CHILAND, *Ibid.*, p. 68.

théorique »[42] alimentée par les stéréotypes de genre[43]. Cette acception binaire et erronée du genre tend à dénoncer un « *système de représentation normatif fondé sur l'idée simpliste d'une dichotomie de deux sexes définis biologiquement, qui s'excluent mutuellement, auxquels différents rôles et comportements sont attribués traditionnellement* »[44] avec d'une part la « *sphère productive* » de l'homme, et d'autre part la « *sphère reproductive* » de la femme[45]. Cette vision restreinte trouve un écho en Droit qui demeure le « *système normatif qui limite la faculté d'autodétermination* »[46].

5 . L'existence des composantes du sexe marque bien la différence existant entre la nature et la culture[47]. La première, faisant référence à l'innée[48] s'impose aux personnes[49], tandis que la seconde, faisant quant à elle référence à l'acquis, concerne ce « *tout complexe* »[50] qui fait de l'individu une personne unique – en son genre, de part toutes ses manifestations volontaires. Dès lors, ne cantonner son inscription à l'état civil à une appréhension limitée du sexe en fait une nouvelle fiction sociale[51], d'autant plus lorsque l'on s'intéresse à l'intersexuation psychique que constitue le transsexualisme.

6 . Le transsexualisme bénéficie d'une pléthore de désignations oscillant entre transidentié, transgendérisme [52] ou encore dysphorie de genre, ne rendant pas son appréhension aisée pour le non averti. Fort heureusement il existe des ouvrages qui tendent à simplifier la compréhension du syndrome de Benjamin, à l'image de *La Transyclopédie* ou encore du numéro spécial de la revue *National Geographic* consacré au Genre. Là où la transidentité et transgendérisme sont synonymes, dès lors qu'ils désignent des « *sujets* [passeurs de mondes[53]] *qui se sentent généralement appartenir à un seul genre, mais ce genre*

---

[42] F., SIRONI, *Ibid.*, p. 21-55.
[43] J., BERNARD, *Women and the Public Interest,* Chicago, 1971, p. 26 ; S., SCHWEITZER, *Les femme sont toujours travaillé. Une histoire des femmes aux XIXème et XXème siècles,* Paris, Odile Jacob, 2002.
[44] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p. 44. V également M., PICHARD, « Etat des personnes, genre et identité », », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».
[45] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français,* Paris, CNRS Editions, 2014, p. 12.
[46] M., PICHARD, *Ibid.*
[47] M., QUILLIOU-RIOUAL, *Ibid.*, p. 47-58.
[48] M., QUILLIOU-RIOUAL, *op. cit.*, p. 47.
[49] Dictionnaire, *Le Robert,* 1984.
[50] E., BURNET TYLOR, *La civilisation primitive,* 2 vol., 1878.
[51] P., LE MAIGAT, note sous Civ.1ère, 4 mai 2017, *Gaz. Pal.,* 2017, n°19, p. 20.
[52] Nous excluons d'emblée le terme de transsexualité faisant référence à la sexualité qui n'est pas concernée par la dysphorie de genre.
[53] F., SIRONI, *op. cit.*11, p. 16.

est différent du genre biologique dans lequel ils sont nés »[54], la personne transsexuelle s'en distingue par le recours à un processus de transition dont le but et de la faire appartenir de manière homogène et sans retour au sexe opposé[55]. Contrairement aux personnes transgenres, les personnes transsexuelles ou dysphoriques de genre, ne souhaitent pas que la confusion règne autour de leur sexe.

Transgenres et transsexuels composent le groupe générique des trans'[56], dénomination qui sera employée dans la suite de ces réflexions mais qui ne désigneront que les personnes transsexuelles. Nous utiliserons également cette appellation, toujours dans un souci de diversité lexicale, mais nous tenons à mettre en garde notre lecteur que nous ne prenons pas entièrement part aux discussions autour de la préférence autour de l'utilisation du terme dysphorie de genre, qui sera par ailleurs également employé[57].

De manière concise, la dysphorie de genre se définit comme le « *drame d'un homme – plus rarement une femme*[58] *– qui rejette le sexe dans lequel il est né avec une détermination pouvant le conduire au suicide*[59] *; qui s'identifie mentalement à l'autre sexe au point d'en adopter le comportement et d'en revêtir l'apparence ; qui, pour parfaire cette identification, demande à la médecine de mutiler son corps et à la Justice de modifier son état civil* »[60]. Ce drame vient contraindre la personne dont le « *sexe chromosomique* [est] *déterminé*, [le] sexe *psychologique et social opposé*, [le] *sexe morphologique intermédiaire* »[61], à la métamorphose[62].

Au sujet du transsexualisme il est également question de le désigner comme étant une variante de genre sans *disorders of sex development* (D.S.D)[63], en opposition aux variantes de genre

---

[54] F., SIRONI, *Ibid.*, p. 15 ; L., BRUNET, C., FORTIER, « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité » *in* N., GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité,* Anthémis, 2012, p.64.

[55] L., BERINI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT., A., REVILLARD, *Introduction aux études de genre,* De Boeck, 2012, p.43.

[56] L., BERINI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT., A., REVILLARD, *Ibid.*, p. 44 ; E., SCHNEIDER, *Ibid.*, p. 6 ; Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p. 45.

[57] Pour une partie de la communauté médicale, le suffixe « isme » sous-entend l'idée de concept ou de théorie qui n'est pas compatible avec la dysphorie de genre qui ne comprend aucune étude nosographique, l'emploi du terme « dysphorie » permettrait de rester focalisé sur la souffrance de la personne. V. M., BONIERBALE, *op. cit.,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.

[58] Sur un point terminologique au sujet des transsexuels, l'ensemble de ces individus constitue la communauté transgenre qui comprend précisément les « *transsexuels déjà ou pas encore opérés, mais aussi des personnes qui choisissent de ne pas subir d'opération ou qui n'ont pas accès à la chirurgie* », puis ils deviennent transsexualisés une fois que le changement juridique de sexe a eu lieu. V. T., HAMMARBERG (Commissaire aux droits de l'Homme), *Droits de l'homme et identité de genre,* Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, p. 5 ; L.-E, PETTITI, *Ibid.*, p.78.

[59] Le sentiment « profond et inébranlable », R., KÜSS, *op. cit.*, p.819.

[60] M., JEOL, « Les transsexuels changent d'état », *Droit et patrimoine,* mars 1993, p.89.

[61] M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.665.

[62] F., SIRONI, *op. cit.*, p. 12.

[63] Il est également question de G.I.D. pour *gender identity desorder*. V. H.F.L., MEYER-BAHLBURG, « Lignes de conduite pour le traitement des enfants ayant des troubles du développement du sexe », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 56(2008), p. 339.

avec D.S.D. que constitue l'intersexuation physique, dont sont porteuses les personnes dites intersexes.

7 . Les personnes dont « *les caractères sexués sont atypiques ou non conformes aux normes généralement admises* » [64], antiquement dénommées hermaphrodites, mais aujourd'hui désignées par les termes intersexes, porteurs de D.S.D, ou de « variations du développement sexuel »[65] (V.D.S.)[66], restent aujourd'hui encore considérées comme les victimes d'« *a tragic joke of nature* »[67].

Encore désignées dans nos dictionnaires sous l'appellation d'hermaphrodite, les définitions actuelles restent plus concises qu'à l'époque de Diderot et d'Alembert[68] et se contentent de viser l'« *être humain auquel on attribue les deux sexes* »[69], ce qui pose un problème de taille à l'occasion de l'assignation à la naissance.

8 . Étudier les transsexuels et les personnes intersexes dans le même sujet peut sembler hasardeux lorsque l'on remarque que les problématiques liées à ces deux états ne concernent pas les mêmes composantes du sexe. En effet, dans la première hypothèse, il s'agit d'une discordance manifeste entre les composantes objectives et la composante subjective, tandis que dans la seconde, la discordance s'effectue au sein même des composantes objectives. Mais en réalité, ces deux thématiques sont sensiblement proches[70] dans la mesure où les personnes concernées peuvent être perçues comme des « *minorité*[s] *souffrante*[s] »[71] ou des « *outsiders du genre* »[72]. Et même si l'étude ne concerne qu'un épiphénomène, qui n'en est

---

[64] E., SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 28.

[65] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p. 88.

[66] La terminologie à employer reste encore aujourd'hui controversée dans un souci de rendre ces variations humanistes et non stigmatisantes. V. M., GOBERT, *Ibid.* ; I.A., HUGHES, C., HOUK, S.F., AHMED, P.A., LEE, LWPES Consensus Group, ESPE Consensus Group, *Consensus statement on management of intersex disorders,* Arch. Dis. Child., 2006 ;91 :554-63. Aussi, tour à tour dans un souci de diversité lexicale nous utiliserons les termes intersexes ou personnes porteuses de V.D.G., nous espérons sincèrement ne pas froisser les sensibilités et faisons à toutes fins utiles que l'existence même de ces travaux suffisent à démontrer l'intérêt bienveillant porté sur ces sujets.

[67] Traduit par nous-même. A. B., BARATZ, « Intersex/Differences of Sex Development : Clinicians and Community Collaborating for Change », *Dialogues in Pediatric Urology,* déc. 2016, p.4.

[68] Encyclopédie de l'Alembert et de Diderot, 1765, p. 166 : *« Perfonne qui a les deux fexes, ou les parties naturelles de l'homme, de la femme. Ce terme nous vient des Grecs ; ils l'ont compfé du nom d'un dieu & d'une deffe, afin d'exprimer un un feul mot, fuisant leur coutume, le mélange ou la conjonction de Mercure et de Vénus. S'il eft vrai ce que raconte Alexander ab Alexandro, que les perfonnes qui portoient en elles le fexe d'homme et de femme, ou pour m'expliquer en un feul mot, les hermaphrodites, furent regardés par les Athéniens & les Romains comme les monftres, qu'ont précipitoit dans la mer à Athènes & de Rome dans le Tibre* ».

[69] *Hermaphrodite,* Dictionnaire de la langue française, Littré.

[70] L., BRUNET, « Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personne sintersexes », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 64, 2016, p. 263 ; C., CHILAND, « La problématique de l'identité sexuée », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 56(2008), p. 328.

[71] P.-H., CASTEL, *Les métamorphoses impensables. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p. 129.

[72] A., ALESSANDRIN, « Normes de genre », *in* A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendre*, Editions « Des ailes sur un tracteur », 2014, p. 47.

plus un rapporté à la population mondiale, elle « *conduit à s'interroger sur les droits reconnus à tous* »[73], et notamment à l'étude des différents facteurs relatifs à l'identité sexuée selon un déterminisme environnemental et génétique[74].

9 . L'identité, du latin *idem,* le même, désigne « *les valeurs et les normes dans lesquelles chaque personne se reconnaît en tant que sujet. Elle désigne également ce qui permet aux autres de le reconnaître* »[75]. Deux aspects se distinguent de cette définition[76], d'une part l'identité nécessite que les membres d'une même communauté, nous concernant l'Humanité, bénéficient de caractères communs, identiques de rattachement. En ce sens, l'identité permet de dire de l'Homme ce « *qu'il est à partir de caractéristiques* ***définitivement*** *acquises* »[77]. D'autre part, notre identité est singulière car il existerait autant d'identités différentes qu'il existe d'individu[78]. Ces deux acceptions entrent dans la dichotomie mise en avant par les Professeurs A.-M. LEROYER[79] et G. LOISEAU[80] qui distinguent l'identité statutaire ou civile, de l'identité subjective ou sociale. La première concerne l'individu vu par le Droit et qualifiée par l'attribution d'un nom, d'un prénom, d'un sexe et d'une filiation, dans un objectif de police civile, la seconde s'attache à l'individu vu par lui-même et la collectivité.

Dans le cadre de l'identité statutaire, il est clairement question d'état civil comme reflet de l'état des personnes[81] et comme lien de dépendance avec l'État qui encadre les règles d'individualisation nous permettant d'exister en tant que sujet de Droit[82]. L'état civil concerne traditionnellement la « *situation, au regard des critères du droit de la famille, d'une personne au sein de l'ordre juridique. Les inscriptions dans les registres de l'état civil n'ont pour cette raison qu'une fonction subordonnée ; elles comportent des informations qui, selon les règles de droit de la famille, présentent des conséquences au plan juridique français* »[83]. Dès lors,

---

[73] D., ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison publique,* 15 mars 2012, [En ligne : http://www.raison-publique.fr/article530.html] Consulté le 24 octobre 2016.

[74] M., BOHET, « Quand le sexe est ambiguë », in *Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.

[75] M., QUILLIOU-RIOUAL, *op. cit.*, p. 27.

[76] M., QUILLIOU-RIOUAL, *Ibid.*

[77] J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 14.

[78] J. POUSSON-PETIT (dir.), *Ibid.* , p. 25 ; M., QUILLIOU-RIOUAL, *op. cit*.

[79] A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes » in Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert, Paris, Economica, 2004.

[80] Cité par M., PICHARD, *op. cit.*

[81] J., BECQUART, *Les mots à sens multiples en droit civil français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique,* Thèse, Lille, 1928, p. 99 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens.,* Montchrestien, Domat, 2001, n°530 et s. ; A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p. 249.

[82] J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 19.

[83] Ord. Fédérale, 22 juin 2016, Tribunal fédéral d'Allemagne.

identifier une personne revient à lui attribuer des droits qu'elle pourra effectivement exercer[84], en ce sens, « *l'acte de naissance est donc une pièce maîtresse* »[85] dans l'identification des individus.

Les auteurs modernes du XXème siècle affirment que le sexe fait partie de l'état des personnes et justifient cette position par la présence d'une mention sexuée obligatoire dans l'acte de naissance[86]. Ces actes de l'état civil bénéficieraient donc d'un biopouvoir certain, c'est-à-dire, feraient partie du cercle fermé des « *mécanismes par lesquels ce qui, dans l'espèce humaine, constitue ses traits biologiques fondamentaux va pouvoir prétendre entrer à l'intérieur d'une politique, d'une stratégie politique, d'une stratégie générale de pouvoir* »[87]. Mais cette vision occulte entre en conflit avec le second aspect subjectif de l'identité que constitue dans notre cas précis, l'identité de genre définie comme l'« *expérience intime et personnelle de son genre vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps. Celle-ci peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens pharmacologiques, chirurgicaux ou autres. Elle implique aussi d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* »[88].

Le biopouvoir, initialement entre les mains de la puissance étatique a actuellement tendance à effectuer un glissement vers celles des individus qui souhaitent maîtriser leur vie et leur image tout en exigeant de l'État qu'il reconnaisse ces choix… Pourrait-on croire à un retournement de l'État providence ?

10 . Ces travaux n'ont pas vocation à revenir sur les débats autour de la « théorie du genre » prônant des stéréotypes genrés, faisant des jeunes garçons des futurs pompiers et des jeunes filles les futures mères de famille, mais de s'interroger sur l'émergence de cette notion de genre, qui viendrait, peut-être remplacer celle de sexe et mettre ainsi un terme à la binarité sexuée.

En effet, notre sexe nous est imposé à la naissance par le jeu de la « loterie génétique », tandis que notre genre est issu de notre construction individuelle influencée, ou non, par la famille et la société. Deux notions qui s'opposent par la raison que l'une nous échappe et que l'autre est à notre merci.

---

[84] P.-H., CASTEL, *Ibid.*, p.94.

[85] C., CHILAND, *Changer de sexe,* Odile Jacob, 1997, p. 185.

[86] F., TERRÉ, D., FENOUILLET, *Les personnes, la famille, les incapacités,* 2012, 8ème éd. Dalloz, n°150-155 ; J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes,* 1993, LGDJ, n°22.

[87] M., FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population,* Gallimard, Seuil, 2004, p.3 ; B., ANCEL, « Un OJNI (objet juridique non identifié) à l'état civil. Boîte de pandore ou révolution juridique à l'échelle mondiale ? », *JCP G,* n°11, 1278, 2016, p.490.

[88] Loi argentine, n°26.743, 23 mai 2012, établissant le droit à l'identité de genre, Traduction non officielle réalisée par Transgender Luxembourg.

Si nous pouvons choisir notre genre, et donc choisir la manière dont nous souhaitons apparaître au Monde - qui pourrait différer du sexe tel que mentionné sur notre état civil – quel intérêt y a-t-il à faire perdurer sur la mention du sexe les caractères de stabilité et de fixité historiquement consacrés ? Les principes protecteurs d'ordre public[89] de l'état des personnes, à l'image de l'indisponibilité, l'imprescriptibilité et de l'immutabilité, deviendraient indéniablement obsolètes, tant le genre reste synonyme d'autodétermination, de liberté individuelle et de mouvance.

11 . Le sexe reste néanmoins omniprésent dans le Droit qui justifie ou dénonce des différences de traitements fondées sur un critère qui se dit objectif et qui repose sur une analyse simpliste et commode[90] des organes génitaux, qui peuvent parfois s'avérer incertains.

Ces travaux n'ont pas vocation à débattre de l'influence de la dualité sexuée en Droit, le sujet ayant déjà été traité, bien qu'il mériterait sans doute d'être pour le moins rafraîchi[91]. En effet, s'attacher à la manière dont le Droit appréhende la dualité des sexes n'a aucun sens si n'est pas étudiée, en amont, la source de la présence du sexe en Droit : son inscription dans un acte authentique qui prend le nom d'état civil.

La place de la mention du sexe dans cet état civil est importante car elle marque son entrée controversée dans la catégorie des éléments de l'état des personnes, qui se trouve être en pleine crise existentielle, alors que les libertés et droits fondamentaux ne cessent de se développer sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Car en effet, ce qui va toucher de plein fouet la pérennité de l'état civil demeure l'émergence des droits relatifs à l'identité, et par extension à l'identité de genre, qui se scindent par ailleurs en deux obligations à la charge des États, d'une part ne pas porter atteinte à la construction de l'identité[92] et d'autre part, tout mettre en œuvre pour en assurer la reconnaissance[93].

De fait, la crise de l'état des personnes confortée par la primauté des droits individuels, a conduit l'état civil à subir une mutation en faveur de ces mêmes droits. Là où auparavant l'état civil remplissait une mission d'identification des individus au service de la sécurité juridique, à l'aide du traditionnel triptyque indisponibilité, immutabilité et imprescriptibilité,

---

[89] V. : [89] J., CARBONNIER, *Droit civil,* t. I : *Les personnes,* Paris, PUF, 1990, p. 104 ; M.-T., MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard CORNU,* PUF, Paris, 1994, p. 317 ; J.-L., RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille » in A., WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen,* Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 269.

[90] M., MAYMON-GOUTALOY, *D.,* 1985, chron. p. 216

[91] J.-P., BRANLARD, *op. cit*.

[92] CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni,* série A, n°160, p.16, §39 ; 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie,* n°53176/99 ; 25 septembre 2012, *Godelli c/ Italie,* n°33783/09.

[93] CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne,* n°35968/97 ; *Y. Y, / Turquie*, 10 mars 2015, n°14793/08.

aujourd'hui, il semble en passe de devenir le lieu privilégié d'exercice des droits relatifs à l'identité de genre, comme c'est déjà le cas dans d'autres pays, parfois moins progressistes que le nôtre[94].

Or, l'état civil actuel ne saurait remplir convenablement ces deux missions tant que la binarité sexuée régit l'inscription du sexe à l'état civil, au regard, notamment de la pluralité des expressions que peut revêtir l'identité de genre. Par là-même, la dualité des sexes est créatrice d'une double hiérarchie. Premièrement, dans des rapports purement sexués, la binarité alimente et encourage la suprématie masculine et l'idéal d'un *sexus imbecilitas* qui habiterait la gente féminine[95]. Deuxièmement, une hiérarchie s'opère entre les « sexués » et les « non sexués », c'est-à-dire les personnes qui ne veulent ou qui ne peuvent s'identifier à l'un ou l'autre des deux sexes consacrés, c'est-à-dire, toutes les personnes qui ne sont pas cisgenres. Dès lors, les premiers sont juridiquement identifiés conformément à l'identité qu'ils se sont construite, alors que les seconds se voient contraints de choisir entre l'un des deux sexes qui ne correspondra cependant pas avec l'identité de genre, la binarité devenant un nouveau système de caste en dehors de laquelle nul n'a sa place[96].

12 . Cette exclusion existentielle et juridique s'effectue avec la complicité de l'exercice de l'art médical qui a permis de mettre en lumière les états d'intersexuation pour favoriser ou les contenir. Favoriser d'abord, concernant le traitement de la dysphorie de genre, puisque la médecine, sans remettre en cause la binarité des sexes, a su prouver qu'elle n'était qu'une notion évolutive, non remise en cause par le passage d'un sexe à l'autre. De fait, le sexe n'est plus immuable comme se doit de l'être l'état civil. Contenir ensuite, car si certaines personnes intersexes se retrouvent mutilées pendant leurs jeunes années, c'est en partie à cause des préconisations médicales, elles-mêmes empreintes d'une forte pression sociale qui ne conçoit pas l'Humanité en dehors de deux sexes complémentaires.

---

[94] Respectivement, Cour Suprême du Népal, 21 déc. 2007, *Sunil Babu Pant and Others v. Nepal Governement and Others* ; Cour Suprême du Pakistan, 23 déc. 2009 ; Haute Cour d'Australie, 2 avril 2014, *NSW Registar of Births, Death and Marriage v. Norrie* (concernant uniquement l'état civil), B., MORON-PUECH, « Création d'un sexe « non spécifique » par la Haute Cour d'Australie », *La revue des droits de l'homme,* 2014, [En ligne] ; Cour Suprême Indienne, 15 avril 2014, *National Legal Services Authority v. Union if India and Others* ; Haute Cour du Kenya, 5 déc. 2014, *Baby « A » 'Suing through the Mother E A) and another v. Attorney General and 6 others,* n°266 ; En Allemagne avec la *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften,* 7 mai 2013 ; et à Malte avec le *Gender identity, gender expression and sexe characteristics act*, 14 avril 2015 ; Au Bangladesh avec une décision du Premier Ministre du 11 novembre 2011.

[95] C., DARWIN, *La filiation de l'homme et la sélection liée au sexe,* Champion Classique, coll. « Essais », 2013, p. 858 et s. ; E., BADINTER, *Fausser route,* Odile Jacob, p. 196 ; F., VIALLA, « Du sexe au genre », *JCP G,* 2012, 122, p.230 ; G., DUBY, *Le chevalier, la femme et le prêtre,* Ed. Hachette, 1981, p.176.

[96] Ph., REIGNÉ, « Le sexe et l'état civil », *Think Tank Different. Le Laboratoire Politique*, 29 juin 2012, p. 6 [En ligne :http://www.thinktankdifferent.com/fr/les-publications/les-notes/theme-1-axe-diversalite/id-8-le-sexe-et-l-etat-civil-synthese-, consulté le 1er février 2016] ; M.-H.-S., BOURCIER, émission Culturesmonde, France Culture, « Les nouvelles batailles identitaires, première partie : Lesbienne, gay, queer : que fait le droit aux identités sexuelles ? », 9 mai 2016.

13 . La binarité est un carcan dans lequel l'expression de certains n'a pas de place, mais le véritable fautif ne serait-il pas, tout simplement l'inscription du sexe dans l'état civil, comme élément constitutif de nos existences ?

La présence d'une mention sexuée sur ces actes réduit considérablement le champ des possibles et retire aux individus le choix de leur genre, plus spécialement lorsque la nature est restée indécise. Les *desiderata* vont plus loin. En effet, le choix d'un sexe seul n'est pas suffisant, encore faut-il qu'il demeure un élément de la vie privée bénéficiant de la protection qui lui est associée, il convient alors de maîtriser la visibilité des informations sexuées. Mais cela n'est pas sans soulever d'autres interrogations, notamment sur la manière de procéder. Car en effet, comment mener une réforme des informations sexuées sans porter atteinte à l'impératif de sécurité juridique dont ces titres identificatoires sont porteurs[97] ? Ici encore, la connaissance du sexe par l'État remplit-elle toujours un but de sécurité juridique lorsque d'autres moyens d'identification s'avèrent plus efficaces, car non falsifiables et non attentatoires à la vie privée des titulaires des titres d'identité, comme, par exemple, la biométrie ?

14 . Répondre à ces questions nécessite de prendre connaissance d'un certain nombre de points susceptibles d'attiser, voire d'accélérer la chute du sexe, sinon du binaire, dès qu'il sera question d'identifier quelqu'un.

D'abord, il faut comprendre que dans la prise en charge des états d'intersexuation, Médecine et Droit cohabitent et adhèrent pleinement à l'idée d'une binarité sexuée. Mais à y voir de plus près, cette adhésion cache en réalité bon nombre de points de discordance. Le Droit ne reconnaît que le sexe anatomique, alors que la médecine en compte quatre autres et admet que ces différentes composantes puissent ne pas être unifiées et tendre pleinement vers la désignation de l'un ou l'autre sexe chez une même personne. Ce sexe anatomique, qui n'est appréhendé que de manière binaire va justifier l'existence de règles dites sexo-spécifiques, c'est-à-dire prenant en compte la différence sexuée pour en retirer des effets de droit, en opposition aux règles dites « *genderblind* »[98], qui *a priori* s'appliquent indépendemment de l'appartenance sexuée du sujet[99].

Néanmoins, Droit et Médecine se rejoignent puisque lorsque ces hypothèses arrivent il est d'usage de réparer la composante anormale pour qu'elle corresponde aux quatre autres, au prix du respect de l'intégrité corporelle et de la dignité humaine. Parfois, la réparation n'a pas

[97] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.519.
[98] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *Ibid.*, p.16.
[99] Néanmoins, certaines règles *genderblind* restaient « *gender steretyping* », c'était par exemple le cas de la référence faite au « bon père de famille ». V. S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *op. cit.*, p.17 et s.

lieu et les âmes les plus bienveillantes décident de laisser faire la nature, dès lors que cette action n'a pas d'incidence sur la santé de la personne. Dans ce cas-là, il est tout de même possible d'assigner un sexe en dépit de l'indécision médicale.

Cette idée de « réparation » des corps mixtes, ou des mauvais coprs, montre bien que notre société n'est pas sensible à ce qui se trouve au-délà du modèle binaire. Il nous a donc fallu comprendre pourquoi et les réponses à nos interrogations ont dépassé le domaine du Droit, et la littérature juridique a vite montré ses limites. Il nous a fallu nous pencher sur les écrits en sociologie, ne serait-ce que pour comprendre parfaitement la notion de genre, mais aussi ce qui empâchait sa démocratisation en France. De même, si nous avons eu accès à des données de littérature médicale, nous avons su trouver les professionnels de santé compétents pour nous expliciter la teneur des propos au travers de divers entretiens[100]. Enfin, nous avons assisté à un colloque et à une journée d'étude à Paris et à Marseille sur des thèmes différents à savoir, d'une part la prise en charge médicale de la dysphorie de genre chez le mineur[101], d'autre part, sur le « la dimension sexuée de la vie sociale »[102], plus orienté en sciences sociales et juridiques.

Dès lors, au regard de ces éléments, nous sommes en mesure de nous interroger sur la pertinence et l'efficacité de la survie d'un acte authentique mensonger (PREMIÈRE PARTIE). Cette vision étriquée du sexe par la société comme par le Droit, a une incidence considérable sur la pratique médicale, et plus particulièrement sur l'exercice des droits des patients, et au-delà, des droits fondamentaux liés au corps humain, à l'image de son intégrité ou encore de sa dignité. Sur l'atteinte aux droits des patients, elle touche tous les états d'intersexuation, et n'épargne aucun d'entre eux, spécifiquement lorsque le patient est mineur, qu'il soit intersexe ou transsexuel. Cette même vision étriquée, dont les incidences néfastes se répandent comme l'hiver par-delà le Mur, justifie sans aucun doute possible qu'une réforme soit menée, sans pour autant succomber aux sirènes extrémistes du troisième sexe ou de la neutralisation de ce dernier. Les données nouvelles de la science ne doivent plus laisser le juriste stoïque, et le Droit ne doit plus se contenter d'être présomptif et approximatif[103]. La bonne démarche consiste à faire du sexe le genre, c'est-à-dire une affaire

---

[100] Avec le Dr. François MEDJKANE du C.H.R.U. de Lille, le 26 mai 2017, le Professeur Nicolas KALFA du C.H.R.U. de Montpellier, le 31 janvier 2017, le Dr. Caroline LAFAYE DE MICHEAUX, du C.H.R.U de Montpellier, le 12 janvier 2017, le Dr. Jean CHAMBRY de l'Hôpital Maison Blanche à Paris, et la Dr. Sophie BOULON, du Centre hospitalier Charles Perrens à Bodeaux, le 23 septembre 2016.

[101] « Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant », *AFAR,* 1ère juin 2017, Paris.

[102] Journée d'étude organisée par l'EHESS-CNE, 9 et 10 juin 2016, Marseille.

[103] G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit,* LGDJ, 1955, p.42. Dans le même sens v. B., TEYSSIÉ, *Droit civil, Les personnes,* LexisNexis, 16ème éd., 2014, p. 4.

avant tout privée à rationnaliser cependant pour ne pas créer – immédiatement, le chao (SECONDE PARTIE).

15 . Il ne s'agit pas de nier la différence biologique entre les hommes et les femmes qui demeure l'évidence, et même s'il sera sans doute possible demain de concevoir un enfant dans un utérus artificiel[104], ce dernier restera le fruit de l'union de gamètes mâle et femelle. Mais en quoi cette scission divine devrait-elle être retranscrite en Droit [105]? Si le sexe devient une construction sociale[106], il est évident que sa division binaire devient « *fausse et artificielle* »[107] car en effet, « *il y* [a] *trop peu de sexe pour rendre compte de l'immense variété des expériences humaines* »[108].

« *L'état civil ne doit s'occuper que des qualités qui concernent la loi civile. Autrement dit, si aucun effet de droit n'est attaché, il n'y a aucune raison juridique pour qu'il figure sur les actes* ».[109]

« *La grandeur de la France est là. Dans ses révolutions* ».[110]

[104] D., LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p.53 ; H., ATLAN, *L'utérus artificiel,* Paris, Le Seuil, 2005.
[105] D., LOCHAK, *op. cit.*, p.44.
[106] L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT et A., REVILLARD, *op. cit.*, p. 25 ; J., PICQUART, *Ni homme, ni femme, Enquête sur l'intersexuation,* La Musardine, 2009, p.23 et s.
[107] J., PETIT, « L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », *RTD Civ.,* 1976, p. 263, spéc. P. 264.
[108] G., SIMMEL, *Philosophie de la modernité. La femme, la ville, l'individualisme,* Paris, Payot, 1989.
[109] T., HOCQUET, *Sexus nullus, ou l'égalité,* iXe, 2015, p. 66.
[110] T., HOCQUET, *Ibid.*, p. 159.

PREMIÈRE PARTIE :

AMBIVALENCE DU SEXE, ÉTATS D'INTERSEXUATION ET DROIT

« *Dans ce monde mouvant, le droit intervient pour fixer, arrêter, stabiliser* »[111].

« Sur cette physionomie agitée, tumultueuse, bouleversée par tous les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire de l'homme, le droit a appliqué un masque immobile »[112].

« *L'art est si souvent trompé par la nature !* […] *il garde* […] *comme perpétuel ce qui n'est que momentané* »[113].

16 . Le sexe n'est pas défini par le Droit[114], et la doctrine se dédouane de toute tentative de définition en raison son caractère éminemment médical. Cependant, si pendant longtemps le monde juridique a pu se passer de définition, aujourd'hui, il ne peut ignorer cette lacune dès lors que des personnes physiques nées d'un sexe, entreprennent une nouvelle vie dans l'autre, ou depuis que les mythiques hermaphrodites ont pris forme humaine, mais aussi dès lors que les recherches médicales ont démontré que le sexe est un amas de composantes objectives et subjective, dont la concordance n'est jamais certaine. Ces faits médicaux, devenus des faits sociaux, ont ébranlé les certitudes sociales, mais surtout juridiques qui planaient au-dessus du sexe. En effet, on peut naître homme mais être femme, et inversement, mais on peut également naître/n'être ni homme, ni femme. Ces constatations viennent porter

[111] J., ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception » *in Le dépassement du droit,* Sirey, coll. « Les archives de la philosophie du droit », n°8, 1963, p. 28.
[112] M., HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social,* Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1899, pp. 148-149
[113] Rapporteur de la commission chargée de l'examen du titre de la paternité et de la filiation, dans P.-A., FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Tome X, Paris, Videcoq, 1836, p. 117.
[114] M.-L., RASSAT, « Sexe, Médecine et droit *», Mélanges Pierre Raynaud,* 1985 ;

un coup fatal aux principes emblématiques de l'indisponibilité et de l'immutabilité de l'état des personnes, déjà fortement affaiblis, notamment à cause de l'évolution parallèle de l'interprétation des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui englobe désormais le droit à l'épanouissement personnel [115] (TITRE PREMIER).

17 . Cependant, ce droit s'il est aujourd'hui affirmé[116], s'exerce au détriment d'autres droits fondamentaux à l'image du droit à l'intégrité physique (individus majeurs et mineurs confondus), mais aussi des droits du patient, avec une délivrance de l'information parfois approximative, ce qui n'est pas sans laisser planer un doute certain sur la validité du consentement. Mais également des hésitations et incertitudes quant au but médical des interventions d'assignation ou de réassignation sexuelles.

Malgré cela, la médecine a su prendre en charge ces états d'intersexuation, même si la manière de procéder reste plus ou moins satisfaisante, ce qui n'est pas le cas du Droit qui s'est distingué par une relative résistance dans la reconnaissance juridique de ces états. Même si cette résistance n'a plus court aujourd'hui pour les personnes transsexuelles[117], elle reste présente dans la marche à suivre concernant la reconnaissance des personnes intersexes et concerne à ce titre deux postes : l'un relatif à l'interdiction des actes chirurgicaux d'assignation génitale lorsqu'ils ne sont pas justifiés par une nécessité médicale, l'autre, sur la réformation de la binarité sexuelle (TITRE SECOND).

[115] CEDH, 6 février 2001, *Bensaïd c/ R.-U.*, req. n°44599/98, Rec., 2001-I, §47.
[116] CEDH, *Y. Y, / Turquie*, 10 mars 2015, n°14793/08.
[117] La loi du 16 novembre 2016 ayant ouvert un droit au changement de sexe aux articles 61-5 et suivant du Code civil.

TITRE PREMIER :
LE SEXE À L'ÉPREUVE DES ÉTATS D'INTERSEXUATION : L'ÉMERGENCE DU GENRE

18 . Le sexe est considéré par la doctrine classique comme faisant partie des éléments historiques[118] de l'état des personnes, au même titre que le nom ou la date de naissance. Il constitue un élément de catégorisation sociale, et à ce titre, il bénéficie d'une protection particulière de par son indisponibilité et son immutabilité. En effet, le Droit et notre société occidentale ne reconnaissent que deux sexes, féminin et masculin. Cette distinction est importante car elle reste fondée sur un modèle ancestral basé sur « l'hétérosuprématie » du modèle familial unique, qui avait encore sa place au XIXème, et à cette époque rien ne pouvait laisser supposer qu'un tel modèle puisse se voir ébranlé, et cela pour plusieurs raisons. D'abord, même s'il existait déjà la notion de droit individuel, elle n'était pas si pressante et surtout pas aussi développée qu'aujourd'hui, de plus, l'exercice des libertés et droits fondamentaux était dépendant d'un statut social supérieur : le fait d'être homme. S'ajoute à cela l'absence de remise en question de l'infériorité de la femme aidée par la présence étouffante des stéréotypes de genre.

Aujourd'hui, cette conception patriarcale de la société n'est évidemment plus de mise, notamment grâce à l'aide de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui ne cesse de gonfler le contenu des notions de vie privée ou encore de dignité humaine, pour former l'immense bloc du droit à l'autodétermination et qui laisse de moins en moins de marge d'appréciation aux États membres.

19 . De plus, les avancées scientifiques ont pu démontrer que le sexe n'est pas ce qu'il prétend être, il ne serait pas un bloc compact tendant à désigner un individu féminin ou masculin, mais une mosaïque de composantes dont la plus occulte reste la composante psychosociale : le genre (CHAPITRE SECOND).

---

[118] R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Panorama des mutations*, Paris, Librairie Dalloz, 3ème éd. 1964G. SICARD, « L'identité historique » in L'identité de la personne humaine, Etude de droit *français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 115-175 ; L., LAMBERT-GARREL, « Le transsexualisme en droit française », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre,* LEH, 2010, p. 177-196.

L'entrée de cette notion de genre par rapport aux présupposés sociaux sur le sexe, nous pousse à nous interroger sur une autre dichotomie : celle de la nature ou de l'inné et de la culture ou de l'acquis. Bien évidemment, se poser cette question tend à s'interroger sur la place du genre et du sexe en Droit et dans la société. Le genre fait directement référence aux droits relatifs à l'autodétermination, parce qu'il en est une des manifestations les plus visibles, aussi, il contribue pleinement aux incertitudes contemporaines qui touchent les caractères historique, indisponible et immuable du sexe (CHAPITRE PREMIER).

CHAPITRE PREMIER :
LES ÉTATS D'INTERSEXUATION RÉVÉLATEURS DE L'OBSOLESCENCE DU SEXE

« *L'état civil n'est pas humain* »[119].

20 . « *Toute personne a un état* » [120].

Il s'agit d'une affirmation qu'on n'ose à peine contrarier, tant sa remise en question anéantirait le statut même de sujet de droit. Cependant, aucune disposition légale, voire constitutionnelle, n'impose l'existence d'un état des personnes pour justifier notre vie juridique[121]. Ce qui n'empêche toutefois pas la doctrine de le définir. Ainsi, le Doyen SAVATIER nous explique qu'il s'agit de « *l'ensemble des qualités que la loi prend chez elle en considération pour y attacher des effets juridiques* »[122], les qualités dont il est question sont les éléments, ou attributs de l'état des personnes, et seront développées plus loin.

Dès lors, il nous semble que les débats autour du statut incertain[123] de l'état des personnes se justifient par le fait que des définitions lui ait été données alors qu'il ne bénéficie d'aucune

---

[119] Propos d'une employée communale dans A., FINE (dir.), *Etats civils en question. Papiers, identités, sentiment de soi,* Paris, Editions du CTHS, 2008, p.21.

[120] G., LYON-CAEN, « La condition juridique de l'hermaphrodite », *Supplément de la Revue du praticien,* 1er mars 1961, Tome XI, n°7, p. 1.

[121] Dans ce sens, v. G., LYON-CAEN, *op. cit.* ; *Contra* v. R., SAVATIER, « Un attribut de l'état des personnes, la santé, *D.*, 1958, chr. XVII.

[122] R., SAVATIER, *op. cit.,* p.95. Cette définition n'est pas la seule, et d'autres auteurs s'y sont essayés, v. notamment : R., MARQUANT, *L'Etat civil et l'état des personnes,* Paris, Masson, 1977, p.69 ; L., TOPOR, « Etat et capacité des personnes », *Rép. dr. Civ. Dalloz,* 1990, n°1-5 ; M., GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.,* 1992, p.489, n°31 ; J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes,* LGDJ, 1993, n°22 ; J., CARBONNIER, *Les personnes. La famille. Les incapacités.,* PUF, 21ème éd., 2000, n°76, p.135 ; A., DEBET, « Le sexe et la personne », *LPA,* 1er juillet 2004, p. 21 ; F., TERRE et D., FENOUILLET, *Les personnes. La famille, Les incapacités,* Dalloz, 7ème éd., 2005, n°122 et 123 ; Ph., MALAURIE, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs,* Defrénois, 5ème éd. 2010, n°101.

[123] J., CARBONNIER, *Droit civil,* t. I : *Les personnes,* Paris, PUF, 1990, p. 104 ; M.-T., MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard CORNU,* PUF, Paris, 1994, p. 317.

assise textuelle. Néanmoins, l'article 34 de notre Constitution[124] précise que le législateur fixera les lois relatives à l'état des personnes, sans en donner de définition[125]. Malgré cela, nous savons que l'état des personnes va créer un « *droit du statut* »[126], il en va d'ailleurs de la nature étymologique du terme. En effet, « état » prend sa source latine des mots « *status* » et « *conditio* », respectivement « *rester debout* » et « *condition* ». Cette étymologie suscite alors l'idée de position donnant l'accès à une condition : tant que l'individu est debout, tant qu'il n'est pas mort, il bénéficie de sa condition de personne juridique. L'état serait donc la position, la situation juridique d'une personne au sein d'un groupe[127] : la société.

Même si l'étymologie du terme nous indique que la position recherchée doit être verticale, elle reste muette quant aux caractères de cette position debout. Le Dictionnaire de la langue française précise que l'état est cette « *manière d'être, fixe et durable* »[128] et donne ainsi la teneur des caractères de l'état des personnes, qui se retrouvent, notamment dans le principe de l'indisponibilité et de l'immutabilité.

21 . Cet état revêt donc le caractère d'image juridique de la personne[129], cette image va organiser la répartition et le classement de chaque individu, par l'assignation d'une place dans la société, et par l'assignation à une condition juridique[130].

Le sexe, alors même que le Droit ne semble pas l'avoir défini de manière certaine[131], demeure un de ces outils de catégorisation et d'assignation des rôles sociaux. Il y a plus d'un demi-siècle, l'appartenance au sexe féminin dénuait la personne qui le portait de toute condition juridique en dehors de celle d'épouse ou de fille[132]. Nous assistons à l'instrumentalisation d'une notion, *a priori* purement médicale, pour en faire naître des conséquences juridiques graves sur la vie des personnes. On parle alors du sexe juridique, le seul pris en compte par le

---

[124] Art. 34, Constitution du 4 octobre 1958 : « *La loi fixe les règles concernant : […] la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités* ». L'article 53, précise par ailleurs que « *les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient les dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.* »

[125] De même que l'article 7 du Titre II de la Constitution du 3 septembre 1791 qui dispose que : « *Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes.* ».

[126] M.-T., MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*

[127] J.-P., BRANLARD, *op. cit.* p.15.

[128] *Etat*, Dictionnaire de la langue française, [En ligne : http://www.littre.org/definition/%C3%A9tat] Consulté le 1er juillet 2016.

[129] H.-J. et L., MAZEAUD, *Leçons de droit civil,* t.1, Ed. Montchrestien, 1965, n°461 et 462, p 467 ; V. CA Versailles, 21 nov. 1984, *JCP,* 1984, II, 20222.

[130] F., RIGAUX, *Traité de l'état civil,* t.1, *Les relations internes. Introduction,* Ed. Publication du Centre de droit de la famille de l'Université catholique de Louvain, 1978, p.9, n°1.

[131] M.-L., RASSAT, « Sexe, Médecine et droit *», Mélanges Pierre Raynaud,* 1985.

[132] Loi n°65-570 du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF*, 14 juillet 1965, p. 6044. Cette loi ne révèle que les prémisses de l'égalité entre époux. En effet, même si les époux sont soumis au principe de la gestion concurrente du ménage (ancien art. 220 Cciv.), le choix du logement familial s'impose toujours à l'épouse (ancien art. 215 Cciv.).

Droit[133], qui trouve sa place dans les actes de l'état civil et qui définira l'état de la personne concernée. En France, à ce jour, notre approche du sexe est purement binaire : nous sommes de sexe féminin ou de sexe masculin. Dès lors, le sexe constitue cette « *catégorie* [exclusive] *des femmes et des hommes en tant qu'êtres biologiques et sociaux* »[134]. C'est donc la biologie qui assigne nos rôles sociaux, même si la notion de genre vient remettre en cause cette affirmation.

Cette intrusion du genre dans notre société conforte alors les incertitudes liées au statut de l'état des personnes et que nous pouvons désormais attribuer au déclin[135] global des caractères d'ordre public de l'état, notamment l'indisponibilité, mise à mal par bon nombre d'attributs et même par des règles de droit positif (SECTION 1). De sorte que la chute inéluctable de l'état des personnes, instrument de catégorisation des sujets de droit, semble s'accélérer à la suite des révélations médicales qui ont entourées le concept de sexe (SECTION 2).

[133] *Contra* : J., PETIT, *« L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », RTD Civ.,* 1976, Vol. n°74, p. 293, où l'auteure affirme que « *le sexe juridique est le sexe vécu socialement par l'individu* ».

[134] J., DE GANCK, *Le sexe, une invention moderne ? Histoires des réaction face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine 1830-1914,* Université des femmes, coll. Cahiers de l'UF, n°8, 2012, p. 107.

[135] J., POUSSON-PETIT (dir.), « Le droit à l'identité sexuelle dans les droits européens », *in L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p.719.

SECTION PREMIERE : UNE OBSOLESCENCE AMORCÉE PAR LA CRISE DE L'ÉTAT DES PERSONNES

22 . D'emblée, il convient de préciser la terminologie qui sera employée au travers de cette partie, dans laquelle il sera question de sexe, d'état des personnes et d'état civil.
Même si ces notions raisonnent sans poser de problème quant à leur conceptualisation en droit français, il n'en demeure pas moins qu'aucune définition claire n'ait été donnée.

23 . Le sexe, tout d'abord, évoque l'idée d'une binarité entre les hommes et les femmes, créant ainsi la *personae summa divisio*, soit la « différence originelle »[136] contre laquelle on ne peut aller sans « *faire vaciller les bases sur lesquelles repose* [notre] *société* »[137]. Outre la référence faite au statut d'homme ou de femme, le sexe a longtemps fait écho aux fonctions de chacun dans la société, ou dans la famille. Il a mis en place, de manière naturelle une hiérarchisation entre les individus[138], isolant d'un côté les hommes détenteurs de la force de production, et de l'autre, les femmes porteuses de la fonction reproductrice[139]. Cependant, ces éléments ne nous donnent des indices que sur les conséquences du sexe, sans nous en donner de définition juridique. Et un tel travail de définition serait opportun, dans la mesure où, la majorité doctrinale, sans toutefois parler de consensus, ainsi que la jurisprudence[140], affirment que le sexe fait partie de l'état des personnes[141]. En d'autres termes, deux notions interdépendantes, mais qui ne sont pas certainement définies.

---

[136] Ph., MALAURIE, *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs,* Defrénois, 5ème éd. 2010, n°31.
[137] F., FLIPO, concl. sous Cass. 1ère civ., 21 mai 1990, (4 arrêts), *JCP G,* 1990, II, 21588.
[138] D., BORILLO, « Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ? », *in* A., SCHUSTER, *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century,* Forum, 2011, p.43 [En ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01243071. Consulté le 2 janvier 2016].
[139] V. notamment E., DORLIN, *Sexe, genre et sexualités. Introduction à la théorie féministe,* Paris, PUF, 2008, p. 51 ; S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français,* Paris, CNRS Editions, 2014, p.12.
[140] CA Nancy, 10 octobre 2010 ; *JCP G,* 2010, note 1205, Ph REIGNE ; CA Nancy, 3 janvier 2011, *JCP G,* note 480, Ph. REIGNÉ (1ère espèce). Nous déduisons cette affirmation de ces deux décisions, puisque les juges de la Cour d'appel, pour ne pas admettre le changement de sexe à l'état civil, se fondent sur la violation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Ainsi, et selon un habile syllogisme, si le sexe est soumis à ce principe, c'est qu'il est un élément de l'état des personnes.
[141] F., TERRE et D., FENOUILLET, *Les personnes. La famille, Les incapacités,* Dalloz, 7ème éd., 2005, n°123 ; J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes,* LGDJ, 1993, n°22 ; F., GRANET-LAMBRECHTS, *JCl Civil Code,* Art. 99 à 101, fasc. 30, n°1 ; A., DEBET, « Le sexe et la personne », *LPA,* 1er juillet 2004, p. 21.

24 . En effet, l'état des personnes ne fait pas non plus l'objet d'un consensus doctrinal[142], nous savons qu'il est fixé par le législateur, en vertu de la compétence que l'article 34 de la Constitution veut bien lui accorder, sans le définir. Néanmoins, deux acceptions ressortent du schisme doctrinal : l'état des personnes peut être entendu de manière étroite ou de manière large[143]. Il peut être aujourd'hui appréhendé comme l'identité stable des personnes qui comprend l'« *ensemble des caractères biologiques et sociaux permettant* [de l']*individualiser* »[144]. Aussi technique que puisse être la notion d'état des personnes[145], elle doit, pour pouvoir être effective, bénéficier d'un support permettant aux tiers, et à l'État de se tenir informés de la situation civile et familiale de ses membres. C'est le rôle des actes de l'état civil.

Contrairement au sexe ou à l'état des personnes, l'état civil fait l'unanimité quant à sa définition, qui ne ressort d'aucune initiative législative, mais jurisprudentielle. Ainsi il est « *un écrit dans lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes* »[146]. L'état civil reflète l'image de l'état des personnes[147] en apportant la preuve de son statut juridique[148]. Il devient l'« *instrument de prédilection du droit pour définir l'identité d'une personne* » [149]. Pour mener à bien cette mission d'identification, l'état civil se compose de mentions, originelles ou marginales, venant le créer ou le compléter.

---

[142] B., PY, *Le sexe et le droit,* PUF, 1999, p.5.

[143] Entendu étroitement, l'état des personnes se limite au lien d'interdépendance entre les personnes d'une même entité : la famille. Il est donc entendu comme l'ensemble des liens de filiation qui concernent un même groupe social. Plus largement, l'état des personnes serait la condition juridique de cette dernière. Nous pouvons toutefois trouver une définition intermédiaire, qui regroupe à la fois l'aspect filial et l'aspect statutaire de l'état, ainsi, il déterminerait l'identité civile dans les éléments essentiels et permanents de la personne. Ces éléments permanents seraient la naissance, la mort et le sexe, tandis que l'élément essentiel serait le mariage et les filiations. L'état des personnes révèlerait au jour un double statut des individus : le *status familiae* et le *status civitatis*, dans lesquels nous retrouverions des éléments physiologiques, tels que le sexe ou encore l'âge. V. J., CARBONNIER, *Les personnes. La famille. Les incapacités.,* PUF, 21ème éd., 2000, n°76, p.135 ; M., GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.,* 1992, p.489, n°31 ; F., TERRE et D., FENOUILLET, *op. cit.*; Ph., MALAURIE, *op. cit.* ; M., PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* t.1, par R., SAVATIER, 2ème éd., F., PICHON 1901, n°434, p.174 et s. ; B., PY, *Ibid.*.

[144] F., ZENATTI-CASTAING, T., REVET, *Manuel de droit des personnes,* PUF, 2006, n°33, p.48.

[145] Sur la technicité de la notion, v. B., PY, *op. cit*.

[146] Civ.1ère, 14 juin 1983, n° 82-13.247.

[147] M., PICHARD, « Etat des personnes, genre et identité », propos recueillis à l'occasion des Journées d'étude « *Dimension sexuée de la vie sociale* », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité » **;** H., L., et J., MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Les personnes, La personnalité, les incapacités,* Tome 1, Vol. 2, Paris, Montchrestien, 1997, p. 34 (au sujet de l'état civil).

[148] La Cour de cassation précise que l'état civil *« constate […] un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes* ». En effet, un même acte d'état civil peut relater les événements de plusieurs personnes, notamment en matière de filiation. Ainsi, le mariage dispose d'une résonnance dans les actes d'état civil des deux époux, de même que la naissance de l'enfant complète l'état civil des parents et crée celui du nouveau-né.

[149] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français,* Paris, CNRS Editions, 2014, p.27.

L'état des personnes et l'état civil ne sont pas à distinguer, mais à rapprocher, le dernier, qui « *porte trace des trois principaux événements* [de] *l'état des personnes : naissance, mariage, décès* »[150], devant coïncider avec le second[151], qui relate la situation de l'individu à l'égard du droit civil, de sa naissance à sa mort[152] . L'un est la situation, le fondement de la personnalité juridique, l'autre sa trace. L'état civil est l'aspect matériel de l'état des personnes qui va forger l'identité civile des individus.

25 . Enfin, à propos des « composantes » de l'état civil ou de l'état des personnes, tantôt le terme « d'attributs », tantôt le terme « d'éléments » seront utilisés. Il est, en effet, courant d'évoquer la notion d'état des personnes, assorties de ses éléments. Les « attributs » de ce même état relevant quant à eux de la sémantique doctrinale du milieu XXème siècle[153]. Aussi, selon le Dictionnaire de la langue française, l'attribut se caractérise par ce qui est propre ou particulier à quelqu'un ou à quelque chose, tandis que l'élément, dans sa troisième acception, est tout ce qui entre dans la composition d'une autre chose et sert à la former[154]. Dès lors, il semble aisé d'effectuer un rapprochement entre ces deux notions. Les attributs de chacun lui sont propres, c'est ainsi que chacun dispose d'un sexe, *a priori*, défini à la naissance et un prénom qui lui correspond[155]. Ces mêmes attributs correspondent aux éléments constitutifs de l'état des personnes : ces éléments sont les mêmes pour tous, mais restent propres à chacun.

En définitive, les attributs et éléments de l'état des personnes sont des critères d'identification personnelle informant sur la situation juridique de l'individu qu'ils désignent. Ce sont les critères d'identification de la personne juridique.

26 . Parmi les éléments de l'état des personnes, on différencie généralement les attributs historiques[156] des attributs émergents. Les premiers sont présents dès l'acquisition de la personnalité juridique, les seconds s'acquièrent au rythme des années. Nous pouvons également affirmer que les premiers échappent à la volonté de la personne, tandis que les

---

[150] R. GAUDRIAULT, *La publicité de l'état des personnes. Eléments d'une organisation rationnelle,* Thèse, Lyon, 1943, p.3.
[151] J., CARBONNIER, *Les personnes. La famille. Les incapacités.,* PUF, 21ème éd., 2000, n°74, p.131.
[152] R., MARQUANT, *L'Etat civil et l'état des personnes,* Paris, Masson, 1977, p.69.
[153] V. notamment : R., SAVATIER, « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine », *D*. 1958. chron. p. 95.
[154] *Attribut,* Dictionnaire de la langue française, Emile LITTRE, [En ligne : http://www.littre.org/definition/attribut] Consulté le 07 juillet 2016.
[155] Art. 57 al. 1er, Code civil : « *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet.* »
[156] J., CARBONNIER, *op. cit.*, p. 140 ; G., CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens,* Montchrestien, 10ème éd., n°564 *bis*, p. 263.

seconds en sont l'exacerbation[157]. Le « caractère historique du sexe »[158] n'est plus à démontrer, il est en effet un des éléments constitutifs de l'acte de naissance. Néanmoins la médecine et ses mystères ont révélé des cas dans lesquels la binarité sexuée, sans toutefois être remise en cause, n'est plus certaine (I). En dépit de ces incertitudes, puisqu'il demeure un élément historique de l'état des personnes, le sexe reste soumis aux caractères d'ordre public de l'état (II).

I . Le sexe, un attribut historique mais relatif de l'état des personnes

27 . Juridiquement, le sexe est désigné comme une « *catégorie juridique institutionnalisée mentionnée à l'état civil* »[159]. Cette catégorisation débute dès le commencement de la vie et trouve sa place dans l'acte de naissance et date du décret du 20 septembre 1792[160], repris *in extenso* dans le Code civil de 1804[161], créant l'état civil moderne en instaurant sa sécularisation[162]. Dorénavant, seuls les officiers d'état civil seront habilités à retranscrire les actes d'état civil, selon une procédure et un modèle strict desquels ils ne

[157] La liste des éléments est culturelle et varie selon les époques et les pays, c'est ainsi qu'en Allemagne, la religion fait partie de l'état des personnes, et qu'aux Etats-Unis, l'appartenance ethnique en fait également partie. V. J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* Paris, PUF, 2011, p.39.

[158] R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Panorama des mutations*, Paris, Librairie Dalloz, 3ème éd. 1964G. SICARD, « L'identité historique » in L'identité de la personne humaine, Etude de droit *français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 115-175 ; L., LAMBERT-GARREL, « Le transsexualisme en droit française », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre,* LEH, 2010, p. 177-196.

[159] A.-M., LEROYER, « L'état civil au prisme du genre : un révélateur de discriminations », propos recueillis à l'occasion des Journées d'étude « *Dimension sexuée de la vie sociale* », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité »

[160] Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

[161] Art. 57, Code civil de 1804 : « *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, professions et domicile des père et mère, et ceux des témoins* ».

[162] Sur l'évolution des registres de l'état civil, anciens registres paroissiaux v. Ordonnance du 25 aout 1539, enregistrée au Parlement de Paris le 6 septembre 1539 sur le fait de la Justice, (ordonnance dite de Villers-Cotterêts), Lambert, Decrusy, Armet, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Tome XII, Paris, Belon-Le Prieur, 1828, p. 600 ; Edit de Fontainebleau, 18 octobre 1685, ou dit de Révocation de l'Edit de Nantes ; G., HOUBRE, « Un « sexe indéterminé » ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXème siècle », *Revue d'histoire du XIXème siècle,* n°48, 2014/1, p.65 ; G., NOIREL, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *in, Genèses,* n°13, 1993, p.4.

peuvent déroger, sous peine de voir leur responsabilité engagée. Le décret de 1792, impose donc les mentions obligatoires, dont celle du sexe[163].

C'est en se faisant déclarer à l'état civil, que l'individu devient membre de la « *communauté civique* » [164]. Le nouveau-né devait être présenté par ses parents à l'officier d'état civil, qui devait notamment inscrire le sexe apparent de l'enfant sur l'acte[165]. Aujourd'hui, l'inscription doit s'effectuer dans les cinq jours qui suivent la naissance[166], en principe par le père à la mairie du lieu de naissance de l'enfant[167], mais il est aujourd'hui courant de voir les officiers d'état civil se déplacer dans les maternités pour dresser ces actes[168]. L'acte de naissance est donc le sésame pour accéder à l'existence civile, il contiendra des éléments définis à l'article 57 du Code civil : « *le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille* ». La doctrine nous parle d'éléments relatant une « *vérité historique* »[169] sur l'état de la personne (A).

L'histoire appartient à un passé qui ne peut être changé et qui fait force de vérité dans le présent. Dès lors, que penser d'éventuelles erreurs à l'inscription de la mention du sexe sur les actes d'état civil ? Erreurs qui peuvent émaner d'une négligence de l'officier d'état civil à l'occasion de la rédaction de l'acte de naissance, d'un changement de sexe ou d'une assignation dans un des deux sexes, alors que le véritable sexe de la personne ne peut être déterminé avec certitude. D'où, l'affirmation de la relativité du sexe en tant qu'attribut historique de l'état des personnes (B).

A . Un attribut historique de l'état des personnes

[163] Art. 7 du décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.
[164] G., NOIREL, *op. cit.,* p.9.
[165] G., NOIREL, *Ibid.*
[166] Art. 55, Code civil. L'absence de déclaration de naissance est sanctionnée par l'article R. 645-4 du code pénal qui prévoit une contravention de cinquième classe.
[167] Art. 56, Code civil.
[168] Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C.
[169] J., CARBONNIER, *Ibid.*, p. 140.

28 . Si l'Histoire est le « *récit des faits, des événements relatifs aux peuples en particulier et à l'humanité en général* »[170], il semble opportun de considérer que le sexe est un attribut historique de la personne et de son état. D'autant plus qu'étymologiquement histoire, venant du grec *ἱστορία*, puis du latin *historia*, prend le sens d'enquête, de compte-rendu. Les attributs historiques de l'état des personnes constituent alors le compte-rendu sur la personne, ou sont des éléments de l'enquête menant à l'identification de cette personne.

Nous parlons donc d'attributs historiques de l'état car ils vont venir révéler la « vérité historique » de l'individu[171]. Nous les opposerons, par une logique binaire, avec les éléments émergents qui compléteront l'état de la personne selon ses choix et au fil du temps.

Nous l'avons vu précédemment, les éléments historiques sont ceux énumérés à l'article 57 du Code civil, ce sont ceux que l'officier d'état civil doit impérativement inscrire sur l'acte de naissance du nouveau-né, c'est-à-dire, le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe, ainsi que les nom et prénoms.

Le caractère historique de ces attributs voudrait qu'ils restent gravés dans le marbre des tables de l'état civil et qu'ils demeurent immuables, néanmoins un certain nombre de dispositions légales permet à leur titulaire de les modifier dans des cas restreints et surtout de manière limitée. Il s'agit des nom et prénoms[172] et nous comprenons facilement que les date et lieu de naissance ne puissent faire l'objet d'aucune modification. Rien n'est cependant aussi sûr concernant la mention du sexe.

Malgré tout, sa place au sein de l'article 57 du Code civil, confortée par la doctrine et la jurisprudence, n'en demeure pas altérée pour autant.

29 . En effet, la doctrine majoritaire[173] n'a de cesse que de réaffirmer que le sexe fait partie de l'état des personnes, qu'il en est un « élément »[174] à part entière. La jurisprudence

---

[170] *Histoire,* Dictionnaire de la langue Française. [En ligne : http://www.littre.org/definition/histoire] Consulté le 6 juillet 2016.

[171] J., CARBONNIER, *Ibid.*

[172] Sur le changement de prénom, v. art. 60, Code civil ; sur le changement de nom, v. art. 61, Code civil.

[173] V. notamment : R., NERSON, « Rectification de l'acte de naissance : le changement de sexe », *RTD civ.,* 1966, p. 77 ; E., GROFFIER, « De certains aspects juridiques du transsexualisme en droit québécois », *in Le corps humain et le droit, Travaux de l'association H. CAPITANT,* t. XXVI, p. 214 ; J., PENNEAU, obs. sous Cass. 16 déc. 1975, *JCP,* 1976, II 18503. *Contra,* v. notamment : J., HEMARD, *Précis élémentaire de droit civil,* t.1, Ed. Recueil Sirey, 1928, p.39, n°78 : « *Il ne faut pas faire rentrer dans l'état des personnes le sexe, l'âge ni l'état mental* ».

[174] PLANIOL, RIPERT, *Traité pratique de droit civil français,* t.1, *Les personnes,* par SAVATIER, n°13 et s., p.13 et s. ; J., CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, les personnes,* coll. Thémis, Ed. PUF, 1977, p. 307 ; M.-L., RASSAT, « Sexe, Médecine et droit *», Mélanges Pierre Raynaud,* 1985, p. 622 ; A., SERIAUX, *Les personnes,* collect. Que sais-je ?, Ed. PUF, 1992, p.23 et 40.

est allée encore plus loin, qualifiant le sexe d'élément « *fondamental* »[175] de l'état des personnes « *au même titre que le lien de filiation ou le lien conjugal* »[176].

Nous pouvons donc affirmer sans peine que le sexe « *un des éléments essentiels de l'état des personnes, de ses qualités permanentes* », avant d'ajouter qu'il n'est que la retranscription d'une « vérité biologique »[177], modifiant ainsi la proposition en y ajoutant – enfin- une substance médicale. Substance médicale qui vient éclairer sur la perception du sexe par le Droit. Nous verrons plus loin que la notion de sexe tient sa complexité du fait qu'elle recouvre un certain nombre d'acceptions, desquelles le Droit n'en retient qu'une : le sexe anatomique, tel qu'il apparaît lorsque l'on s'attarde sur la forme des organes génitaux.

30 . L'approche biologique du sexe élément de l'état, est celle retenue par le Droit français[178] mais également par la plupart des pays européens[179], retenant une logique binaire de sexuation. Pourtant, il est vrai que les enjeux de la mention du sexe dans l'acte d'état civil ne sont plus les mêmes qu'autrefois, où le sexe féminin rendait de plein droit la personne qui le portait incapable[180], mais aussi où la nécessité d'une différence de sexe était encore requise pour convoler en justes noces[181], et plus encore avec les « nouvelles » problématiques juridiques liées aux questions de dysphorie du genre qui représentent une infime partie des états d'intersexuation[182]. Ces nouveaux faits sociaux, ont mis en lumière les autres

---

[175] CA Amiens, 1ère ch. Civ., 4 oct. 1976, *JCP,* 1978, IV, 317.

[176] CA Paris, 31 mai 1966, *JCP,* 1966, II, 14723. Sur cette seconde proposition jurisprudentielle, nous sommes plus mitigés. Nous rapprochons le caractère fondamental du sexe de son caractère historique. L'aspect fondamental rend la mention du sexe indispensable, selon nous, à la validité de l'acte de naissance. Or, aujourd'hui, et pourtant déjà en 1996 bous semble-t-il, la filiation et l'union matrimoniale restent à la discrétion des individus, quand bien même, la parentalité et le mariage demeurent des faits juridiques obligatoirement retranscrits en actes juridiques.

[177] A., DEBET, « Le sexe et la personne », *LPA,* 2004, n°131, p.21. [En ligne :http://www.lextenso.fr] Consulté le 25/05/2016.

[178] Voir CCass., 6 avril 1903, les juges, en dépit de définition juridique du sexe, décident que le sexe est déterminé, en l'espèce pour un mariage, par l'apparence extérieure, c'est-à-dire, les organes génitaux.

[179] J., POUSSON-PETIT (dir.), « Le droit à l'identité sexuelle dans les droits européens », *in L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p.734.

[180] Depuis la loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF* du 14 juil. 1965, p. 6044, la femme mariée perd l'incapacité dont elle était frappée par le mariage, cette loi signe la fin de la famille patriarcale.

[181] L'ancien article 144 du Code civil requérait un mariage pour l'homme et la femme de plus de dix-huit ans, l'interprétation extensive de cette disposition conduisait à lire que le mariage était possible pour l'homme et la femme, sans condition de différence de sexe. La jurisprudence ayant pu, minoritairement, faire valoir cette appréciation, la loi vulgairement dénommée « *Mariage pour tous* », n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n°3, vient mettre fin à toute ambigüité. En effet, l'article 143 du Code civil dispose aujourd'hui que le mariage est ouvert aux couples qu'ils soient composés de personnes de même sexe, comme de sexes différents.

[182] *Dysphorie de genre,* Dictionnaire médical de l'Académie de médecine, en ligne : « *Groupe de divers états apparentés par l'insatisfaction, voire la détresse, liées au sexe anatomique, et par une demande de changement de sexe (N. Fisk et D. Laub, 1974). Dans cette nébuleuse, seront retenues les formes suivantes : - transsexualisme classique (modèle central, en fait le plus rare) ; - homosexuels masculins très efféminés ou lesbiennes très masculines ; - syndromes psychotiques ; - personnalités psychopathiques et/ou sociopathiques (chez qui l'affirmation de troubles de l'identité sexuelle n'est pas toujours sincère) ; - crises réactionnelles ; etc. Avec un continuum possible, la comorbidité psychiatrique est importante et les mécanismes souvent complexes. Le rôle nécessairement très nuancé du psychiatre se situe à ce niveau, notamment par des conseils de recul aux sujets les plus stables, avant une chirurgie qui n'est pas un traitement, mais plutôt une procédure de convenance parfois suggérée par les médias. L'hormonothérapie n'est pas anodine* ». Consulté le 25 novembre 2016.

composantes du sexe, et surtout, l'hypothèse selon laquelle elles ne coïncident pas nécessairement entre elles. Désormais, le sexe n'est plus une notion intégralement saisissable, nous pouvons entendre parler de sexe chromosomique ou génétique, de sexe morphologique ou anatomique (le seul sexe reconnu par le Droit), de sexe hormonal, mais aussi de sexe psychologique ou psychosocial[183]. Le Professeur Bruno PY, souligne d'ailleurs l'incohérence du maintien du « sexe » dans les dispositions de l'article 57 du Code civil, tant ce terme recouvre des composantes qui peuvent différer chez une seule et même personne. Il préfère, et nous le rejoignons[184] que seule la composante biologique du sexe ne fasse partie de l'état des personnes, réduisant ainsi le sexe aux seuls organes génitaux[185]… Mais cette proposition ne vaut que dans le meilleur des Mondes, un monde dans lequel les êtres humains naissent systématiquement munis d'un utérus ou d'un pénis, un monde dans lequel les descendants d'Hermaphrodites n'existeraient pas, un monde qui n'existe donc pas.

Il est certain que les cas d'ambiguïté sexuelle, que nous développerons plus loin, peuvent être qualifiés d'épiphénomènes au regard du nombre de naissances d'individus pourvus des caractères des deux sexes, de même, pour les personnes nées d'un certain sexe, mais qui ressentent le besoin pressant et inébranlable d'appartenir à l'autre sexe. Et c'est à ces niveaux que nous pouvons affirmer que le sexe est le point de rencontre ultime entre le Droit et la médecine. En effet, qu'inscrire sur l'acte de naissance d'un enfant intersexué ? Si l'acte d'état civil est un élément de preuve de l'existence de l'individu, comment justifier que ce dernier ait l'apparence physique d'un homme et porte un prénom féminin ? Comment admettre

---

Pour une approche juridique des états intersexuels, v. J., DECOURT, P., GUINET, *Les états intersexuels,* Paris, Librairie Maloine, 1962.

[183] V. notamment : CA Agen, 2 fév. 1983, *JCP*, II, 20133 « *Le sexe, non défini par la loi, est la résultante de composantes diverses : génétique, morphologique, hormonal mais aussi psychologique (vécu personnel), et psychosocial (vécu relationnel)* ».

[184] Nous nuançons notre adhésion aux propos du Professeur PY. En effet, nul besoin de parler de sexe de manière pleine et entière alors que le législateur et la jurisprudence n'en reconnaisse d'une infime composante : la composante biologique. Pour que la mention « d'organes génitaux » puisse prendre tous son sens dans l'acte de naissance, il faudrait mettre un terme à la binarité. Nous verrons plus loin, les cas d'hermaphrodisme, personnes affublées des deux sexes reconnus, qui ne peuvent vraisemblablement pas être classées si nous maintenons une logique binaire. Peut-être faudrait-il créer la catégorie autrefois proposée de « sexe douteux », ou nouvellement réfutée de « sexe neutre ». Sur le sexe douteux, v. notamment : A., LEBLOND, « Du pseudo-hermaphrodisme comme impédiment médico-légal à la déclaration du sexe dans l'acte de naissance », *in Annales de gynécologie obstétrique,* Paris, G., Steinheil, 1885, T. 24, p34-35 ; Ch., DEBIERRE, « L'hermaphrodite devant le Code civil », *Archives d'anthropologie criminelle,* 1886, p. 333, 335 ; A., LACASSAGNE, *Les actes de l'état civil : étude médico-légale de la naissance, du mariage , de la mort,* Bibliothèque scientifique de l'avocat et du magistrat, Lyon, Paris, 1887, p.92-93 . Sur le sexe neutre, v. notamment : note sous TGI, 20 aout 2015, F., VIALLA, « Substitution à l'état civil de la mention « sexe neutre » à celle de « sexe masculin », *D.,* 2015, 2295 ; note sous CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281, J.-R., BINET, « Sexe neutre : un utile rappel à la loi ! », *Dr. fam.,* n°5, mai 2016, étude 8 ; M., JOSEPH-PARMENTIER, « Neutralisation du 3ème sexe », *JCP G,* n°20-21, 16 mai 2016, 594 ; F., VIALLA, « La neutralité rejetée », *JCP G,* n°17, 27 mai 2016, 492 ; J., HAUSER, « Intersexuation : pas de sexe neutre, pour l'instant… ! », *RTD Civ.,* 2016. 318.

[185] B., PY, *op. cit*.

qu'une personne porteuse des deux sexes puisse être assignée fermement dans l'un ou l'autre sexe ?[186]

Quelle valeur apporter à un état civil mensonger ? Rappelons que la Cour de cassation définit l'acte d'état civil comme « *l'acte par lequel l'autorité publique constate, d'une manière authentique, un événement dont dépend l'état d'une ou plusieurs personnes* »[187]. Il constitue également l'*« institution qui a pour fonction de faire connaître avec précision l'état des personnes, c'est-à-dire l'existence et l'évolution des événements qui affectent leur condition juridique* »[188]. Il y a donc une double assurance de l'efficacité de l'acte d'état civil, d'une part à cause de son caractère authentique, et d'autre part, en raison de sa précision dans le constat des évènements de la vie privée de l'individu[189].

31 . En définitive, le sexe est à l'instar de la date et du lieu de naissance, une « *réalité*[…] *historique*[…] *qui résiste* […] *à toutes manipulations extérieures* »[190]. Néanmoins, il ne saurait être traité comme la date de naissance qui a une utilité juridique déterminant la capacité d'action des personnes en classant dichotomiquement les mineurs et les majeurs[191]. D'autant plus qu'à côté des éléments historiques de l'état des personnes, la doctrine classique introduit les éléments dits « essentiels » de cet état[192], parmi lesquels se trouvent des attributs attachés à la légalité externe de l'acte d'état civil[193], tandis que d'autres touchent à la légalité interne[194]. Aucun des auteurs n'y mentionne le sexe.

Si le caractère essentiel est celui « *qui appartient à l'essence ou* [constitue la] *nature propre d'une chose* » et qui est « *nécessaire* [et] *indispensable,* [et dont] *on ne peut séparer* [de ladite chose] »[195], alors la classification sexuée, aussi historique qu'elle puisse être, ne devrait pas influencer le régime juridique de la personne en fonction du sexe dans lequel elle a été rangée

---

[186] Malgré le fait que la jurisprudence soit d'accord pour reconnaître un sexe neutre. V. TGI Tours, 20 août 2015 et CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281 (qui censure la décision du TGI de Tours, mais qui invite le législateur à intervenir).

[187] Civ.1er, 14 juin 1988 ; *Bull.* I, n°174, p. 153.

[188] B., PY, *Ibid.*

[189] J. AUDIER, « Vie privée et actes de l'état civil », *Etudes offertes à Pierre Kayser,* Tome 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p.6 ; G., CORNU, *Droit civil,* t. I : *Introduction, Les personnes, Les biens,* Paris, Montchrestien, 1991, p. 191.

[190] J., CARBONNIER, *Ibid.*

[191] Même si nous remarquons que le mineur bénéficie de plus de part décisionnelle. Déjà avec l'abaissement de l'âge de la majorité, passant de 21 ans à 18 ans, avec la loi n°74-631 du 5 juillet 1974, fixant à 18 ans l'âge de la majorité, *JORF* du 7 juillet 1974 page 7099, les cas d'émancipation visés aux articles 413-1 et suivants du Code civil, ou encore avec la mise en place de la capacité commerciale du mineur avec la loi n°2010-658 du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, JORF n°0137 du 16 juin 2010 page 10984.

[192] R., MARQUANT, *L'Etat civil et l'état des personnes,* Paris, Masson, 1977, p. 39-42 ; R., SAVATIER, « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé », *Recueil Dalloz*, n°17, 1958, p.95 ; B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes,* Paris, LexisNexis, 13ème éd., 2011, p.9.

[193] La désignation de l'officier d'état civil et des personnes désignées, la date de rédaction et les signatures sont des éléments essentiels.

[194] La profession, le domicile, l'âge et les nom et prénoms des titulaires de l'acte sont des attributs essentiels.

[195] *Essentiel,* Dictionnaire de la langue française, Emile LITTRE, première et deuxième acception [En ligne : http://www.littre.org/definition/essentiel]. Consulté le 07 juillet 2016.

par son acte de naissance. Surtout lorsque que l'on constate, que l'article 34 du Code civil qui traite des dispositions générales aux actes d'état civil, ne mentionne pas le sexe parmi ses éléments essentiels[196].

32 . Nous avons tenté de justifier le caractère historique du sexe, par son inscription sur l'acte de naissance de toute personne, mais nous restons plus nuancés quant à son caractère essentiel, indispensable. En effet, le sexe n'est plus utile juridiquement car il ne crée plus de situations juridiques distinctes, la tendance étant à l'égalisation entre les hommes et les femmes. Ce qui fait du sexe, un attribut certes historique, mais relatif.

B . La relativité du caractère historique du sexe à l'état civil

33 . C'est par sa présence sur l'acte de naissance, que le sexe peut être considéré comme un élément historique de l'état des personnes, il marque le commencement de l'Histoire juridique. Mais du point de vue de la pratique de l'état civil, ce caractère historique est beaucoup moins certain.

Nous pouvons justifier cette affirmation en nous référant à l'alinéa 1er de l'article 34 du Code civil, traitant des dispositions générales aux actes de l'état civil. En effet, ces actes, quels qui soient, devront mentionner « *l'année, le jour et l'heure où* [les personnes sont] *reçu*[e]*s, les prénoms et nom de l'officier de l'état civil, les prénoms, noms, professions et domiciles de tous ceux qui y seront dénommés. Les dates et lieux de naissance* […] *seront indiqués lorsqu'ils seront connus* ». Il s'agit du premier article du Chapitre premier du Titre II du Livre premier du Code civil consacré aux dispositions générales de l'état civil. Cet article a donc la primeur sur les autres et au regard de sa place dans le Code constitue le socle commun à tous les actes d'état civil, le minimum que l'officier d'état civil puisse mettre en œuvre. Le sexe n'est cependant pas mentionné[197]. Essayons-nous au syllogisme : si le minimum peut être considéré

[196] En dépit de l'utilisation des termes sexués « père » et « mère » qui démontrent l'attachement à la différence de sexe.
[197] Remarqué par J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* Paris, PUF, 2011, p.39.

comme indispensable[198], et que l'article 34 du Code civil n'impose pas la mention du sexe sur les actes d'état civil de manière générale, alors cette mention du sexe n'est pas indispensable[199].

Cette analyse nous pousse à croire qu'il existerait deux régimes juridiques attachés aux actes de l'état civil : un régime dit de droit commun, régit par les dispositions générales des articles 34 et suivants du Code civil, et des régimes spéciaux, comme celui des actes de naissance, qui réclameraient des mentions supplémentaires mais nécessaires à leur validité. Néanmoins, l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* pourrait exclure l'application des règles générales au profit des seules règles spéciales, dans cette hypothèse, le régime des actes de naissance est indépendant de celui des autres actes de l'état civil. Même en défendant cette position binaire des régimes applicables aux actes de l'état civil, nous remarquons que les évolutions sociétales et législatives ont contribué à la remise en cause de certains de ces régimes spéciaux, à l'image de l'institution du mariage. Il était certain, bien que non officiel[200], que le mariage devait être l'union de personnes de sexes différents, puis le pacte de solidarité civile est venu estomper cette différence en créant un autre type de « rapprochement » contractuel entre personnes de sexe différent ou de même sexe[201], pour qu'enfin le législateur annihile le critère de différence de sexe en 2013 avec la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe[202]. De la même manière, la fonction identificatrice du sexe dans la construction de cette base de la société, qu'est la famille[203], a muté. En effet, si hier la différence de sexe fondait l'appartenance à la famille et fondait l'identité familiale, aujourd'hui c'est la famille qui aide à asseoir l'appartenance sexuelle, à grands renforts des techniques de procréations médicalement assistées ou d'adoption.

---

[198] Nous utilisons à dessein le terme « indispensable » et faisant le parallèle avec le service minimum imposé aux agents de la fonction publique hospitalière comme limite au droit de grève, pourtant assuré constitutionnellement par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946. En effet, les articles L 2512-1 et suivants du Code du travail prévoient des limitations au droit de grève pour les établissements qui sont en charge d'un service public. La jurisprudence du Conseil d'Etat, notamment l'arrêt DEHAENE, du 7 juin 1950 précise que c'est dans le souci d'assurer la continuité du service public que la grève peut être légitimement limitée, et plus spécifiquement c'est après une autre décision du Conseil d'Etat du 7 janvier 1976 (n°92162) que la notion de service minimum dans la fonction publique hospitalière est précisée : il s'agit des effectifs indispensables au bon fonctionnement du service. En somme, ce qui est indispensable suffit au bon fonctionnement basique du service, nous faisons le parallèle suivant : l'article 34 du Code civil est le minimum requis pour les actes d'état civil, ce minimum est ce qui est indispensable, le reste n'est que superflus.

[199] J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* Paris, PUF, 2011, p. 39.

[200] Si l'article 144 du Code civil précise que « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus », ce n'est là que la seule trace d'une éventuelle binarité exigée pour contracter mariage avant la loi ouvrant le amriage aux personnes de même sexe.

[201] Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* n°265 du 16 novembre 1999, p. 16959 intégrant les articles 515-1 et s. dans le Code civil.

[202] Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253, modifiant notamment l'article 143 du Code civil.

[203] « *La famille sera toujours la base des sociétés* » H. de BALZAC, *Le Curé de village*, 1841.

34 . Nonobstant ce glissement particulier du rôle du sexe dans la formation de la famille, un certain nombre de faits persistent à en faire un élément déterminant dans l'identification civile des personnes. Tout d'abord, la mention du sexe telle qu'apparaissant sur l'acte de naissance, offre un statut obligatoire et *a priori* universel. En effet, ces statuts vont pouvoir positionner la personne dans les différents états juridiquement connus et reconnus afin qu'elles puissent se voir attribuer un rôle (social) en fonction de leur sexe : l'état individuel, familial et « dans la cité »[204]. Jusqu'au milieu du XXème siècle, ces propositions étaient vraies, mais là encore les évolutions sociétales avec l'apparition de la notion de genre, ou de rôle de genre, suivies par l'intervention du législateur, sont venues gommer le caractère identificatoire de la différence de sexe. Dès lors, les états cités se trouvent tous bouleversés, l'état individuel et dans la cité par l'expansion des droits et liberté et l'état dans la famille au regard des efforts du législateur pour placer les époux dans des situations égalitaires dans la prise de décisions relatives au ménage[205], ou pour avoir accordés aux nouveaux pères des droits au congé parental plus importants[206]. Bien entendu, des mesures visant à protéger expressément les femmes au sein des couples, peuvent venir tempérer le tableau, car penser que les femmes méritent d'être protégées contre les violences de leur époux, revient à admettre une position de faiblesse qui nous semble infondée, lesdites violences pouvant être aussi bien physiques que psychologiques d'égale gravité. L'utilisation de la force physique ou psychologique n'est pas un monopole masculin[207]. Pourtant, aujourd'hui encore le sexe reste le « *cas le plus strict d'assignation identitaire* » car la norme sociale en fait un élément « *fix*[é] *de manière définitive* »[208], conformément à une approche civiliste médiévale[209].Le sexe résultant du jeu naturel de la « loterie génétique », on ne peut

[204] R., SAVATIER, *op. cit.*, p.9.

[205] Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JORF* du 26 décembre 1985, p. 15111.

[206] Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, *JORF* n°0294 du 18 décembre 2012, p. 19821.

[207] Selon le rapport de synthèse de l'Observatoire National de la délinquance et des réponses pénales, « La criminalité en France », 2014, p.29. En 2013, 25 hommes sont morts sous les coups de leur conjointe, 41 ont été victimes de tentative d'homicide, 13 de viol et 7 136 de violences volontaires non mortelles. V. En ligne : [http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/04/10/hommes-battus-des-chiffres-pour-comprendre-une-realite-meconnue_4613224_4355770.html].

[208] D., BORILLO, « Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ? », *in* A., SCHUSTER, *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century,* Forum, 2011, p. 44 [En ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01243071. Consulté le 2 janvier 2016].

[209] A.-M. LEROYER, « *La notion d'état des personnes* » in *Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert,* Paris, Economica, 2004, p.262-263. Aujourd'hui encore, la doctrine affirme *« les droits du sang et des parentés* [sont] *fondés sur les lois de la nature, lois éternelles et immuables,* [qui] *ne peuvent recevoir aucun changement* », J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 2, la famille,* Paris, PUF, 21ème éd., 2002, p.226.

réfuter qu'il constitue une de ces qualités inhérentes, historiques devant faire partie de l'état des personnes et retranscrite sur l'acte de naissance dans un but probatoire[210].

35 . Aussi, c'est une décision de la Cour Royale de Poitiers qui a posé le principe selon lequel la mention du sexe de l'acte de naissance est d'ordre public[211], avant que d'autres jurisprudences ne révèlent des écueils qui avaient déjà été soulevés dès le début du XIXème siècle par certains juristes[212], ainsi que par des membres du corps médical qui mettent en garde les juristes et l'opinion publique des risques de la rigidité des actes de l'état civil au vu des complexités biologiques[213]. Mais une chose demeure certaine, « *tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes* […] *lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance* »[214], cette affirmation jurisprudentielle est la suite logique de celle affirmée par la Cour Royale de Poitiers[215]. Dès lors, nous ne remettons pas en cause le caractère historique du sexe, dans la mesure où la mention du sexe sur l'acte de naissance a toujours été requise, même si son objectif a changé au fil des ans. En effet, la mention du sexe, dans une logique binaire, avait pour principal objectif d'assigner à chacun le rôle qu'il devait avoir dans la société, correspondant aux missions productives et reproductives[216], ou justifiait une étendue restreinte des droits aux

---

[210] Sur une approche historique de la mention du sexe sur les différents actes de l'état civil, v. Ordonnance de Saint Germain en Laye, avril 1667 ; Art. 55, Code civil de 1804 : « *Les déclarations de naissance seront faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier d'état civil du lieu : l'enfant lui sera présenté* » ; CHARVILLHAC, *Le Guide de l'officier d'état civil,* Paris, Rondonneau, 1806, p.29 ; Cass. Crim., 21 juin 1833, *D.,* 1833, I, p.323 ; *Gazette des tribunaux,* 2 fév. 1842, n°4624, p. 456 sur l'affaire « *De Bengy* » ; G. SICARD, « L'identité historique » in *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 121 et s. ; G., HOUBRE, « Un « sexe indéterminé » ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXème siècle », *Revue d'histoire du XIXème siècle,* n°48, 2014/1, p. 66.

[211] Cour royale de Poitiers, 9 mai 1843, et 26 mai 1846, *S.,* 1846, 2, p.462.

[212] Notamment sur la pratique de la présentation des organes génitaux de l'enfant à l'officier d'état civil, v. CHARVILLHAC, *op. cit.*, p.26 et s. ; J.-J., SIMEON, *in* P.-A., FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Paris, Videcoq, 1836, p. 289 du tome 10 ; B., MORICE, *Manuel pratique de l'état civil,* Paris, 1938, n°226, p.155 ; A., LUTAUD, « De l'Hermaphrodisme au point de vue médico-légal, nouvelle observation : Henriette WILLAMS », *Journal de médecine de Paris,* 1886, p.14 ; S., CHAPERON, *Les origines de la sexologie, 1850-1900,* Paris, Louis Audibert, 2007, p.78-79 .

[213] Sur les aspects historiques qui vont suivre v. J.-B., BOUILLAUD, « Exposition raisonnée d'un c'est-à-dire de nouvelle et singulière variété d'hermaphrodisme observée chez l'homme », *Journal universel et hebdomadaire de médecine et de chirurgie pratique,* janvier-mars 1833, tome 10, p. 467-500 ; *Archives générales de médecine,* série 2, n°2, 1833, p.590 ; A., LEBLOND, « Du pseudo-hermaphrodisme comme impédiment médico-légal à la déclaration du sexe dans l'acte de naissance », *in Annales de gynécologie obstétrique,* Paris, G., Steinheil, 1885, T. 24, p34-35 ; Ch., DEBIERRE, « L'hermaphrodite devant le Code civil », *Archives d'anthropologie criminelle,* 1886, p. 333, 335 ; L., SENTEX, « Quelques mots sur deux cas de tératologie », *Bulletin de la société de médecine légale de Paris,* tome IX (1887), p. 371 ; A., LACASSAGNE, *Les actes de l'état civil : étude médico-légale de la naissance, du mariage , de la mort,* Bibliothèque scientifique de l'avocat et du magistrat, Lyon, Paris, 1887, p.92-93 ; P., BROUARDEL, « Malformation des organes génitaux de la femme. Y-a-t-il lieu de reconnaître l'existence d'un troisième sexe ? », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale,* 1904, 4ème série, tome I, 3, p. 196 ; G., HOUBRE, « Un « sexe indéterminé » ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXème siècle », *Revue d'histoire du XIXème siècle,* n°48, 2014/1, p. 66 et s. ; « Hermaphrodite », *Dictionnaire des sciences médicales (1812-1822)*, p. 116.

[214] CA Paris, 18 janvier. 1974, *D.,* 1974, p.196, conclusion GRANJON.

[215] CHARVILLHAC, *Ibid.*

[216] V. notamment E., DORLIN, *Sexe, genre et sexualités. Introduction à la théorie féministe,* Paris, PUF, 2008, p. 51 ; S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français,* Paris, CNRS Editions, 2014, p.12.

femmes, filles ou épouses. Or aujourd'hui, toute différence de traitement qui serait fondée sur le sexe est source de discrimination. Néanmoins, les discriminations dont il est question ne sont envisagées que si elles mettent en avant la différence homme/femme, et il ne semble pas que la discrimination fondée sur le sexe puisse en être autrement. Dès lors, pour pouvoir se prévaloir de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) il faut être de sexe féminin ou masculin. Or, nier l'application des dispositions anti discrimination aux personnes pour qui la nature n'a pas su décider le sexe auquel elles appartiennent, ou n'a pu leur donner le véritable sexe qu'elles revendiquent, n'est-il pas non plus une situation discriminatoire ?

36 . Le caractère indisponible de l'état des personnes[217], auquel appartient le sexe, contribue à lui conférer cet aspect historique. Et cette impossibilité pour les individus de pouvoir en disposer à leur guise, permet de dire de l'homme ce « *qu'il est à partir de caractéristiques* ***définitivement*** *acquises* »[218] dans un but identificatoire et sécuritaire, conformément à la conception dite « publiciste » de l'état des personnes[219].

Selon cette affirmation le sexe serait alors immuable[220] puisque définitivement acquis, mais les cas d'ambiguïté sexuelle ne permettent pas de faire de l'immutabilité une caractéristique générale du sexe. Bien sûr, le sexe reste un fait – juridique ? – opposable sauf erreur qu'il conviendra de modifier de manière gracieuse voire contentieuse[221].

Cependant, si l'état des personnes se compose de caractéristiques « acquises » nous n'estimons pas que le sexe doit en faire partie, étant une caractéristique innée de la personne. Dès lors, et selon notre analyse, le principe d'imprescriptibilité de l'état des personnes, c'est-à-dire, l'impossibilité d'acquérir par l'usage dans le temps les éléments de l'état des personnes, ne saurait s'appliquer au sexe.

Voici donc les trois caractéristiques de l'état des personnes que nous développerons, même si la courte démonstration que nous venons d'en faire montre bien qu'elles peinent à s'imposer au sexe à l'état civil.

---

[217] Ass. Plen. 31 mai 1991, n°90-20.105, F., DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *D.,* 1992, 59 ; Y., CHARTIER, *D.,* 1991, 417 ; D., HUET-WEILLER, *RTD Civ.,* 1991, 517 ; C., LABRUSSE-RIOU, *Rev. Crit. DIP,* 1991, 711 ; F., TERRÉ, *JCP G,* 1991, II, 21752.

[218] A. BERNARD, « Fleurs de papiers, fleurs de tombeaux » in *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.14.

[219] J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* Paris, PUF, 2011, p.40.

[220] V. F., VIALLA, *D.,* 2015.2295.

[221] B., PY, *Le sexe et le droit,* PUF, 1999, p.7 ; Art. 99 à 101, Code civil ; 1047 à 1055, Code de procédure civile.

II . Le sexe, un attribut soumis aux caractères de l'état des personnes

37 . Le sexe demeure un élément de l'état des personnes dont le pouvoir identifiant décline peu à peu, faisant ainsi tort à la doctrine classique qui prétendait que le sexe était un élément essentiel[222] de l'état des personnes. Puisque tout ce qui est essentiel ou d'ordre public doit être préservé ou protégé, l'ensemble de ces attributs est soumis à des principes fondamentaux. Traditionnellement, ils sont au nombre de trois : immutabilité, imprescriptibilité et surtout indisponibilité. Ces caractères ne sont pas exhaustifs, et il est également admis que le principe d'indivisibilité vienne s'y greffer, pour sous-entendre l'unicité de l'état et des éléments qui le composent[223]. Une unicité d'autant plus marquée, puisque toutes les informations relatives à l'état de la personne se retrouvent dans l'acte de naissance, amendé par les différentes mentions marginales. Autant de principes qui impliquent la stabilité[224] nécessaire à l'état des personnes pour assurer efficacement ses rôles identificatoire et sécuritaire. Cependant, stabilité ne doit pas nécessairement rimer avec inertie. L'Histoire nous a appris qu'une société n'est vouée qu'à une inévitable évolution, plus ou moins lente, des peuples et des mœurs. Si l'état des personnes doit refléter une vérité ancestrale qui ne correspond pas à la réalité moderne, ses fonctions sécuritaires et, à plus forte raison, identificatoires sont alors vidées de leur substance. À la montée des revendications volontaristes des individus, l'état des personnes du XXème siècle doit évoluer, et cette évolution n'est possible qu'à la suite d'une intervention du législateur[225] à l'image du lent et houleux processus menant à l'ouverture du mariage pour les personnes de même sexe[226]. Et spécifiquement pour ce qui est de la mention du sexe, le législateur semblait rester sur ce qui était acquis depuis 1804, à savoir une modification exclusivement fondée sur l'erreur matérielle commise par l'officier d'état civil. À défaut, c'est la jurisprudence qui a dû traiter de la question du changement de sexe pour les personnes transsexuelles, soit une quarantaine d'années avant que la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle soit adoptée et

[222] R., SAVATIER, « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé », *Recueil Dalloz*, n°17, 1958, p.95.
[223] *Indivisibilité,* R., CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016,* Lexis Nexis, 2015, p. 294.
[224] DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge,* 4ème édition mise à jour par J.-P., MASSON, Bruylant, 1990, t. II, vol.1, p.80.
[225] Art. 34, Constitution du 4 octobre 1958.
[226] Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

n'ouvre un véritable droit au changement de sexe, sans apporter de solution convenable pour les personnes intersexes[227].

38 . Une telle inertie conduit à constater que les trois principes de l'état des personnes sont devenus obsolètes[228]. Et cette affirmation se justifiera par leur étude (A), à la suite de laquelle nous montrerons que spécifiquement appliqué au sexe, le maintien de ces trois principes tend à faire de l'état civil une fiction juridique desservant ses propres objectifs (B).

A . La triple protection des attributs de l'état des personnes

39 . Nous parlons d'une triple protection car il est admis en Droit que l'état des personnes est imprescriptible, immuable et indisponible. Même si chacun de ces principes dispose d'une définition bien précise, il est d'usage qu'ils soient confondus dans les prétoires, et même à l'occasion de débats parlementaires[229]. En réalité, c'est le principe d'immutabilité qui est souvent confondu avec les principes d'imprescriptibilité et d'indisponibilité de l'état des personnes.

40 . D'abord, les principes d'imprescriptibilité et d'immutabilité[230] peuvent être rapprochés dans la mesure où ces deux notions se rattachent à des considérations temporelles. En effet, l'imprescriptibilité empêche l'acquisition ou la perte de droits par le temps. Le Professeur TEYSSIÉ affirme même qu'en vertu de ce principe « *l'état échappe* […] *à l'action du temps* »[231]. Ce principe s'applique surtout pour le nom patronymique[232] mais également en matière de filiation avec la possession d'état. Cependant, dans ces deux domaines, nous pouvons observer des atténuations à ce principe, d'une part, pour le nom, il est admis que son

---

[227] Contra v. B., MORON-PUECH, *D.,* 2016.2353 ; Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF,* n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.
[228] M., GOBERT, *in* L.-E., PETTITI, *Les transsexuels,* coll. « Que sais-je », PUF, 1992, p. 73.
[229] « *Avec ce sous-amendement, le Gouvernement poursuit un objectif de sécurité juridique essentiel, tout en maintenant un cadre suffisant pour garantir le respect de l'immutabilité de l'état des personnes atteintes, qui est disproportionné* », J.-J., URVOAS, Garde des Sceaux, Discussion sur le projet de loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, 2ème séance du jeudi 19 mai 2016, Assemblée Nationale.
[230] F., VIALLA, *Ibid.* ; « Transidentité : *Quid novi ? « Nihil, feré nihil, minus nihilo ? »* », *LPA,* 29 juill. 2016, n°151.
[231] B. TEYSSIE, *Droit civil ; Les personnes,* Paris, LexisNexis, 13ème. éd. 2011.
[232] Req., 2 juill. 1926 : L'absence d'utilisation du nom n'entraine pas sa perte.

usage prolongé ouvre un droit à en demander l'acquisition[233], d'autre part avec l'abaissement du délai de prescription relatif aux actions en possession d'état[234]. Concernant le sexe, la jurisprudence relative au transsexualisme n'avait jamais admis de prescription acquisitive de l'état sexuel de sorte qu'une personne née homme puisse acquérir le sexe féminin par la preuve d'un certain nombre d'années vécues dans ce genre. Mais la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, dite J21, met en place une procédure de changement de sexe fondée sur la prescription acquisitive de la possession d'état[235].

Le principe d'imprescriptibilité se voit donc peu à peu vidé de sa substance par la jurisprudence et le législateur, de sorte qu'il est devenu le corollaire de l'immutabilité[236].

41 . Toujours dans une considération temporelle, l'immutabilité doit être perçue comme le principe qui assure à l'état des personnes une résistance au temps[237]. D'ailleurs, aux origines étymologiques latines de la notion, on retrouve « *immutabilis »,* - qui n'est pas sujet à changement. Ce qui semble d'emblée ne pas correspondre à la nature intrinsèque de l'Homme, personne physique, qui est physiologiquement et sentimentalement, amené à changer. Biologiquement d'une part, puisque par l'effet de son âge, la personne physique passe naturellement du statut d'incapable à celui de personne capable, dès son dix-huitième anniversaire. Sentimentalement, d'autre part puisque qu'une fois la pleine capacité acquise, ou retrouvée, l'individu peut choisir de s'unir avec une autre personne en contractant mariage, mais aussi, peut décider d'établir un lien de filiation purement sentimental par le biais de la possession d'état ou de l'adoption. Nous pouvons également y faire entrer le syndrome du transsexualisme qui selon le Dictionnaire de l'Académie de médecine constitue *« le sentiment intense et pénible de ne pas être* [du] *sexe de naissance mais d'appartenir au sexe opposé* ». L'état des personnes demeure cependant immuable dans la mesure où il fixe l'état à un moment donné[238], il laisse une trace de chaque événement marquant dans la vie de la personne, dans l'acte de naissance, amendé au cours de sa vie. Les mentions marginales

---

[233] Civ.1er, 31 janvier 1978, n°75-13.011.

[234] Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF*, n°156, 6 juillet 2005, p. 11159. Cette ordonnance abroge les dispositions de l'ancien article 311-7 du Code civil disposant que la prescription en matière d'état relatif à la filiation est de 30 ans à compter du jour où la personne a eu connaissance de l'état qu'il réclame, ou du jour où il a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté.

[235] Art. 56, Loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle : *« De la modification de la mention du sexe à l'état civil. Art. 61-5. – Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification. Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ; 4° (Supprimé) ».* V. F., VIALLA, *D.,* 2016. 1561.

[236] Cour de cassation, *Rapport annuel de 2013*, Livre 3, 9 janvier 2014, p. 268 et s.

[237] C. NEIRINCK (dir.), *L'Etat civil dans tous ses états,* Paris, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 47, 2008, p.49.

[238] C., NEIRINCK, *op. cit.,* p.50.

attestent de ces changements mais ne suppriment pas les états précédents, de sorte que ce changement de situation n'est pas déclaratif, et n'entraîne pas l'anéantissement du déjà établi[239].

L'immutabilité et l'imprescriptibilité de l'état des personnes étant liés, il est évident que l'affaiblissement de l'un entraîne le déclin de l'autre.

42 . Mais l'attribut qui nous intéresse ici, est celui de l'indisponibilité. Il est, selon nous, l'élément de l'état des personnes qui **avait** vocation à en garantir un maximum de stabilité.

L'indisponibilité soulève l'idée selon laquelle « *toute convention, cession entre vifs ou à cause de mort, transaction, renonciation à cause de mort ou renonciation contraire à l'état légalement imposé est nulle de nullité absolue* »[240]. Elle limite le titulaire de l'état qui ne peut le modifier à son gré[241], elle « *ne serait que l'interdiction de modifier volontairement dans son état ce qui ne peut pas être modifié, ce qui, justement, est immuable* »[242]. Ici encore il apparaît qu'immutabilité et indisponibilité ne sauraient être dissociées, néanmoins, les débats doctrinaux fluctuent au sujet de l'interdépendance de ces deux notions[243]. D'un côté, l'indisponibilité ne serait qu'un simple corollaire de l'immutabilité de l'état des personnes[244], de telle sorte que l'indisponibilité n'existerait plus, au profit d'une « *mutabilité contrôlée* »[245], laissant la place aux manifestations de volonté des individus tout en garantissant un *minima* de stabilité. D'un autre côté, si l'indisponibilité de l'état des personnes s'oppose à ce que le droit prenne en compte un changement volontaire de l'intéressé, il n'implique pas son immutabilité, de sorte que l'indisponibilité n'est pas l'immutabilité[246], ainsi le principe d'indisponibilité n'anéantit pas la volonté de la personne mais la limite, l'immutabilité rendant impossible toute modification même encadrée[247].

43 . L'indisponibilité, qu'elle concerne le corps ou l'état des personnes, n'en demeure pas moins un caractère de principe, voire historique. En effet, ce principe a été

---

[239] Ce n'est qu'exceptionnellement que le changement est déclaratif. Notamment en cas d'adoption plénière, pour laquelle, l'article 654 du Code civil prévoit que le premier acte de naissance est annulé.

[240] F., TERRE et D., FENOUILLET, *Les personnes. La famille, Les incapacités,* Dalloz, 7ème éd., 2005, n°127.

[241] J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique,* Paris, LGDJ, 1993, p.506.

[242] H., L., et J., MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Les personnes, La personnalité, les incapacités,* Tome 1, Vol. 2, Paris, Montchrestien, 1997, p. 35.

[243] V. notamment M., GOBERT, *in* L.-E., PETTITI, *Les transsexuels,* coll. « Que sais-je », PUF, 1992, p. 73.

[244] D., GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille,* Paris, LGDJ, 2000, p.341.

[245] D., GUTMANN, *op. cit.*

[246] 1re Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 11-14.515, *Bull.* 2013, I, n° 13 ; *Dr. fam*. n° 4, avril 2013, comm. 48 par Ph. REIGNÉ.

[247] Comme affirmé par les intimés dans la décision CA Paris, 27 janvier 2011 : « *si le principe de l'indisponibilité de l'état s'oppose à ce que le droit tienne compte d'un changement volontairement obtenu par un individu, il n'implique pas, pour autant, l'immutabilité de l'Etat des personnes* ».

jurisprudentiellement reconnu d'ordre public en 1991[248], pour caractériser le corps humain, mais l'analogie avec l'état des personnes est possible. En effet, ce dernier n'a d'existence qu'à cause des attributs qui le définissent et qui assurent la stabilité de sa mission première : élément de preuve nécessaire à l'efficacité d'une police civile. Sans le principe d'indisponibilité la mission de l'état civil n'existe plus, et l'état civil n'a plus d'utilité. Mais ici encore, l'analogie n'est pas heureuse, car le principe d'indisponibilité du corps humain a laissé la place au principe de non patrimonialité, permettant ainsi les dons de produits ou d'éléments du corps humain, avec toutefois un certain nombre de garde-fous[249], parmi lesquels le consentement du donneur. L'indisponibilité d'ordre public de 1991 fléchit devant l'autonomie de la volonté de ce dernier[250].

44 . Les attributs de l'état civil doivent suivre ces caractères, mais la force de ces derniers diffère selon l'élément considéré. En effet, ces éléments n'ont pas la même valeur face aux principes d'immutabilité et d'indisponibilité, principes imposant que nul ne peut en disposer librement, malgré une notion d'autonomie individuelle de plus en plus exacerbée. Cependant, cette affirmation demeure de moins en moins vraie et il est aisé de constater qu'au fil des évolutions législatives, jurisprudentielles et sociétales, tous les attributs de l'état des personnes ont été altérés[251]. Quant au sexe, il existerait une indisponibilité de l'état sexuel qui assurerait la « *sauvegarde de la situation juridique légalement imposée en fonction de l'identité organique et génétique du sexe constaté à la naissance* »[252]. Cependant, la mention du sexe à l'état civil ne semble plus indisponible, en dépit des affirmations de la Cour de cassation[253], et notamment, depuis la reconnaissance par le corps médical des syndromes de dysphorie du genre, parmi lesquels se trouve le transsexualisme. Dès lors, conserver l'indisponibilité du sexe dans l'état civil, face à une personne née homme puis devenue femme, laisserait subsister le doute quant à la valeur probatoire dudit acte.

---

[248] Ass. Plén. 31 mai 1991, *op. cit.*

[249] Que sont l'anonymat et la gratuité du don.

[250] Bien qu'en pratique il s'agisse plutôt d'une mesure matérialiste pour combler le manque de matériel biologique permettant à la Nation les moyens de garantir à tous la protection de la santé.

[251] En effet, s'il est admis que le nom est indisponible, la volonté de se marier peut entraîner le changement de nom des époux, conformément aux dispositions de l'article 225-1 du Code civil. De même, depuis la fin des années quatre-vingt, il est possible d'user du nom patronymique à des fins commerciales, v. Affaire *Bordas*, Com. 12 mars 1985, pourvoi n°8417163. De même, les liens de la filiation peuvent être révoqués dans des conditions strictes, mais peuvent également faire à la volonté encadrée de faire sien un enfant né avec une toute autre filiation, sont visés ici les mécanismes de l'accouchement secret de l'article 326 du Code civil qui annihile les effets de *mater semper certa est*, et celui de l'adoption plénière des articles 343 et suivants du même code.

[252] CA Rouen, 9 mars 1987*, Bulletin d'information*, Cour de cassation, n°240, 15 avril 1987, arrêt n°253, p.17.

[253] Dans son rapport annuel de 2013, la Cour de cassation ne renie pas le déclin de l'indisponibilité, mais un simple affaiblissement. En effet, ce principe ne toucherait, en 2013 que le nom et le sexe. Notons qu'un an auparavant, cette même Cour de cassation, offrait de nouvelles conditions au changement de sexe à l'état civil sans même citer le principe d'indisponibilité. V. Civ., 1ère, 2 juin 2012, 2 décisions, n° 10-26.947 et 11-22.490, note de F., VIALLA, *D.* 2012. 1648 ; S., PARICARD, *RDSS,* 2012. 880 ; J., HAUSER, *RTD Civ.,* 2012. 502.

45 . Le sexe est un attribut de l'état des personnes mais aussi un attribut incontestable du corps humain de sorte que cette mention, sur les actes d'état civil ouvre des droits distincts aux personnes appartenant à un sexe déterminé. Ces règles sexuées existent aux côtés de règles de droit commun qui auront vocation à s'appliquer à tout justiciable. L'indisponibilité commune à tous les éléments de l'état des personnes ne fait pas exception et s'applique au sexe. Néanmoins, l'indisponibilité de l'état des personnes souffre dans sa légitimité, et les causes en sont multiples. D'abord, l'immixtion du principe de l'immutabilité en fait une notion incertaine, alors que le but des deux principes est sensiblement différent. D'une part, l'indisponibilité limite, de l'autre, l'immutabilité interdit, faisant du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, une valeur qui ne saurait être intangible[254]. La fusion de ces deux principes a pour conséquence de faire penser que l'immutabilité n'est pas un élément autonome car venant en renfort de l'imprescriptibilité et de l'indisponibilité, comme si ces deux principes ne suffisaient pas à assurer les missions de l'état civil. De sorte que l'immutabilité serait un caractère de l'imprescriptibilité et de l'indisponibilité. Cependant, l'idée de renforts s'épuise devant le déclin déjà bien entamé de tous les principes régissant l'état des personnes, au regard du nombre sans cesse grandissant des exceptions légales et jurisprudentielles. Ce qui nous amène à la seconde cause d'affaiblissement du « sacrosaint »[255] principe d'indisponibilité de l'état des personnes : la prise en compte d'un droit à l'autodétermination, qui pourraient légitimement laisser croire que l'état civil est devenu un droit de propriété sur leur existence, soumis à leur seule volonté. Notons par ailleurs, que les principes d'indisponibilité et d'imprescriptibilité semblent avoir été bannis des prétoires[256] et des discussions législatives pour ce qui concerne le changement de sexe à l'état civil des personnes transsexuelles. En témoigne M. le Garde des Sceaux qui fait du principe d'immutabilité de l'état l'unique justification des conditions restrictives du changement de sexe à l'état civil et la *quasi* censure de l'amendement n°282[257].

46 . Le doute subsiste donc sur le caractère indisponible ou immuable du sexe à l'état civil c'est pour cela que nous allons tenter une application de ces principes centrée sur le sexe,

---

[254] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.506.
[255] B., BEIGNIER, *Le droit de la personnalité,* Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ?», 1992, p.11.
[256] V. TGI Montpellier, 24 mars 2016, note F., VIALLA, *LPA,* 29 juillet 2016, n°151.
[257] V. les propos de M. le Ministre de la Justice lors la discussion en 2ème séance, du jeudi 19 mai 2016, à l'Assemblée Nationale : « *Avec ce sous amendement, le Gouvernement poursuit un objectif de sécurité juridique essentiel, tout en maintenant un cadre suffisant pour garantir le respect de l'immutabilité de l'état des personnes atteintes, qui est disproportionné* ». [En ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2015-2016/20160192.asp#P787991].

dans le but d'enfin déterminer si oui ou non, cet attribut de l'état des personnes est resté indisponible.

B . Une protection obsolète[258] pour un état civil inapproprié

47 . L'obsolescence qui caractérise notre état civil actuel est double. En effet, le déclin des principes d'ordre public qui l'encadre (1) tend à offrir plus de crédit aux émanations volontaristes des personnes désignées par les actes de l'état civil. De plus, cette crise de légitimité s'étend jusque dans les missions de ces actes (2).

1 . L'obsolescence des principes

48 . Pourquoi la mention du sexe est indisponible, imprescriptible et immuable ? Et surtout, le demeure-t-elle ? Voici les questions auxquelles nous tenterons de répondre.
Nous avons, cependant, un premier élément de réponse : parce que l'état des personnes est d'ordre public[259], dans le sens où il demeure « *l'état fondateur de la structure sociale* »[260] sans laquelle il ne peut y avoir d'État. Même s'il est admis que l'ordre public est une notion à

[258] J., POUSSON-PETIT (dir.), « Le droit à l'identité sexuelle dans les droits européens », *in L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p.719.
[259] J., CARBONNIER, *Droit civil. Introduction,* Paris, PUF, 1991, n°126.
[260] M.-T., MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard CORNU,* PUF, Paris, 1994, p. 323.

contenu variable[261], il peut toutefois se définir comme regroupant les « *valeurs fondamentales auxquelles les parties à un acte juridique ne peuvent déroger par de stipulations contraires* »[262]. Il implique que les faits juridiques qui y dérogent, ne pourront faire l'objet d'actes juridiques. Dès lors, l'état des personnes est d'ordre public car il fait ressortir « *un intérêt social essentiel, supérieur aux intérêts privés* »[263]. Concrètement, l'état des personnes constitue un ordre public substantiel qui est un « *corps de règles impératives qui régissent la vie du sujet de droit pris en qualité d'être singulier ou de personne* […] *, de membre d'une famille* […] *ou* […] *de la société tout entière* »[264]. Nous retrouvons ici les trois états de la personne développés par le Doyen CARBONNIER. Dans cette configuration, l'état des personnes, n'est autre que l'« *identité civile* […] *imposée par l'État* »[265], qui s'oppose à l'identité sociale décidée par la personne et pure manifestation de sa volonté.

Cette identité civile, si elle est d'ordre public, doit nécessairement répondre à des impératifs de stabilité, nécessaires à une organisation sociale efficace[266]. En effet, les principes de l'état des personnes servent la puissance de l'État[267] dans la création de l'identité civile. Nous pouvons diviser ces principes en deux groupes de règles : la règle de forme que constitue le principe d'indivisibilité de l'état et qui permet de trouver toutes les informations relatives à une personne sur un même acte et à un guichet unique, et les règles de fond que constitue la trilogie traditionnelle de l'indisponibilité, l'immutabilité et l'imprescriptibilité de l'état. Ces règles assurent « *la constatation régulière de l'état civil des personnes* [, qui] *est une base essentielle de l'ordre social* »[268] et contribuent à asseoir le pouvoir de l'État de *personae dictio*[269].

---

[261] J., GHESTIN, « Ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in* C., PERELMAN et R., VAN DER ELST, *Les notions à contenu variable en droit,* Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.77-97 ; G., CORNU, *Droit civil,* t. I : *Introduction, Les personnes, Les biens,* Paris, Montchrestien, 1991, n°334-341 ; J., HAUSER, « Ordre public et bonnes mœurs », *Réd. dr. civ. Dalloz,* 1993, n°1-9 ; J., GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat,* Paris, LGDJ, 1993, n°104 et s.

[262] *Ordre public,* R., CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016*, Lexis Nexis, p. 381.

[263] J., CARBONNIER, *op. cit.*

[264] Cour de cassation, *Rapport annuel 2013,* « L'ordre public », La documentation française, p. 263.

[265] B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p. 54.

[266] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.17 ; D., GUTMANN, *op. cit.*, p.139.

[267] Jusqu'à la fin du 18ème siècle, l'état des personnes était enregistré par le ministre du culte catholique sur la demande et sous le contrôle de la justice royale. A la Révolution française, on assiste à une déconfessionnalisation des registres par la Constituante. Titre 2, art. 7 Constitution de 1791 : « *Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés, et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes* ». Il existe alors trois registres relatant respectivement de la naissance, du mariage et du décès. L'article 6 de la Constitution de 1791 dispose que ces registres font foi de preuve en justice.
V. Loi du 20 ventôse an XI sur les actes de l'état civil, reprise dans le titre du Code civil relatif à l'état civil. V., G. SICARD, « L'identité historique » in *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 133 et s.

[268] Cass., 14 juin 1858, *D. P.,* 1858, 1, p. 247

[269] A.-M. LEROYER, « *La notion d'état des personnes* » in *Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert,* Paris, Economica, 2004, p. 253

49 . Sans revenir en détail sur la définition de la notion, rappelons simplement qu'est définie comme indisponible, la chose dont on ne peut disposer[270]. Ce qui fait entrer l'objet indisponible dans la catégorie des choses hors du commerce de l'article 1598 du Code civil, le rendant insusceptible d'acte juridique, quelle qu'en soit la nature. Mme le Professeure Claire NEIRINCK cerne d'ailleurs admirablement l'enjeu de l'indisponibilité appliquée à l'état des personnes, comme assurant la résistance à la volonté de la personne de modifier arbitrairement l'état originel, ou de le faire coïncider avec sa réalité psychique[271]. Une telle affirmation semblait encore vraie aux siècles derniers durant lesquels toute notion d'autonomie de la volonté n'apparaissait pas comme essentielle et universelle[272]. L'indisponibilité de l'état des personnes, par les principes qui lui sont applicables, a pour finalité d'assurer la cohérence et la sécurité des actes de l'état civil[273]. Par là même, il aide le droit public dans sa mission d'assignation des *« contraintes personnelles et matérielles pesant sur les qualifications relatives aux sujets de droit »*[274] et devient le fondement de la mission de l'État en matière d'état civil, à savoir, le maintien de la sécurité juridique et de l'ordre social. En d'autres termes, c'est parce qu'il est indivisible, indisponible, imprescriptible et immuable que l'état des personnes peut être instrumentalisé par la puissance publique dans l'identification des sujets de droit. C'est en connaissant leurs traits les plus fondamentaux que l'État pourra identifier ses sujets, prouver voire rectifier leur état, en dehors des cas où ces modifications émanent de la volonté des personnes. Ainsi, la différence entre actes et faits juridiques prend tout son sens. A titre d'exemple, la personne transsexuelle peut s'efforcer de procéder aux modifications physiques, tentant de masquer l'appartenance au sexe qu'elle conteste, la modification des mentions du prénom et/ou du sexe sur son état civil ne sont pas exigibles de plein droit, elles le sont de droit désormais. En d'autres termes, « *le respect du principe* [d'indisponibilité] *n'exclut pas la constatation de la modification d'un élément de l'état, dès lors que cette modification échappe à la volonté de l'individu* »[275], de sorte que « *l'état des personnes* [reste] *indisponible mais* […] *n'est pas incorrigible* »[276]. De telles affirmations sont en parfaite adéquation avec le but même de l'état civil. En effet, comment

[270] G., CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. , Capitant, PUF, 8è éd., 2000.
[271] C., NEIRINCK, *Ibid.,* p.42 et s.
[272] En effet, il est aisé d'apercevoir, dans les écrits du Doyen SAVATIER du milieu du XXème siècle, la négation de toute autonomie personnelle au sein même de la famille, perçue comme une personne morale dont l'organe décisionnel unique était le détenteur de la puissance paternelle : le père de famille.
[273] Ph. REIGNÉ, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », note sous CA Nancy, 1re ch. civ., 3 janv. 2011 et CA Paris, pôle 1, ch. 1, 27 janv. 2011 , *JCP G,* n°17, 25 avril 2011, 480.
[274] X., BIOY, *Le concept de personne humain en droit public – Recherches sur le sujet des droits fondamentaux,* Paris, Dalloz – Sirey, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, p.135.
[275] TGI Paris, 13 juillet 1982, inédit ; CA Nîmes, 2 juillet 1984 ; TGI Montpellier, 6 mai 1985, *La Vie Judiciaire*, n°2068, 25 nov. 1985.
[276] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.513.

un acte authentique peut-il assurer une mission de sécurité juridique s'il est criblé d'erreurs ? Notons enfin que, normalement, la mention du sexe est d'ordre public et que dès lors, les rectifications qui la concernent peuvent être demandées par toutes les personnes qui y ont intérêt, comme le Ministère public[277] et sous la compétence exclusive du T.G.I.[278]. L'initiative de la modification est individuelle, seule la personne souhaitant changer de sexe peut en faire la demande devant les tribunaux. Nous l'affirmons, le sexe n'est plus d'ordre public. Dès lors, si le sexe n'est plus d'ordre public, que l'ordre public implique une stabilité représentée par les principes d'indisponibilité, d'immutabilité et d'imprescriptibilité, alors… Le sexe n'est plus indisponible, immuable et imprescriptible. Qu'empêcheraient donc les parents d'enfants hermaphrodites de ne rien inscrire sur l'acte de naissance ? Surtout lorsque l'on constate que la mission d'identification des actes de l'état civil est en crise.

2 . L'obsolescence de la mission de l'état civil

50 . L'état des personnes a une fonction identificatoire. L'identification, sous une approche purement philosophique consiste à « *pouvoir faire connaître à autrui, au sein d'une gamme de choses particulières du même type, celle dont nous avons l'intention de parler* »[279]. Autrui serait l'État, les choses particulières du même type seraient les caractères de l'état des personnes retranscrits dans l'acte de naissance, qui, bien que propres à certains, sont des caractéristiques communes à tous.

Dans un groupe social, chaque personne a, *a priori*, un sexe, dans ce groupe, les individus se scinderont selon qu'ils sont de sexe féminin ou masculin. Mais aujourd'hui, l'identification par le sexe n'est plus évidente pour diverses raisons. D'abord, parce que les certitudes liées au

[277] Avis du CE du 12 Brumaire an 11 concernant les formalités à observer pour inscrire sur les registres de l'état civil des actes qui n'y ont pas été portés dans les délais prescrits, *Recueil général des lois et des arrêts, Lois annotées, 1ère série, 1789-1830,* Sirey, Paris, 1843, p.614 ; Circulaire du 22 brumaire an 14, *S.,* 1813, 2, p.297, puis entériné dans le Code civil par la loi du 20 novembre 1919.

[278] Avis du CE du 13 Nivôse an 10 sur les formalités à observer pour les rectifications à faire aux registres de l'état civil, *Lois annotées, 1ère série, 1789-1830,* Sirey, Paris, 1843, p.570.

[279] P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre,* Seuil, 1990, p. 39.

sexe inscrites sur l'acte de naissance sont bousculées par les états intersexuels[280] qui ne permettent plus de connaître assurément le véritable sexe de certains individus. Ensuite, parce que la différence de sexe a créé des situations discriminatoires qui justifiaient à l'époque des différences de traitement fondées sur le sexe, des différences de traitement que le législateur tente de gommer par la promulgation de lois anti discrimination, paritaire ou égalitaire entre les hommes et les femmes.

L'obsolescence du caractère identificatoire de l'état des personnes appliquée au sexe pousse donc à s'orienter vers une autre notion philosophique qui nous semble plus appropriée : l'individualisation qui constitue le : « *procès inverse de la classification, lequel abolit les singularités au profit du concept* »[281]. Selon cette définition, l'individualisation permet de voir s'exacerber les singularités de chacun offrant une place prépondérante à la volonté individuelle. Ainsi, le sexe devient un concept[282] sur lequel chacun, par le jeu des singularités, peut y apposer sa propre définition, qui ne se limite plus au féminin et au masculin. Il y aurait autant de sexe que de personnalités, le sexe ne serait plus immuable, il varierait selon les instants et les personnes.

51 . Mais il en va différemment juridiquement. En effet, d'un aspect purement juridique l'identification tend inévitablement vers l'individualisation : nous sommes tous des sujets de droit. Il convient alors de s'interroger sur les éléments de l'état des personnes qui permettent encore l'identification par l'individualisation. Nous nous cantonnerons aux mentions de l'acte de naissance, sans plus de développements. Sans hésitations, le nom est le premier élément identificatoire individualisant de la personne, contrairement au lieu et à la date de naissance qui n'ont aucune fonction individualisante, mais purement identificatoire. La question n'est pas aussi tranchée concernant le sexe. En effet, nous n'admettons pas que le sexe soit identifiant dans la mesure où le Droit tente de masquer les différences de traitements entre hommes et femmes, et nous n'admettons pas non plus qu'il soit individualisant, puisque l'individualisation en Droit, ne laisse aucune place à l'autodétermination contrée, rappelons-le, par les principes fondamentaux d'ordre public de l'état des personnes. Dès lors, le sexe peut-il n'être qu'une simple information ? Pour B. MORON-PUECH[283], tout est fonction d'intérêts en présence : quel intérêt souhaite-t-on préserver lorsque l'on inscrit la mention du

[280] V. J., DECOURT, P., GUINET, *Les états intersexuels,* Paris, Librairie Maloine, 1962.
[281] P. RICOEUR *op. cit.*, p.40.
[282] Selon la définition suivante : Concept : « forme selon laquelle un objet peut être pensé », v. J., LADRIÈRE, « Concept », *Encyclopedia Universalis,* [En ligne, consulté le 8 novembre 2016].
[283] Intervention de B., MORON-PUECH, à l'occasion de la journée d'étude « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

sexe à l'état civil ? Selon lui, l'intérêt qui l'emporte est celui des tiers et de l'État qui doivent pouvoir s'assurer certainement du sexe véritable de la personne. Mais dans quel but si le sexe ne fonde plus l'octroi de droits particuliers ? Nous estimons que le seul intérêt qui doit prévaloir en l'espèce reste celui de la personne concernée. Cependant, le caractère d'ordre public de l'état des personnes empêche de le prendre réellement en compte en cas de discordance entre le sexe assigné et le sexe vécu ou tout simplement en cas de pluralité de sexes chez une même personne. Le sexe ne peut donc être considéré comme une simple information.

52 . Enfin, identifier n'est pas forcément s'assurer qu'il est question de la même chose au fil des années, mais que cette chose reste intrinsèquement la même dans des lieux et temps différents[284]. Nous vérifions ici que l'immutabilité de l'état n'a rien à voir avec son indisponibilité, et nous nous risquons à affirmer, d'une part que l'immutabilité n'existe plus et d'autre part, que l'état des personnes fait office d'irréductible lieu de survivance du principe d'indisponibilité. De sorte que toute initiative personnelle n'est pas admise, sauf dans les cas prévus par la loi, tous statuts confondus[285].

53 . L'état des personnes doit remplir une double fonction, d'une part, sécuriser les actes juridiques, et d'autre part, assurer le bon fonctionnement de la police sociale et de l'ordre public[286]. L'état civil, « *reflet de l'état des personnes* »[287], constitue un véritable service public « *destiné à rapporter la preuve* [authentique] *des éléments de l'état* » [288]. Ces attributs ont longtemps été soumis aux principes d'indisponibilité, d'immutabilité et d'imprescriptibilité justifiant qu'« *on ne pouvait* […] *disposer ni de soi-même, ni de ses droits et obligations personnels* » que cette « *injonction sociale* […] *se trouvait au cœur des règles du droit de la personne et de la famille et qu'il en était dès lors, en quelque sorte, le* « droit commun » » [289]. Tout changement d'état, s'il n'était pas le fruit d'une erreur matérielle ou relative à la personne concernée, était synonyme de désordre, surtout après les épisodes révolutionnaires, ce qui conduisit Napoléon BONAPARTE à n'en tolérer aucun changement volontaire[290].

---

[284] P. RICOEUR, *Ibid.*, p.45.
[285] M.-T., MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, p. 326.
[286] A., LEFEBVRE-TEILLARD, *Le nom. Droit et histoire,* Paris, PUF, 1990
[287] Ass. Plén. 11 décembre 1992, n° 91-11.900, J., HAUSER, *RTD Civ.,* 1993, 97.
[288] A.-M. LEROYER, *op. cit.*, p.255.
[289] J.-L., RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille » in A., WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen,* Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 269.
[290] D., GUTMANN, *Ibid.*, p.342.

Mais à l'heure où les volontés individuelles sont de plus en plus revendiquées, où l'Homme pense être maître de lui-même en tant que personne, l'état civil est sans nul doute le lieu privilégié des tensions entre les intérêts de l'État et les revendications identitaires des individus. On s'interroge même sur l'opportunité du maintien d'un état civil, quand il existe bien d'autres moyens d'être identifié, *via* les techniques biométriques, les immatriculations ou encore l'A.D.N. De plus, un nombre très restreint d'attributs de l'état reste soumis aux principes d'ordre public de l'état des personnes et le sexe n'en fait pas partie, car aujourd'hui il est question de pouvoir modifier, ou de corriger le sexe qui nous a été donné ou assigné par erreur.

SECTION SECONDE : UNE OBSOLESCENCE ACHEVÉE PAR LES RÉVÉLATIONS MÉDICALES SUR LE SEXE

54 . Communément, « *le sexe s'entend de l'appartenance à l'une des deux moitiés du genre humain* »[291], c'est d'ailleurs une première justification de son statut d'élément essentiel de la personnalité[292] et un premier facteur d'individualisation de la personne[293]. Il est constaté par l'observation chez le nouveau-né de ses organes génitaux, à la suite de tout un processus intra-utérin de construction sur lequel nous ne nous risquerons pas à des explications, ainsi nous nous contenterons de retranscrire les propos de Mme De GANCK, décrivant le processus de méiose. Donc, « *au cours du processus de formation des organes internes, les gonades se différencient et une « cascade » de réactions physiologiques se produit. Au stade indifférencié, l'embryon possède la faculté de développer les canaux de Wolff et de Müller. Le canal de Wolff se développe chez le mâle pour former les conduits excréteurs de sperme et de l'urine […] tandis qu'il régresse chez la femelle. Quant au canal de Müller, il se développe chez la femelle pour former les organes génitaux internes tandis qu'il disparaît chez le mâle* »[294]. De plus, des hormones vont déterminer le sexe visible en déclenchant les transformations nécessaires à la formation immédiate des appareils génitaux et différée des caractéristiques secondaires. C'est ce que nous appelons le sexe visible à côté duquel, et toujours dans une optique scientifique que nous ne prétendons pas maîtriser mais à laquelle nous nous sommes intéressés, se trouve le sexe chromosomique qu'il faut rechercher. Nous savons, depuis les cours de Science et vie de la Terre que la séquence humaine se compose de 23 paires de chromosomes identiques, et que seule la dernière diffère entre les hommes et les femmes. Ainsi, la séquence génétique masculine prend la forme de 46 XY tandis que celle des femmes prend la forme de 46 XX. Dès lors, après de nombreuses théories sur l'élément déterminant du sexe chez l'Homme, c'est Miss STEVENS, alors étudiante du Professeur

[291] G., CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes,* 9ème édition, Montchrestien, 1999, p.19 et 20.
[292] L., LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », *in Le sexe, la sexualité et le droit,* Actes du XVIIème colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Paris, Téqui, 2002, p.47.
[293] L., LEVENEUR, *Ibidem.*
[294] J., de GANCK, *Le sexe, une invention moderne ? Histoire des réactions face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine 1830-1914,* Université des femmes, coll. Cahiers de l'UF, n°8, 2012, p.70-71.

WILSON, qui découvre au début du XXème siècle que le sexe de l'individu est déterminé par le chromosome X[295].

55 . Cependant, concomitamment à l'émergence de nouveaux droits de la personnalité et de l'importance du rôle de l'éducation dans la fabrication de l'identité sexuelle des personnes, une acception psychologique, subjective du sexe s'est élevée. C'est ainsi qu'est née la notion de sexe social ou psychosocial : *a new sex is born*[296]. Par ailleurs, il existe des cas dans lesquels les composantes du sexe dénotent les unes des autres, pourtant, l'état civil indique un sexe bien déterminé, peu importe que la personne ait le comportement ou l'apparence opposé. Ainsi, le schisme conceptuel du sexe peut avoir diverses sources qui vont, soit être la manifestation de la volonté de la personne (nous pensons aux *queer*, aux *drag queen* ou encore aux lesbiennes *butch* qui malgré l'absence d'anomalies chromosomiques et hormonales préfèrent arborer en toute conscience l'apparence du sexe opposé), soit par une cause extérieure, aux caractéristiques proches de la force majeure, c'est-à-dire, un « état intersexuel »[297].

56 . Le sexe est donc un concept fragmenté (I), ses différentes composantes devraient être unifiées afin que le sexe visible, qui est le sexe juridique, reflète la vérité sur la personne pour que le caractère probatoire de l'état civil ne soit pas altéré. Néanmoins, les états intersexuels n'arrangent pas la confusion ambiante qui règne autour du sexe et rendent ce concept de moins en moins certain ainsi que la frontière en le masculin et le féminin de moins en moins marquée (II).

[295] J., de GANCK, *Ibidem.*
[296] « Un nouveau sexe est né ».
[297] J., DECOURT, P., GUINET, *op. cit.*

I . Le sexe, un concept intrinsèquement fragmenté

57 . « *Il existe plusieurs sexe* »[298], affirmait John MONEY, psychologue et sexologue néo-zélandais, pionnier des questions sur le genre rapportées aux études sur l'hermaphrodisme. Le Droit ne saurait le contredire, en effet, il existe bien plusieurs sexes : homme ou femme. Mais notre conception juridique du sexe n'existe que dans un but purement utilitariste et seule cette distinction naturelle était utile au Droit qui attribuait un régime juridique distinct aux hommes et aux femmes. Mais il nous semble restrictif et contreproductif de définir le sexe par la faculté exclusive d'être un homme ou une femme ; puisque les questions qui suivraient seraient alors : Qu'est-ce qu'un homme ? Qu'est-ce qu'une femme ? C'est peut-être pour éviter de répondre à ces deux questions que le législateur ne s'est, depuis 1804, pas donné la peine de définir ce qu'est le sexe, tout en le restreignant en une catégorisation dichotomique non justifiée[299]. Le sexe vise donc, juridiquement, « *l'ensemble des individus de même appartenance sexuelle* »[300] en fonction de leurs organes génitaux, mais aussi de leurs caractéristiques secondaires. Cependant, le seul critère permettant d'inscrire une personne à l'état civil, reste la forme de ses organes génitaux. En effet, l'inscription ayant lieu dans les cinq jours de la naissance de l'enfant, les caractéristiques secondaires, qui se manifestent à l'adolescence, ne sont, par définition, pas encore visibles, et seuls les organes génitaux externes vont fonder l'existence juridique du garçon ou de la fille. De fait, même si la définition du sexe est une tâche médicale[301], il semblerait qu'elle ne soit pas si aisée pour constater juridiquement le sexe d'une personne, les parents vont déclarer sur l'honneur selon l'expertise « sur pièce » établie par le médecin.

58 . Mais nous avons vu que la médecine, par le progrès, la faculté d'investigation et la curiosité qui la caractérisent a pu déterminer que le sexe n'est qu'une addition de plusieurs composantes (A) qui seront au fil du temps prises en compte par la jurisprudence[302]. Mais la

---

[298] J., MONEY, « Sex reassignment as related to hermaphrodism and transsexualism », *in Transsexualism andsex reassignment,* Baltimore, John Hopkins University Press, 1969, p.91.
[299] *D.,* 1904. 1, 395, concl. BAUDOUIN sous Civ. 6 avril 1903.
[300] GILBERT-DREYFUS, *Les intersexualités,* Paris, PUF, 1972, p.5.
[301] TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 ; M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.655 ; J., CARBONNIER, *Les personnes,* PUF, n°75.
[302] V. notamment Cass., 16 déc. 1975, *JCP*, 1976, II, 18509 ; CA Agen, 2 fév. 1983, *Gaz. Pal.,* 1983, J, 603 et s. ; Cass., 30 nov. 1983, *D.,* 1984, J, 168 ; CA Paris, 17 fév. 1984, *D.,* 1985, J, 352 ; CA Bordeaux, 1ère ch., 5 mars 1985 ; Cass. 3 mars 1987, *Gaz. Pal.,* 1987, Panorama 114 ; CA Rouen, 9 mars 1987 ; Civ. 1ère, 31 mars 1987, *D.,* 1987, IR, 92 ; Civ.1ère, 7 juin 1988, *Bull. Civ.,*

condamnation des juges de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H.) en 1992[303] sur le sujet du transsexualisme a forcé la jurisprudence interne à revoir sa conception du sexe dans son intégralité, avant que le législateur n'intervienne finalement en 2016 par la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle[304], qui, en reconnaissant un droit au changement de sexe, reconnaît l'équivalence des composantes de ce dernier. Jusqu'à ces événements, la vision du concept de sexe par le Droit était restrictive (B) créant un premier fossé avec la médecine qui avait déjà reconnu l'intégralité des composantes.

A . Les composantes du sexe

59 . Le sexe tel qu'appréhendé par le Droit ne suffit pas pour saisir toutes les nuances de cette notion médicale complexe[305]. En effet, au fil des découvertes scientifiques autour des différentes disciplines médicales, il est admis que le sexe n'est pas une notion unitaire et se compose en réalité de cinq éléments (1) qui peuvent être scindés en deux groupes que visent les composantes objectives et la composante subjective (2).

I, n° 76, p., 122 ; Civ.1ère, 10 mai 1989, *Bull. Civ.,* n°189, p. 125 ; Civ.1ère, 21 mai 1990 (4 arrêts), *D.,* 1990, IR, 139 ; *JCP*, 1990, IV, 276 ; *JCP,* 1990, IV, 21588.

[303] CEDH, 25 mars 1992, B. *c/ France*, n°13343/87, J., HAUSER, *D.,* 1992, 325 ; C., LOMBOIS, *D.,* 1992, 323 ; J.-F., RENUCCI, *D.,* 1992, 325 ; J.-P/. MARGUÉNAUD, *D.,* 1993, 101 ; G., MÉMETEAU, *JCP G.,* n°5, 1993, II, 21991.

[304] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

[305] J., MASSIP, « Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *D.,* 1991, p. 169.

1 . Les cinq sexes

60 . L'existence des composantes du sexe émane de la médecine moderne qui a affirmé que le sexe comportait des éléments complexes[306]. Même si ce point fait l'unanimité, la doctrine médicale s'est quelque peu éparpillée quant à la détermination des dites composantes, c'est ainsi qu'il a été question de sexe génétique, chromosomial, chromatinien, gonadique, germinal, gamétique, gonophorique interne / externe, hormonal, somatique ou encore social[307]. En dépit de cette pléthore de terminologies, cinq composantes ressortent[308], nous les classerons de la plus enfouie à la plus visible[309].

61 . Ainsi, le sexe chromosomique ou génotypique constitue la première composante du concept[310]. Il est déterminé par le caryotype qui établit les séquences chromosomiques des personnes. Le caryotype est normalement constitué de 46 chromosomes réunis en paires dont la dernière déterminera le sexe : les garçons auront des hétérochromosomes XY tandis que les

---

[306] TGI Créteil, 22 octobre 1981 ; TGI Paris, 24 novembre 1981 et 16 novembre 1982.

[307] J., PETIT, L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel, *RTD civ,* 1976.263 et s., spéc. p. 269.
Nous ne passerons pas en revue les différentes terminologies qui ont été employées au fil des années, nous utiliserons les plus simples à comprendre, dans un souci de vulgarisation médicale.

[308] J., PETIT, *op. cit.*, p. 269 ; J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*, p.9 ; E., PEYRE, J., WIELS, M., FONTON, « Sexe biologique et sexe social », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes,* Paris, CNRS Editions, 2002, p.27.

[309] Nous écartons ici les théories qui n'ont pas trouvé de consensus scientifique. Ainsi l'étude du phénotype osseux n'a pas été retenue par nous, v. E., PEYRE, « Etude qualitative et quantitative de la population mérovingienne de la nécropole de Maule (France, Yvelines), 1977, *Thèse de Doctorat de 3ème cycle,* Paris VI ; J.-L., HEIM, « Le dimorphisme sexuel du crâne des Hommes de Neandertal », *L'anthropologie,* 1982, n°85, p.193-218 ; C., BERGE, « Effet de taille et d'adaptation à la locomotion terrestre : analyse multidimensionnelle du pelvis (Primates Catharhiniens, Carnivores) et implications dans l'évolution des Hominidés », *Thèse de Doctorat d'Etat ès sciences naturelles,* 1988, Paris VII ; E., PEYRE, J., WIELS, M., FONTON, « Sexe biologique et sexe social », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *op. cit.*, p.28, 34, 36-37.
De même que la définition du sexe en huit composantes, qui, selon nous, n'a pour seul objet que de rendre le sujet plus complexe et moins accessible, ne faisant en aucun cas preuve d'esprit de synthèse, qualité requise pour les travaux que nous présentons, v. GILBERT-DREYFUS, *op. cit.*, p.5-6. Enfin, il a notamment été soutenu que les composantes du sexe étaient au nombre de quatre, comprenant le sexe chromosomique, hormonal, anatomique (apparent) et psychosocial. Cette conception simpliste et vulgarisante brille néanmoins par sa facilité de compréhension. Mais elle ne s'attache qu'aux conséquences ultimes de chaque composante. Nous nous expliquons : ainsi le sexe gonadique n'a rien de différent avec le sexe hormonal, si ce n'est que le sexe gonadique engendre le sexe hormonal, il ne peut y avoir d'hormone sans gonades. De même que le sexe anatomique apparent ne comprend pas uniquement les organes génitaux mais tout ce qui de l'extérieur rend plausible la masculinité ou la féminité d'un individu. En revanche, les organes internes sont passés sous silence, rendant la doctrine favorable aux quatre composantes nostalgiques, de la jurisprudence de la Chambre civile de la Cour de cassation du 6 avril 1903. v. L., LEVENEUR, *Ibid.*, p.77 ; A.-M., RANJON, « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », *in* C., NEIRINCK, *L'Etat civil dans tous ses états,* LGDJ, 2008, p.74 ; J., MASSIP, « Le transsexualisme : état de la question », *Defrénois,* 15 sept. 1992, n°17, p.1009 [En ligne : http://www.lextenso.fr.www.ezp.biu-montpellier.fr/weblextenso/article/print?id=AD1992DEF1009N1. Consulté le 06 janvier 2016] ; J., MASSIP, « Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *D.*, 1991, p.169, Rapport sous Civ.1ère, 21 mai 1990 ; L.-E, PETTITI, *Les transsexuels,* PUF, coll. « Que sais-je ? », 1992, p.98-99 ; TGI Créteil, 22 octobre 1981 ; TGI Paris, 24 novembre 1981 et 16 novembre 1982.

[310] Il est aussi question du sexe génétique, dans le sens où il est révélé par l'action des généticiens, v. J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.455.

filles seront caractérisées par le double chromosome X. La configuration de cette dernière paire de chromosomes entraîne celle des hormones sexuelles, qui elle-même entraîne la détermination des gonades et donc la détermination du sexe gonadique[311]. Aujourd'hui, avec le « *Testis Determining Factor* », (D.T.F.)[312], nous savons que le déterminisme sexuel est purement masculin, donc au commencement tous les fœtus sont neutres ou bisexués puis l'action ou l'inaction du chromosome Y les fait évoluer en garçon ou les laisse devenir des filles[313]. Le sexe chromosomique est désigné comme étant le sexe fondamental[314] à cause de la primeur avec laquelle il apparait, c'est le premier sexe qui est déterminable, mais également en fonction de son intangibilité, l'individu pourrait avoir à cœur de tromper les apparences sur son sexe, son caryotype ne changera jamais[315].

62 . Le déterminisme chromosomique étant posé, les hormones vont intervenir afin de parfaire le sexe de l'embryon. Sous l'influence des hormones mâles et femelles, androgènes et œstrogènes, dès la neuvième semaine de gestation, les testicules et les ovaires vont commencer à se former. Comme nous l'avons précisé ci-avant, le déterminisme sexuel est exclusivement masculin, dès lors, ce ne sera qu'en l'absence d'hormones mâles que les gonades femelles se produiront, faisant du processus de féminisation de l'embryon un processus passif. Le sexe hormonal, dans la plupart des cas, est concordant avec le sexe gonadique, puisque ce dernier dépend des hormones sécrétées. Mais, il existe de rares hypothèses pour lesquelles hormones et gonades ne concordent pas. Pour l'instant nous n'illustrerons ces hypothèses que par un unique exemple : celui de l'insensibilité aux androgènes caractérisée chez un individu au caryotype 46XY, donc mâle. Cette configuration chromosomique engendre donc la production la production d'androgènes qui n'aura aucun effet sur la suite du développement sexuel de l'embryon. Ce dernier étant insensible aux androgènes, il se développera comme une fille, et malgré un caryotype masculin sera porteur de gonades et d'organes génitaux féminins non fonctionnels. Enfin, notons que le sexe hormonal peut être inné ou acquis. Il est inné lorsque les hormones sont naturellement sécrétées, il est acquis quand elles sont injectées chez la personne porteuse d'ambiguïté

[311] Gonades ou Glandes endocrines : « Sont sous le contrôle de l'encéphale via le complexe hypothalamo-hypohysaire et agissent par la production d'hormones sur le phénotype en impulsant la différenciation des caractères sexuels », E., PEYRE, J., WIELS, M., FONTON, *Ibid.*, p.27.

[312] D. C., PAGE et al., « The Sex-Determining Region of the Human Y Chromosome Encodes a Finger Protein », *Cell,* n°51, p.1091-1104.

[313] P.-A., JACOBS, J.-A., STRONG, « A case of human intersexuality having a possible XXY sex-determining mechanism », *Nature*, n°183, 1959, p.302-303 ; V. également J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.455-456 qui affirme qu'en vertu de ce déterminisme masculin, le véritable sexe fondamental serait le sexe féminin.

[314] J., PETIT, *Ibid.*, p. 269 : J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.455.

[315] La jurisprudence s'y réfère pour refuser les changements de sexe pour les cas de transsexualisme, v. CA Paris, 18 janvier 1974, *D.,* 1974-J-196 ; *Gaz. Pal,* 1974-1-158 ; *RTD Civ.,* 1974, p.801, obs. R., NERSON ; CA paris, 1ère ch., section C, 24 février 1978, *Gaz. Pal.,* 1979, somm. 48 ; *JCP*, 1979-II-19202. *Journal des Notaires et des Avocats,* 1979, p.373, n°3.

sexuelle (dans ce cas il s'agit d'injecter les hormones du probable sexe chez une personne qui comporte les caractères des deux sexes), ou chez la personne transsexuelle qui entreprend un processus de changement de sexe.

63 . Quant au sexe gonadique, il n'est pas une composante exclusive, il fait, en effet partie, de la troisième composante du sexe : le sexe phénotypique. Cette facette du sexe regroupe tous les « *aspect[s] existentiel[s] physiologique[s]* »[316], et constitue l' « *organisation définitive, masculine ou féminine* » [317]. Dès lors, le sexe phénotypique est lui-même composé du sexe gonadique, des organes génitaux externes et internes et des caractéristiques sexuelles secondaires. D'abord, le sexe gonadique, ou sexe primordial, n'apparaît qu'au début de la vie embryonnaire, entre 45 et 50 jours, sa construction est achevée par l'œuvre des hormones, et aboutit à la fabrication des testicules et ovaires[318]. Ensuite, les organes génitaux externes et internes constituent la deuxième sous-catégorie de sexe phénotypique, ce sont les sexes primaires. Pour la femme, les organes génitaux externes seront caractérisés par la présence d'un vagin, l'utérus constitue son homologue interne. Pour l'homme, il s'agit d'une part du pénis et d'autre part de la prostate. Enfin, le phénotype ne saurait être complet sans les caractéristiques sexuelles secondaires, ou sexe somatique. Ces caractéristiques achèvent réellement la différenciation physique entre les sexes et correspondent à tous les éléments visibles, autres que les organes génitaux, permettant d'affirmer que cette personne est une femme ou un homme. La plupart de ces caractères apparaissent à l'adolescence. Chez la jeune fille, ils se manifestent par l'élargissement des hanches, la poussée des seins ou encore l'apparition des menstrues, chez le jeune homme, nous constaterons un élargissement du torse, une pilosité générale abondante et la tant redoutée mue de la voix[319]. L'ensemble de ces indicateurs constitue aussi le sexe morphologique[320] qui offre ainsi une vision collective des sexes visibles[321].

64 . La quatrième composante est le sexe légal, il dépend exclusivement du sexe mentionné à l'état civil de la personne qui lui-même dépend de l'apparence des organes

---

[316] J., DECOURT, P., GUINET, *Les états intersexuels,* Paris, Librairie Maloine, 1962, p.9

[317] *Ibidem.*

[318] Le sexe gonadique est parfois appelé sexe hormonal. Lorsqu'on le définit ainsi, on s'attache plus au processus de mise en place des gonades, qui dépendent exclusivement des actions, ou inactions hormonales. Au fond, nous pensons qu'il est erroné de confondre les deux termes. En effet, il est des cas que nous relaterons plus tard, dans lesquels, la personne est bien porteuse de gonades qui ne sécrètent aucune hormone, ou qu'une même personne possède les deux types de gonades sans sécrétion d'hormones ou en n'en sécrétant qu'un seul type. Nous pensons donc qu'il faille distinguer le sexe gonadique du sexe hormonal, c'est d'ailleurs le parti que nous avons pris dans les lignes qui précèdent.

[319] Qui n'aura cependant pas lieu chez les castrats.

[320] L., LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », *in Le sexe, la sexualité et le droit,* Actes du XVIIème colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, p.77.

[321] L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Introduction aux études sur le genre*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2012, p.34.

génitaux externes à la naissance, sans considération des anomalies physiques, chromosomiques ou hormonales dont elle pourrait être frappée[322]. Au regard de ces constatations, une grande partie de la doctrine qualifie l'interdépendance entre les organes génitaux externes et le sexe légal de « *naïve et périmée* »[323], point de vue partagé par la Cour européenne des Droits de l'Homme et par nous-même. S'il est vrai qu'auparavant le sexe légal permettait le rattachement au groupe social et coïncidait avec le sexe éducatif[324], l'essor des libertés et droits fondamentaux accompagné du recours *quasi* systématique à la notion à contenu variable de vie privée, font du sexe un élément malléable à merci par la personne qui le porte. D'autant plus que les groupes sociaux visés sont de plus en plus nombreux depuis l'émergence de la notion de genre. Il n'existe plus des hommes et des femmes strictement définis, mais des *queers, drag queens*, transgenres, cisgenres etc.

65 . La dernière composante est la plus récente et il s'agit du sexe psychique ou du sexe psychosocial qui va résulter, entre autres, de l'éducation, des habitudes, de l'habillement et des besoins de la personne[325]. Il est le seul sexe sur lequel, originellement la personne ait une emprise, puisqu'il correspond à la manière dont elle décide d'apparaître au Monde, ce qui implique la maîtrise du libre arbitre et la conscience du pouvoir d'autodétermination de chacun[326]. M. BRANLARD fait preuve d'une délicate justesse en affirmant que ce sexe psychosocial[327] correspond à la conscience d'identité sexuelle[328], définie comme étant la « *représentation* […] *subjective* [que se fait la personne] *de son être le plus intime* »[329]. Cette composante est liée au sujet, « *agent social* »[330], en fonction de son identité, sa perception des différences[331] issues « *des symboles et des significations que les divers systèmes culturels* [lui] *attribue* »[332].

---

[322] *D.,* 1904. 1, 395, concl. BAUDOUIN sous Civ. 6 avril 1903 ; A.-M., RANJON, *op. cit.*, p.74.
[323] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.457.
[324] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.458.
[325] J., COHEN, *Sexualité inhabituelle,* Tournai, Casterman poche, 1970, p.10-12 ; J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique,* Paris, LGDJ, 1993, p.463.
[326] TGI Niort, 5 janvier 1983, *Gaz. Pal.,* 1983, Rec. Des somm. 264.
[327] Notons que l'auteur refuse de nommer cette cinquième composante ainsi et préfère l'appellation de « psychisme sexuel » sous-entendant le vécu sexuel. Nous partageons cette approche mais délibérément nous ne la ferons pas apparaître dans l'économie de notre démonstration pour ne pas l'encombrer de termes synonymes trop nombreux qui pourraient en altérer la compréhension. D'autant plus que nous reviendrons sur ce vécu plus loin.
[328] J.-P., BRANLARD, *Ibid.,* p.462.
[329] J.-P., BRANLARD, *Ibid*., p.463.
[330] V., STOLCKE, « Is sex to gender as race is to ethnicity ? », *in* T., DEL VALLE, *Gendered Antrhopology,* 1993, London & New-York, Routledge, EASA, p.19.
[331] H.-L., MOORE, « The differences within and the differences between », *in* T., DEL VALLE, *Gendered Antrhopology,* 1993, London & New-York, Routledge, EASA, p. 193-204.
[332] C., BARRAUD, « De la distinction de sexe dans les sociétés. Une présentation », *in* C., ALES et C., BARRAUD (dir.), *Sexe relatif ou sexe absolu?,* Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2001, p.30.

Cette composante psychosociale du sexe est apparue avec la question transsexuelle posée vers la fin du milieu du XXème siècle aux juridictions françaises tenant aux demandes de changement de sexe. Auparavant, l'aspect social du sexe ne pouvait être sujet à discussion, ni à construction volontaire, puisque l'éducation donnée aux enfants était imprégnée de la notion dépassée de rôles sociaux. Aucune justification empirique ne justifiait qu'un jeune garçon n'assiste pas aux cours de couture ou qu'une jeune femme ne suive les cours des Facultés de Droit. Il était d'ailleurs fortement déconseillé aux parents, et même jusqu'à la fin du XXème siècle, d'éduquer les enfants de manière uni-sexe[333], afin d'éviter que le sexe psychosocial, si tant est qu'il existe, ne diffère du sexe légal ou ne deviennent des adultes déviants.

66 . Une analyse plus précise de ces composantes fait apparaître la possibilité d'une catégorisation dichotomique, tant appréciée du juriste. En effet, la doctrine admet que ces cinq composantes peuvent être réparties en deux groupes : les composantes objectives et la composante subjective[334].

2 . Essai pour une classification

67 . Le premier groupe pourrait être requalifié de composantes médicales, puisqu'il regroupe tous les aspects du sexe qui peuvent être médicalement constatés. En font donc partie, le sexe chromosomique, le sexe hormonal et le sexe phénotypique. Il s'agit des composantes qui sont hors de portée de la volonté et qui sont indéniablement soumises au déterminisme du corps. Nous pouvons aussi remarquer que dans cette catégorie, toutes les composantes constituent des facteurs « interdépendants »[335], donnant ainsi l'impression d'un

[333] Délégation du Saint-Siège, Conférence ministérielle sur les Droits de l'Homme, (Vienne, mars 1985), cité par le Cardinal E., GAGNON, *La vie parentale, biologie, morale et droit ;* Discours d'ouverture, p.23, Ed. Téqui, 1985.
[334] L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p.76 ; J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.455-456 ; G.-M., FAURE, « Transsexualisme et indisponibilité de létat des personnes », *RDSS,* 25 (1), janv.-mars 1989, p.3, 5 ; A., DEBET, *Ibid.*, p.21. [En ligne :http://www.lextenso.fr] Consulté le 25/05/2016.
[335] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*, p.9.

déterminisme sexuel en cascade[336]. Seul le sexe chromosomique n'est sujet à aucun déterminisme puisque c'est la « loterie génétique » qui décidera de la venue du chromosome Y ou non. Une fois ce chromosome installé ou le double chromosome X confirmé, ce sont les hormones qui vont apparaître pour pouvoir construire les gonades correspondantes, qui elles-mêmes vont déboucher sur la formation des organes génitaux externes et internes. Ces mêmes hormones reviendront à la puberté pour faire développer les caractères sexuels secondaires. Nous écartons volontairement la prise d'hormones puisque nous généralisons et parlons d'individus qui ne présentent aucune ambiguïté sexuelle, ni aucune dysphorie de genre. Enfin, le sexe légal jusqu'alors, n'est conditionné que par l'apparence du sexe, donc par l'appareil génital.

68 . Le second groupe est plus problématique. En effet, un bref regard sur les composantes du premier suffit pour s'apercevoir que la catégorie des composantes subjectives n'en comporte qu'une ! Le sexe psychosocial[337]. Nous avons du mal à concevoir qu'un groupe ne puisse se composer que d'une seule proposition. Dès lors, nous sommes plus ou moins parvenus à atténuer ces questionnements. D'une part, à la lecture de la thèse de M. BRANLARD, qui fait ressortir deux aspects de ce qu'il appelle le psychisme sexuel, notre sexe psychosocial[338]. Une simple décomposition du terme suffit à l'expliquer : dans ce second groupe se trouve le sexe psychologique et le sexe social, qui composent l'identité sexuelle. Le sexe psychologique, est l'intime conviction sexuée de la personne, tandis que le sexe social est le sexe dans lequel elle apparaît en société. Si ce dernier est cohérent avec le premier, l'identité sexuée est complète. Cependant, admettre un sexe psychologique et social tend à remettre en cause les démonstrations précédemment développées, mais aussi à ajouter une nouvelle composante qui ne semble pas opportune tant le terme de « sexe psychosocial » vise aussi bien les aspects psychologiques et sociaux du sexe.

D'autre part, nous percevons une possible issue dans la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, telle qu'adoptée le 12 octobre 2016. En effet, l'article 56 de la loi a inséré dans le Code civil un article 61-5 qui dispose que « *toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification* ». À la lecture de cette disposition nous

[336] J., de GANCK, *Ibid.*, p.70-71.

[337] Sur les raisons de cette appellation, v. P.-H., CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p. 109. En effet, il s'agit de désigner « la dimension psychologique s'objective dans le comportement et les interactions », c'est-à-dire, les rapports sociaux.

[338] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.462-463.

déduisons que le sexe légal pourrait être une composante subjective puisqu'il suffit que la personne se « présente » dans un sexe différent que celui inscrit sur son état civil, donc différent que celui déductible de ses organes génitaux, pour en demander le changement juridique. D'autant plus que l'article poursuit en énumérant non exhaustivement les indices qui pourront emporter la décision des juges : il s'agit presqu'exclusivement d'indices fondés sur l'apparence publique, sociale du demandeur. Nous en déduisons que le sexe légal est en passe de devenir une composante hybride : originellement objective, mais potentiellement subjective.

69 . De manière beaucoup plus primaire, la classification peut être plus simple et n'être envisagée que par la binarité sexuelle que nous connaissons : le sexe féminin et le sexe masculin. Que ce soit en Droit ou dans la conscience collective, le sexe n'est envisagé que par sa binarité, nous ne pouvons être qu'homme ou femme. Nous nous sommes demandés si ces composantes étaient adaptées à cette binarité. D'abord, pour le sexe chromosomique, l'analyse du caryotype nous montre bien que la dernière paire de chromosome est celle qui indique la différenciation sexuelle : 46 XY pour les hommes et 46 XX pour les femmes. Seulement, au milieu du XXème siècle, en 1959 exactement, des généticiens découvrent qu'il existe des personnes mâles avec un caryotype inhabituel, ces dernières ont bel et bien le chromosome Y, mais bien plus qu'un seul chromosome X (XY, XXY, XXXY), voire bien plus que 23 paires de chromosomes. Ce phénomène est également constaté sur les individus femelles (XO, XX, XXX, XXXX)[339]. Ces anomalies chromosomiques correspondent à environ 4% des caryotypes[340], mais permettent d'affirmer que le sexe chromosomique n'est pas un critère fiable à 100% pour ce qui est d'affirmer la binarité sexuelle.

De même le sexe hormonal n'est pas non plus le critère le plus fiable dans la preuve d'une binarité déterminée, pour deux raisons. D'abord, nous savons que même si une personne *a priori* de sexe chromosomique masculin sécrétait des androgènes, son organisme pouvait y être insensible, cette personne aurait donc une apparence et des organes génitaux internes féminins. Puis, nous savons que le sexe hormonal peut être soit inné, soit acquis. Dans cette dernière hypothèse, une personne sans aucune ambiguïté physiologique, mais dont le sexe psychosocial dénote avec les autres composantes – nous parlons de transsexualisme - pourra, dans le cadre du protocole de changement de sexe, se faire prescrire les hormones du sexe

[339] E., PEYRE, J., WIELS, M., FONTON, *Ibid.*, p.28-30.

[340] L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », *D.,* 1981-I-140, p.143 ; Rapport d'information fait au nom de la délégation des droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions, n°441, 23 février 2017, p. 13 et s.

revendiqué. De fait, le sexe psychosocial ne sera plus le seul en contradiction avec les autres, le sexe hormonal le sera également. La position sera plus nuancée pour le phénotype. En effet, pour les gonades, hors les cas d'ambiguïté sexuelle dans lesquels la personne possède les deux gonades, elles sont suffisantes à caractériser la binarité. D'autant plus que les canons de la féminité et de la masculinité ont changé, l'homme et la femme n'ont plus uniquement un but procréatif et la stérilité de l'un ou l'autre n'altère en rien leur qualité d'homme ou de femme. Il en est de même avec les organes externes et internes, pour lesquels l'imperfection n'est pas suffisante à remettre en cause la binarité, à partir du moment où ils sont reconnaissables[341]. Enfin, les caractéristiques secondaires dépendent essentiellement de la sécrétion d'hormones au moment de l'adolescence, les conséquences en termes de binarité sont donc les mêmes.

Le sexe légal de l'état civil ne connaît que le masculin et le féminin, et fait fi d'une apparence physique qui lui serait contraire ou d'une personne qui appartiendrait aux deux sexes en même temps.

70 . Dès lors, au regard de l'absence d'une binarité constante dans les composantes du sexe nous pouvons affirmer qu'il n'existe « *aucune limite infranchissable entre les caractères femelle et mâle* »[342] par le simple fait que les « *données biologiques ne permettent* […] *pas de conclure à l'existence de deux sexes incommensurables et stables* »[343]

71 . Le Docteur Ariane GIACOBINO, généticienne du Centre hospitalier universitaire de Genève, affirme que « *le sexe est pluriel. Il est donc génétique, déterminé par des chromosomes. Mais il est aussi gonadique (selon que l'on possède des ovaires ou des testicules), hormonal, phénotypique (selon ce que l'on voit) et enfin social (selon le genre dans lequel l'enfant a été élevé)* »[344]. Nous n'en doutons pas, le « *sexe est insaisissable* » [345]. Mais il fallait que le sexe, pour être appréhendé par le Droit devienne plus tangible, plus simple. Dès lors, *« pour se servir du sexe, qui est composé,* […] *de plusieurs indicateurs, plus ou moins corrélés entre eux, et dont la plupart sont des variables continues – susceptibles de degrés – il faut réduire ces indicateurs à un seul, pour obtenir une classification dichotomique* »[346] .

---

[341] *D.,* 1904. 1, 395, concl. BAUDOUIN sous Civ. 6 avril 1903.
[342] Reformulé par l'auteur, à partir de E., BEAULIEU et F., HAOUR, « Les différences physiologiques entre l'homme et le femme », *in* E., SULLEROT (dir.), *Le fait féminin,* Fayard, 1978, p. 142.
[343] Ph., REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G,* n°42, 17 octobre 2011, doctr. 1140.
[344] Propos recueillis par P., LEDERREY, « Ces enfants entre masculin et féminin », *Migros Magazine,* 31 mars 2014.
[345] F., VIALLA, *Les grandes décisions du droit médical,* LGDJ, 2009, p.112 et s.
[346] C., DELPHY, *L'ennemi principal,* t. 2, Penser le genre, Syllepse, 2001, p. 252.

C'est ce qu'a donc fait le Droit qui s'est d'abord attaché à la composante la plus prégnante et la plus immédiate, la première constatée lors de la naissance d'une personne : la conformation de ses organes génitaux externes.

B . La conception juridique du sexe : une approche restrictive, incomplète et erronée

72 . Deux appréhensions juridiques du sexe peuvent être soulevées, l'une large, l'autre étroite. Ainsi, notre conception large tend à restreindre l'appréhension du sexe par les juges à la seule apparence des organes génitaux leur permettant ainsi de « *constater une situation de fait* »[347]. La première trace commentée de cette conception reste sans aucun doute la décision précitée de la Cour de cassation du 6 avril 1903, mais des décisions datant du XIXème siècle l'avait déjà adoptée[348], toujours dans le seul but de sauvegarder l'institution du mariage[349]. Cependant, cette sauvegarde se voyait frappée de l'approche la plus primitive du mariage : la procréation, dont la condition *sine qua non* – à l'époque – reste la différence de sexe des époux, condition substantielle[350] du mariage. Nous assistons donc à la mise en avant de la composante phénotypique mais appliquée de façon restreinte car seule la conformation des organes génitaux ne compte[351]. Or, la procréation nécessite bien plus qu'une apparence de différence de sexe, encore faut-il que les gonades mâles et femelles produisent les substances nécessaires à la fécondation. Qu'importe le flacon, pourvu qu'il ait l'ivresse[352] ! Et la jurisprudence a longtemps admis que l'incapacité de procréer pouvait être une cause de nullité du mariage, même en cas de différence de sexe apparent[353], de la même manière que

[347] TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979, *D.,* 1981, p.217.
[348] CA Trèves, 27 janvier et 11 juillet 1808, *Jur. gén.,* v° Mariage, n°76 ; Tribunal de la Seine, 18 avril 1834, *affaire Beaumont, Gaz. Des trib. Des 3, 17 et 26 avril* 1834 ; Tribunal d'Ambert, 5 juin et 14 aout 1854, *affaire Bravard*-Veyrières (inédit) ; Darbousse *c/ dame Jumas,* Tribunal civil d'Alais, 29 avril 1869 ; CA Nîmes, 29 novembre 1869 ; Civ., 15 janvier 1872, *D.*, 1872-I-52 ; CA Montpellier, 8 mai 1872, *D.P.,* 1872-2-48.
[349] R., NERSON, « Rectification de l'acte de naissance : le changement de sexe », *RTD civ.,* 1966, p. 77.
[350] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.459.
[351] L., LEVENEUR, *Ibid.,* p.78.
[352] A., DE MUSSET, *La coupe et les lèvres,* 1832.
[353] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.457-459.

l'inaptitude sexuelle[354]. Éclairés de ce que nous savons désormais sur les visages du sexe, nous ne pouvons que relever l'incohérence de ces propos jurisprudentiels. Fort heureusement, et contre toute attente, c'est bien la décision du 6 avril 1903 qui vient mettre un terme à cette confusion, désormais il suffit que « *les sexes soient différents et reconnaissables, peu importe leur imperfection ou leur faiblesse qui ne constituent qu'une impuissance accidentelle ou naturelle et qui n'est pas une cause de nullité* »[355]. Deux éclairages sont apportés par cette jurisprudence : le sexe apparent, même s'il est imparfait (petit pénis ou clitoris hypertrophié, comme en l'espèce) entre les époux doit être différent et l'impuissance à la procréation n'est plus une cause de nullité du mariage[356]. En définitive, le Droit ne définit plus le sexe par sa finalité, c'est-à-dire, l'aptitude à la reproduction[357], pour la simple et bonne raison que le but de l'institution du mariage a changé et en 1903, les juges sont plus centrés sur les obligations du régime primaire que sur la reproduction[358]. Le côté « pratique » du mariage signe la fin de son mandat lorsqu'en 2003, la Cour d'appel de Caen dissocie clairement le sexe et le mariage en ordonnant un changement d'état civil, en faveur d'une personne transsexuelle, peu de temps après son mariage. Le Ministère public relevait alors la nullité du mariage puisque les deux époux seraient dorénavant du même sexe. Seulement, pour la Cour d'appel, les raisons qui maintenaient la différence de sexe en grâce comme condition substantielle du mariage n'existent plus. Seuls résistent les « *motifs* [universels][359] *d'ordre affectif et d'assistance économique* », puisqu'ils ne sauraient être incompatibles avec l'institution du mariage[360].

De fait, la différence de sexe ayant été écartée, les propos de Mme le Professeure Marie-Laure RASSAT prennent tout leur sens lorsqu'elle qualifie de « *grosse erreur* » l'idée acquise selon laquelle la définition du sexe se trouve dans la jurisprudence sur le mariage[361]. Seule la justification change. Ici, le sexe ne peut être défini par le mariage car il n'en est plus une condition substantielle – et plus encore depuis la loi de 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe – tandis de Mme RASSAT, ne semble pas nier le lien entre binarité sexuelle et

[354] Trib. civ. Lille 22 novembre 1900 (nullité du mariage) et CA Douai 14 mai 1901 (arrêt confirmatif) : Maintenir le mariage dans ces conditions aurait pour conséquences pour l'époux qu'« *il ne rencontrerait ni la satisfaction des besoins sexuels, ni l'espoir* […] *de porter son affection sur sa descendance, [ce qui le conduirait inévitablement à* [l'] *adultère* [et à l'] *abandon de sa femme* » ; v. Ph., REIGNÉ, *op. cit*.

[355] Civ., 6 avril 1903, *D.*, 1904. 1. 395, *Sirey,* 1904. 1. 273, note Whal.

[356] Pour un rappel v. CA Paris, 1ère ch. suppl. 8 décembre 1967, *JCP,* 1968-II-15518 bis, note P.N. ; *D.,* 1968-J-289 ; *RTD Civ.* 1968, p.536, n°2, obs. R., NERSON.

[357] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*, p.8.

[358] Civ., 6 avril 1903, *op. cit*.

[359] Ajouté par nous.

[360] CA Caen, 12 juillet 2003, inédit, cité par I., MAUGIER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. Famille,* 2005, étude 18, n°3.

[361] M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.660.

mariage puisqu'elle utilise un argument de logique imparable : le mariage est une des conséquences du sexe et il ne convient pas de définir une notion à partir de ses conséquences.

73 . Notre conception étroite du sexe, tient son caractère restrictif du fait de la prise en compte non concertée de la part des juges des différentes composantes du sexe. Une autre précision doit être apportée. Dans les décisions qui suivront, il ne sera bien évidemment plus question d'instances relatives au mariage, mais de demandes de changement de sexe à l'état civil engagées par des personnes transsexuelles, nous ne nous attarderons pas sur leurs détails pour l'instant. Dans un premier temps, la jurisprudence s'est attachée au sexe le plus immuable et fondamental[362], c'est-à-dire, le sexe chromosomique, en affirmant que « *le critère tiré de la formule chromosomique est* […] *le meilleur* »[363]. Cet aspect du sexe n'est pas susceptible de changement c'est pour cela que les juges s'y réfèrent pour rejeter les demandes de changement de sexe[364]. Mais le critère s'essouffle et d'autres juges s'en servent en tant que critère subsidiaire, avant de l'abandonner parfois[365], pour s'en référer enfin en dernier recours en cas de doute par rapport aux autres composantes dans le cadre de la détermination du sexe des personnes intersexes[366].

Le sexe hormonal a ensuite été mis en avant dans une décision de la Cour d'appel de Versailles du 22 juin 2000[367] au sujet d'un enfant intersexe. Cette composante peut être doublement caractérisée soit en fonction du taux d'hormones présent, soit en fonction de la réaction après injection d'hormones. Or dans la décision précitée, le sexe hormonal a été sollicité de manière négative. En effet, le sexe féminin de l'enfant a été déduit de l'absence de réaction à l'injection d'androgènes. Le recours ambivalent aux diverses composantes du sexe par les juges et à l'insécurité juridique que faisaient naître ses décisions anarchiques, a été stoppé par deux décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 11 juillet 2002, *Goodwin* et *I.* c/ *Royaume-Uni*[368]. Avec ces deux décisions une nouvelle approche plus globale et plus juste du sexe émerge. La C.E.D.H. précise que le sexe ne doit pas être appréhendé uniquement par ses critères biologiques, de sorte qu'« *il n'est pas évident que l'élément chromosomique doit inévitablement constituer – à l'exclusion de tout autre – le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux*

[362] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.455.
[363] CA Bordeaux, 5 mars 1987, *JCP* 1988, tableau de la jurisprudence, 195 ; TGI de Bobigny, 9 octobre 1990 (inédit).
[364] CA Paris, 18 janvier 1974, *D.,* 1974-J-196 ; *Gaz. Pal,* 1974-1-158 ; *RTD Civ.,* 1974, p.801, obs. R., NERSON ; CA Paris, 1ère ch., section C, 24 février 1978, *Gaz. Pal.,* 1979, somm. 48 ; *JCP*, 1979-II-19202. *Journal des Notaires et des Avocats,* 1979, p.373, n°3.
[365] TGI Dijon, 2 mai 1977, *Gaz. Pal.,* 1977-2-577.
[366] TGI Seine, 18 janvier 1965, *JCP,* 1965-II-14421 ; *RTD Civ.,* 1966, p.74 et s., obs. R., NERSON.
[367] CA Versailles, 22 juin 2000, *JCP G,* II, 10595, obs. P., GUEZ.
[368] CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni,* n°28957-95, §100 - CEDH, 11 juillet 2002, *I. c/ Royaume-Uni,* n°25680-94, §80 – CEDH, 24 juin 2010, *Shalk et Kopf c/ Autriche,* n°30141-04, §52.

transsexuels ». Après cette impulsion donnée par l'instance européenne, la jurisprudence française s'est mise à reconnaître de plus en plus fréquemment le sexe dont la personne avait l'apparence, c'est-à-dire, le sexe psychosocial[369], avant que le législateur ne le fasse définitivement prévaloir[370].

74 . Nous assistons donc à un véritable glissement de la « situation de fait » commandée par la jurisprudence de 1979[371]. Avant, les faits à constater faisaient partie de l'intimité profonde de la personne et se trouvaient à la limite d'une violation de la vie privée et du principe de l'inviolabilité du corps humain[372]. Aujourd'hui, le sexe juridique est constatable. Nous ne pouvons regretter que la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle ne définisse toujours pas le sexe, alors même qu'elle semble porter le sexe psychosocial au sommet de ses composantes. La prise en compte par le législateur de cette composante nous prouve que le Droit ne se désintéresse pas complétement de la médecine, intérêt qui existait déjà concernant les demandes de changement de sexe puisqu'elles étaient systématiquement assorties d'expertises qui emportaient sans discussion la décision des juges[373]. En dépit de la complexité du concept de sexe, il reste « *appréhend*[é] *comme une donnée immédiate, une donnée sensible, un ensemble de traits physiques* »[374]. L'immédiateté est considérablement favorisée par la dichotomie des sexes : moins il y a de sexes possibles, plus rapide est le choix. Mais cette même dichotomie semble peiner à rester légitime, du moins si elle reste justifiée par la nécessité des deux sexes en vue du mariage ou de la procréation[375].

Originellement, le Droit n'avait connaissance du sexe dans les prétoires que pour des questions relatives à la validité des mariages. Mais d'autres questions sont apparues lorsque la société médicale a commencé à prendre en charge des personnes dont les composantes sexuelles étaient discordantes, des personnes aux sexes inhabituels[376], des personnes porteuses d'un état intersexuel[377]. La médecine, par sa technique, a eu à cœur de gommer ces discordances biologiques, à charge au Droit ensuite d'agir sur le seul sexe sur lequel il a prise

[369] Ass. Plén., 11 décembre 1992, n°90-11.900 ; Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil ; CA Lyon, 14 février 2011, inédit.
[370] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.
[371] TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979, *D.,* 1981, p.217.
[372] Art. 9 du Code civil ; Art. 16-1 du Code civil.
[373] Civ. 1ère, 7 juin 2012, n°10-26.947. Ce qui est étonnant car la science médicale n'a toujours pas su démontrer l'existence d'une composante prépondérante sur les autres, v. E., PEYRE, J., WIELS, M., FONTON, *Ibid.*, p.48.
[374] M., WITTIG, « On ne naît pas femme », *Feminist Issues,* vol.1, n°2, hiver 1981, p.54-55, citée par J., BUTLER, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité,* La Découverte, Paris, 2006, p.227.
[375] On ne se marie plus procréer, v. *D.,* 1904. 1, 395, note sous Civ. 6 avril 1903, concl. BAUDOUIN, p.397.
[376] J., COHEN, *Sexualité inhabituelle,* Tournai, Catserman poche, 1970, p.10-12.
[377] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid*.

et d'accorder la modification juridique de sexe ou d'admettre, tout simplement, qu'une personne puisse ne pas avoir de sexe.

II . Une obsolescence révélée par l'émergence d'« états intersexuels »[378]

75 . Tout d'abord, nous souhaitons rompre avec la terminologie couramment employée. Nous préférons utiliser le terme d'intersexuation plutôt que celui « d'états intersexuels » ou d'intersexualité. D'abord, parce que cette dernière notion renvoie à l'idée de sexualité qui n'a rien à voir avec les « états intersexuels » définis comme étant la « *discordance, par rapport à l'ensemble des autres, de l'une au moins des* [cinq] *composantes du sexe, autrement la coexistence, en proportions variables, d'attributs masculins et féminins apparents ou occultes* »[379]. De même, nous réfutons l'utilisation du mot « intersexualisme » dont le suffixe « isme » renvoie à un courant de pensée, à une construction. Or, nous verrons que l'intersexuation, qu'elle soit physique ou psychique, est le fruit d'un déterminisme et non d'un processus de construction. L'intersexuation est donc issue d'une dysharmonie entre les composantes du sexe, mais une dysharmonie ne sera pas toujours synonyme d'un cas d'intersexuation[380]. Néanmoins, nous devons nous référer aux définitions données sur l'intersexualité, notre désaccord n'étant que d'ordre sémantique. Cette notion d'intersexualité, a été inventée en 1931 par un biologiste allemand, le Docteur Richard GOLDSCHMIDT, et vise, initialement toutes les anomalies des sexes dits biologiques ou objectifs[381], c'est-à-dire tous les cas d'hermaphrodisme. Quelques années plus tard, le Docteur Harry BENJAMIN découvre le syndrome du transsexualisme qui constitue une nouvelle « anomalie » entre les composantes objectives et la composante subjective. Dès lors, l'intersexuation désigne des anomalies sur trois niveaux : comportemental, physiologique et anatomique[382]. Cette vision

[378] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*
[379] GILBERT-DREYFUS, *Les intersexualités,* Paris, PUF, 1972, p.23.
[380] Ainsi, une dysharmonie entre les caractéristiques sexuelles et les fonctions sexuelles, prend la qualification de trouble de la fertilité ou de l'activité sexuelle.
[381] Cité par J., PETIT, *« L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », RTD Civ.,* 1976, Vol. n°74, p. 268.
[382] J., COHEN, *op. cit.*

globale de l'intersexuation n'a cependant pas fait l'unanimité auprès de certains juristes qui préfèrent rester à la définition originale de GOLDSCHMIDT et d'écarter le sexe psychosocial, limitant les cas d'intersexuation aux *« personne*[s] *qui comporte*[nt] *des caractéristiques sexuelles biologiques équivoques* »[383]. Cette conception restrictive n'est pas la nôtre car elle tend à créer une hiérarchisation des composantes du sexe, mettant en place un quatuor suprême pour les composantes objectives, reléguant la composante subjective au statut de détail.

76 . Le sujet ayant été emparé par les juristes, ces derniers se sont attelés à apporter une classification des cas d'intersexuation, qui ne pouvait être que dichotomique. Ainsi, nous distinguerons les intersexuations physiques ou vraies[384] de l'intersexuation psychologique ou psychique[385]. Les premières correspondent aux « *ambiguïté*[s] *sexuelle*[s] *morphologique*[s] *et naturelle*[s] »[386], soit tous les cas possibles d'hermaphrodisme[387] (A). Tandis que la seconde concerne les cas de « *véritable transsexualisme » entendu comme la « discordance entre le sexe physiologique et psychosocial* »[388] (B).

A . Les états d'intersexuation physique

77 . Nous parlerons ici de ces phénomènes biologiques[389] qui font que certains individus possèdent des caractères sexués ne permettant pas une identification classique

[383] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p.8 ; A.-M., ROCHEBLAVE-SPENLE, *Les rôles masculins et féminins. Les stéréotypes, La famille, Les états intersexuels,* PUF, 1964, p.199.
[384] L.-E, PETTITI, *Les transsexuels,* PUF, coll. « Que sais-je ? », 1992, p.81.
[385] L.-E, PETTITI, *Ibid.*
[386] Contrairement à H., De WINIWARTER, pour que l'intersexuation physique est celle qui se voit et concerne l'ensemble des « personnes dont l'apparence est inadéquate par rapport aux codes de la féminité et de la masculinité alors en vigueur », H., De WINIWARTER, « Le problème de la détermination du sexe », *Revue Anthropologique,* 1923, 33, cité par J., de GANCK, *Le sexe, une invention moderne ? Histoire des réactions face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine 1830-1914,* Université des femmes, coll. Cahiers de l'UF, n°8, 2012, p.85-86.
[387] L.-E, PETTITI, *Ibid.*
[388] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.409-410.
[389] P., REIGNÉ, « Le sexe et l'état civil », *Think Tank Different. Le Laboratoire Politique*, 29 juin 2012, p.2 [En ligne :http://www.thinktankdifferent.com/fr/les-publications/les-notes/theme-1-axe-diversalite/id-8-le-sexe-et-l-etat-civil-synthese-, consulté le 1er février 2016].

comme mâle ou femelle[390]. Il s'agit plus précisément des « *cas* [dans lesquels] *coexistent chez un même individu* […] *des stigmates physiques ou fonctionnels des deux sexes* »[391]. Différentes terminologies[392] ont été employées pour désigner ceux qu'historiquement étaient appelés les hermaphrodites[393]. Il fut donc question à certains moments de personnes intersexes, d'intersexuels, d'intergenres, de personnes ayant un désordre du développement sexuel (D.S.D.), ou une variation du développement sexuel (V.S.D.)[394], aujourd'hui, l'appellation médicalement admise semble être variation du développement génital[395]. Dans un souci de simplification nous parlerons de personnes intersexes ou d'intersexes, même si les personnes concernées préfèrent « variation de genre » à toutes ces notions qui sous-entendent la division entre les hommes et les femmes,[396] division de laquelle ils ont été exclus par la nature. À ce choix, nous restons frileux puisqu'il tendrait à confondre sexe et genre, concepts certes complémentaires, mais bien différents[397]. Quoi qu'il en soit, ces personnes souffrent toutes d'une « *indifférenciation sexuelle* »[398] qui se manifeste par des « *conditions congénitales au cours desquelles le développement du sexe chromosomique, gonadique et anatomique est atypique et non concordant avec la dualité reconnue masculin/féminin* »[399]. Il nous faut encore apporter une dernière précision avant d'aller plus loin sur le cas des intersexes. En effet, l'imaginaire collectif tend à confondre l'intersexuation physique avec une autre notion qui traduit aussi la confusion des sexes : l'androgynie. Fort malheureusement ce

---

[390] L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNIAT et A., REVILLARD, *op. cit.*, p.25.

[391] G., MARAÑON, *L'évolution de la sexualité et les états intersexuels*, Paris, Gallimard, 1931, p.8 ; Larousse médical, 1952, cité dans L.-E, PETTITI, *Ibid.,* p.7.

[392] Voir à ce titre J., PICQUART, *Ni homme, ni femme. Enquête sur l'intersexuation,* La Musardine, 2009, p.109 et s.

[393] Sur un historique de la perception des intersexes, v. M., IACUB, « La question de la vérité dans les arrêts de la Cour de cassation concernant le transsexualisme », *Actes du colloque « Identité sexuée et société »,* Paris, 8 déc. 1995, p. 66 ; D., BORILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p. 267 ; CA Versailles, 22 juin 2000, *JCP*, 2001, II, 10595, note GUEZ ; M., FOUCAULT, *Les anormaux,* Cours au Collège de France 1974-1975, Gallimard, Le Seuil, coll. « Hautes Études », 1999, p. 62, pour une perception catholique ; S. A. A. ABU-SAHLIEH, *Religion et droit dans les pays arabes*, pour une perception musulmane.

[394] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p.7. Sur les évolutions terminologiques, v. A., FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body. Gender Politics and the construction of Sexuality,* New York, Basic Books, 2000 ; E., DORLIN, « Hermaphrodisme », *in* D., LECOURT, *Dictionnaire de la pensée médicale*, Paris, PUF, 2004, p. 568-571 ; J., PICQUART, *op. cit.* ; P., LEDERREY, « Ces enfants entre masculin et féminin », *Migros Magazine,* 31 mars 2014 ; C., PIQUET, « Pour l'Europe, les hermaphrodites doivent pouvoir choisir leur sexe », *Le Figaro,* 13 mai 2015 ; Avis n°17-04 du Défenseur des droits, 20 fév. 2017, p. 6.

[395] Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017

[396] « Variations de genre ou variations du développement sexuel : de quoi s'agit-il ? », *Plateforme d'information Humanrights,* 26 janvier 2016.

[397] V. notre Chapitre second. V. également les propos du Dr. François MEDJKANE lors de notre entretien du 26 mai 2017 qui soulignait l'importance de la labellisation.

[398] J., DE GANCK, *op. cit.*, p.6.

[399] P.-A., LEE et *al.*, in collaboration with the participants in the International Consensus on Conference Intersex organized by the Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society and the European Society of Pediatric Endocrinology, Consens Statementon Management in Intersex Desorders, *Pediatrics,* 2006, p. 488-500. En ligne : [http://www.pediatrics.org/cgi/content/full/18/2°488], cité par C., CHILAND, « Bilan de 25 années de travail avec les transsexuels », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *ibidem*, p.279 ; C., NIHOUL-FEKETE, « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre,* LEH, 2010, p.57.

n'est pas le traditionnel dictionnaire de la langue française qui nous éclairera sur la différence entre ces notions[400], la seconde étant le synonyme de la première. La réelle différence réside dans les attributs concernés. Pour les personnes intersexes, les attributs biologiques sont les premiers concernés, en fonction desquels le physique pourrait être ambigu. Tandis que pour les personnes androgynes, aucun attribut biologique n'est biologiquement ambigu, ce sont des femmes et des hommes à 100%, seule leur apparence physique est la source de leur ambiguïté.

78 . Mais la fascination va au-delà des faits qui ont pu être relatés par les histoires[401], l'Histoire[402], ou encore les récits médicaux[403] ou juridiques[404]. Nous la trouvons, nous

---

[400] *Androgyne*, Dictionnaire de la langue française, [En ligne : http://www.littre.org/definition/androgyne] Consulté le 20 sept. 2016 :« *Individu chez lequel les organes des deux sexes sont réunis ; androgyne est par conséquent synonyme d'hermaphrodite »* ; *Hermaphrodite,* Dictionnaire de la langue française, [En ligne : http://www.littre.org/definition/hermaphrodite] Consulté le 20 sept. 2016 : 1. « *Terme de mythologie. Personnage divin, fils de Mercure et de Venus. Se dit de statues antiques couchées dans lesquelles se trouvent combinées les formes et les beautés de l'homme et de la femme. » 2. « Par extension, être humain auquel on attribue les deux sexes.* ».

[401] V. Genèse, I, 27 et 2, 18 à 25 ; Ovide, *Les Métamorphoses,* IV, 285-388 ; PLATON, *Le Banquet,* Paris, Flammarion, 2001, p.114-115. Pour l'Antiquité voir notamment, B., SAVIARD, *Nouveau recueil d'observations chirurgicales,* Paris, Collombat, 1792 ; Dr. WORBE, « Observation sur un individu réputé de sexe féminin, pendant vingt_deux ans, et définitivement rendu à l'état civil, en vertu d'un jugement solennel », *Bulletin de la faculté de médecine de Paris,* X, 1815, p. 479-492 ; J.-B., BOUILLAUD, *Essai sur la philosophie médicale et sur les généralités de la clinique médicale précédé d'un résumé philosophique des principaux progrès de la médecine, et suivi d'un parallèle des résultats de la formule des saignées coup sur coup avec ceux de l'ancienne méthode, dans le traitement des phlegmasies aiguës,* Paris, Librairie des sciences médicales de Just ROUCIER et de E. Le BOUVIER, 1836, spéc. p.131 ; H., CHESNET, « Vice de conformation des organes génitaux – Hypospadias – Erreur sur le sexe », *Journal de médecine, de chirurgie et de pharmacologie,* 1860, vol. 31, n°2, p. 306-307 ; « Question d'identité. Vice de conformation des organes génitaux. Hypospadias. Erreur sur le sexe », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale,* série n°2, 14, 1866, p.206-209 ; Dr. DARDEL, « Hypospadias simulant l'hermaphrodisme », *Lyon médical,* 1869, t. 2, p.392-396 ; G.-F., GIRDWOOD, « On Hermaphroditism », *The Lancet,* 24 décembre 1869 ; Dr. REVERCHON, « Etude médico-légale sur l'état mental du dénommé Ch… », *Annales médico-psychologiques,* 4, 1870, p.377-395 ; B., POPPESCO, « Obs. III. Hermaphrodisme apparent chez le sexe masculin », *De l'hermaphrodisme aux point de vue médico-légal et scientifique,* Paris, Rey, 1874, p.43 ; A., TARDIEU, *Question médico-légale de l'identité dans ses rapports avec les vices de conformation des organes sexuels,* Paris, J.-B. Baillière et fils, 1874 ; Dr. RAFFEGEAU, *Du rôle des anomalies congénitales des organes génitaux dans le développement de la folie chez l'homme,* Paris, imp. Parent, 1884 ; Dr. TERRILLON, « De l'hermaphrodisme », *Le Praticien,* août 1886, p.388-391 ; Dr. PASSARINI, « Pseudo-hermaphrodisme androginoïde », *Nouveau Montpellier Médical,* 6, 1897, p.354-358 ; Dr. POLAILLON, « Cas d'hermaphrodisme », *Journal de médecine de Paris,* 12, janvier-juin 1887, p. 870-873, spéc.,p.871 (pour un cas rare d'hermaphrodisme « neutre », il s'agissait d'une homme avec un petit pénis et une allure féminine, sans toutefois disposer des organes génitaux internes féminins) ; P., GARNIER, *Anomalies sexuelles apparentes et cachées, avec 230 observations,* Paris, Garnier, 1891 ; G., DAILLEZ, *Les sujets de sexe douteux, leur condition relativement au mariage*, Lille, imprimerie Danel, 1892 ; X., DELORE, *Des étapes de l'hermaphrodisme,* Paris, Masson et Cie, 1899, p.7 ; A., DUBARRY, *L'hermaphrodite,* 1899 ; Dr. CAUFEYNON, *L'hermaphrodite au couvent,* 1905 ; S., POZZI, « Sur une observation de M. le Dr. H. BARNSBY (de Tours) intitulée : « Pseudo-hermaphrodisme par hypospadias périnéo-scrotal » », *Bulletins et mémoires de la société de chirurgie de Paris,* 32, 1906, p.1103-1108 ; P., BEGOUIN, « Pseudo-hermaphrodisme masculin externe », *Revue de gynécologie et de chirurgie abdominale,* Paris, Masson, 1909, p.179-184 ; T., TRUFFIER et A., LAPOINTE, « L'hermaphrodisme, ses variétés et ses conséquences pour la pratique médicale », *Revue de gynécologie et de chirurgie abdominale,* 16, 1911, p.209-268 ; O., PANIZZA, *Un scandale au couvent,* 1914 ; C.-C., PIERQUIN DE GEMBLOUX, *Réflexions sur un cas d'hermaphrodisme et d'hypospadias,* Montpellier, Martel, 1923 ; J., DECOURT et P., GUINET, *Ibid.* ; M., FOUCAULT, *Herculine Barbin dite Alexina B.,* Paris, Gallimard, 1978 ; E., CANTARELLA, *Selon la nature, l'usage et la loi. La bisexualité dans le monde antique* 1988), traduit de l'italien par M.-D., PORCHERON, Paris, 1991 ; J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.411 ; L., BRISSON, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité romaine,* Les Belles Lettres, coll. Vérités des Mythes, 1997 ; M., FOUCAULT, *Les anormaux, Cours au collège de France 1974-1975,* Gallimard, Le Seuil, coll. Hautes Etudes, 1999, p.62 ; I., LÖWY, C., MARRY, *Pour en finir avec la domination masculine. De A à Z,* Les Empêcheurs de penser en rond, 2007, p.150-153 ; B., PEREZ-JEAN, « Les mamelles de Tirésias : hermaphrodisme et métamorphose dans l'Antiquité gréco-romaine », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le*

semble-t-il dans la réelle définition de l'état qu'est l'intersexuation physique. En effet, tout comme Mme le Professeure Michèle-Laure RASSAT affirmait qu'il n'était pas souhaitable de définir une notion par ses conséquences, nous soutenons qu'une définition est incomplète si elle ne décrit pas les conséquences de la notion dont il est question. Or, toutes les définitions des personnes intersexes que nous ayons trouvées ne suivaient pas cette logique, malgré leur abondance[405]. Pour nous, donc, l'état d'intersexuation physique s'analyse en une ou plusieurs ambiguïtés sexuelles[406], se caractérisant par des « *anomalies de la constitution du sexe chromosomique entrainant un vice de formation de la glande sexuelle, et les anomalies de la formation des organes génitaux* »[407]. De fait, les personnes concernées peuvent « *être considérée*[s] *physiologiquement, soit comme du sexe masculin, soit comme du sexe féminin* »[408], et par conséquent « *aucune identification en tant qu'homme ou femme n'est possible* »[409].

On dénombre, en France, environ 200 nouveaux cas chaque année[410], ces chiffres sont toutefois à prendre avec beaucoup de précaution, car toutes les naissances d'intersexes ne sont pas identifiées dès la naissance[411], et dans la plupart des cas les personnes qui le sont, se

---

genre, LEH, 2010, p.146-147 ; M., SALLE, « Une ambiguïté sexuelle subversive. L'hermaphrodisme dans le discours médical de la fin du XIXème siècle », *Ethnologie française,* 2010/1, Vol.40, p.123.

[402] R., NERSON et J., RUBELLIN-DEVICHIN, *RTD civ.,* 1982, p.844 ; J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.412 ; Y., THOMAS, *La division des sexes en droit romain, Histoire des femmes en Occidents,* t.1, Perrin, 2002, p.131 ; L., BRISSON, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine,* Paris, 2008, p.13, cité par J., LASCARATOS et S., PERENTIDIS, « Deux cas de changement chirurgical de sexe au IIème siècle avant notre ère : approche historique », p.26-29, *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA*, op. cit.* ; DIODORE, *Bibl. hist.,* 32.10.3, cité par J., LASCARATOS et S., PERENTIDIS, *Ibid.,* p.26-29.

[403] B., POPESCO, *De l'hermaphrodisme aux points de vue médico-légal et scientifique,* Paris, Rey, 1874, p.21 ; A., PARÉ Cité par M.-J., BONNET, *Les relations amoureuses entre les femmes XVIe – XXe siècles,* Odile Jacob, 2001, p. 39 ; M., SALLE, « Une ambiguïté sexuelle subversive. L'hermaphrodisme dans le discours médical de la fin du XIXème siècle », *Ethnologie française,* 2010/1, Vol.40, p.124.

[404] Les hermaphrodites devaient être brûlés ou noyés d'après une décision du Parlement de Paris de 1603 rapportée par C.-J., de FERRIERE, *Dictionnaire du droit et de pratique,* Ed., 1976, mot « Hermaphrodite », p.678. De la même manière que le préconisait les jurisconsultes romains : « *Quaeritur hermaphroditum cui comparus ; et magis puto, ejus sexus aestimandum qui in eo praevalet* » : « *Les hermaphrodites sont ceux qui ont les marques des deux sexes, et ils sont réputés de celui qui prévaut en eux* », ULPIEN, L. 6 &2, *De liberis et posthumis,* XVII, 2, cité par J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.552 ; DOMAT, *Les lois civiles dans l'ordre naturel,* t.1, *De l'état des personnes par la nature,* p.18.

[405] H., de WINIWARTER, « Les progrès dans la détermination du sexe », *Revue anthropologique,* 1923, vol.33, n°1, p.87 ; J., de GANCK, *Ibid.*, p.83.

[406] Il est en effet possible que plusieurs composantes soient concernées.

[407] J., COHEN, *Ibid.*, p.13. Selon le TGI Tours, 20 aout 2015, les personnes intersexes sont celles « dont les organes génitaux ne correspondent pas à la norme habituelle de l'anatomie masculine ou féminine ».

[408] G., LYON-CAEN, « La condition juridique de l'hermaphrodite », *Supplément de la Revue du praticien,* 1er mars 1961, Tome XI, n°7, p.1.

[409] L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT et A., REVILLARD, *Ibid.*; J., PICQUART, *Ibid.*, p. 109.

[410] 2% en France en 2009 selon la HAS : H.A.S., Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, nov. 2009, p.23.

[411] C., NIHOUL-FEKETE, « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, Ibid., p.57. Les chiffres oscillent entre une naissance sur 4500, et entre 1,7% et 4% de la population mondiale. V. C., CHILAND, « La problématique de l'identité sexuée », Neuropsychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, vol. 56, n°6, p.331 ; M., BLACKLESS, et al., « How Sexually Dimorphic Are We ? Review and Synthesis », American Journal of human biology, 2000, 12, p.161 ; C., KRAUSS, et al., « Démédicaliser les corps, politiser les identités : convergences des luttes féministes et intersexes », Nouvelles questions féministes, vol.27, n°1, 2008, p.8 ; J., WOWERIES, communication « Qui est intersexes : qui est malade, qui le décide », Congrès La normativité de genre et ses effets sur l'enfance et l'adolescence »,

voient corrigés, assignés, mutilés à leur venue au Monde[412], car le médecin s'est cru capable de prédire quel serait le vrai sexe de l'enfant[413].

79 . Il existerait trois types d'anomalies à l'origine d'un état d'intersexuation physique[414], selon qu'il s'agisse d'une anomalie du développement fœtal, nous parlerons alors de « vrais hermaphrodites », d'une anomalie génotypique ou chromosomique, ou encore hormonale (ce qui traduit une intersexuation constitutionnelle[415]), qui traduisent l'existence des « pseudo-hermaphrodites » féminin ou masculin[416]. Nous parlerons également d'état d'intersexuation physique total ou partiel à tendance masculinisante ou fémininisante.

L'hermaphrodisme vrai ou bisexualité gonadique[417] concerne la personne « *qui possède à la fois la gonade mâle et la gonade femelle, et dont l'ambivalence sexuelle se reflète à des degrés divers sur les gonocytes, les organes génitaux externes, l'apparence somatique et le comportement psychique* »[418]. Pour une approche moins médicale et plus accessible au profane, nous parlons d'hermaphrodisme vrai « *lorsque l'ambiguïté sexuelle provient de la présence simultanée, chez un même individu, de gonades des deux sexes, ovaire et testicule,*

24-29 septembre et 26 octobre 2012 ; Réponse du 14 avril 2011 du ministre de la santé du Luxembourg à la question parlementaire n°1319 déposée par J., COLOMBERA [En ligne : http://www.chd.lu/wps/PA_1_084AIVIMRA06I4327I10000000/PrintServlet/ ?user=guest&library=Questpa&identité=1016].

[412] V. notamment, J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes,* LGDJ, 1993, p. 546. Entre 0,1% à 0,2% des naissances d'enfants hermaphrodites sont corrigées. V. M., BLACKLESS, A., CHARUVASTRA, A., DERRYCK, A., FAUSTO-STERLING, K., LAUZANNE, E., LEE, « How sexually dimorphic are we ? Review and synthesis », *Am. J. Human Biol.,* 2000 ;12(2) :151-66, cité par « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », *Rapport HAS,* novembre 2009, p.23 ; M., FAURE, « Le demande de reconnaissance du sexe neutre d'un sexagénaire rejetée », *Le Figaro,* 23 mars 2016 ; C., PIQUET, « Pour l'Europe, les hermaphrodites doivent pouvoir choisir leur sexe », *Le Figaro,* 13 mai 2015 ; P., LEDERREY, « Ces enfants entre masculin et féminin », *Migros Magazine,* 31 mars 2014. Pour les chiffres mondiaux, ils oscillent entre 0,02% à 0,05 des naissances selon T., QUEGUINER, « Le Gouvernement va saisir le CCNE sur le sort des enfants intersexes », *Hospimédia,* 11 février 2016 ; et entre 5% et 15% des individus sont intersexués selon le Réseau des Intersexué.e.s francophones d'Europe cité par L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Introduction aux études sur le genre*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2012, p.37 ; 1% et 2% des naissances selon C., MARRY, I., LÖWY, « Hermaphrodites », *in Pour en finir avec la domination masculine. De A à Z,* Paris, Les empêcheurs de tourner en rond, 2007, p.150 ; 2% pour E., DORLIN, *Sexe, genre et sexualités. Introduction à la théorie féministe,* Paris, PUF, 2008, p.45 ; la Haute Autorité de Santé, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prose en charge médicale du transsexualisme en France,* nov. 2009, p. 23 ; 1,7% pour V., VANTHIGEM, « La Comité national d'éthique se saisit du dossier des personnes intersexuées », *20 Minutes,* 4 avril 2016.

[413] L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Ibid.*, p.37.

[414] Il existe bien un nombre conséquent de forme d'intersexuation physique que nous ne pouvons développer ici. Pour un panorama des différentes formes de V.D.S., v. S., CABROL, G., AUDRY, « Attitude pratique devant un nouveau-né présentant une ambiguïté sexuelle à la naissance », *La revue du praticien gynécologie et obstétrique,* n°45, 15 septembre 2000, p. 27. L.-E, PETTITI, *Ibid.*, p.80 ; C., KRAUS, « La bicatégorisation par sexe à l'épreuve de la science – Le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains, *in* D., GARDEY, I/. LÖWY (dir.), *L'invention du naturel – Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin,* Ed. des Archives contemporaines, 2007, p. 187-214 ; L., BRUNET, C., FORTIER, « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité » *in* N., GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité,* Anthémis, 2012, p.95

[415] GILBERT-DREYFUS, *Ibid.*, p.26.

[416] I., LÖWY, « Intersexe et transsexualités : les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre,* 2003/1 (n°34), p.85 ; P., MINET, « Les « intersexes » ne sont plus opérés à la naissance », *Le Matin,* 15 septembre 2013.

[417] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*, p.137

[418] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*

ou de structures associées de type mâle et femelle dans une même gonade »[419]. Il constitue des désordres ovo-testiculaires[420] qui engendrent une confusion dans les composantes du sexe, puisque la personne dispose, à la fois une gonade masculine et féminine. Sur le plan du sexe psychosocial, il n'y aura pas de difficultés particulières. Malheureusement, dans la plupart des cas les nouveaux-nés sont assignés à la naissance, leur sexe psychosocial correspondra donc au sexe légal ayant déterminé le sexe d'élevage[421].

80 . Le pseudo-hermaphrodisme, de manière générale constitue une ambiguïté qui n'affecte que tout ou partie des voies génitales, les deux gonades étant soit des ovaires, soit des testicules[422]. Il peut résulter d'une anomalie génétique ou hormonale et peut être de deux types : gynandroïde, il sera question de pseudo-hermaphrodisme féminin, ou androgynoïde, nous nous plaçons donc du côté du pseudo-hermaphrodisme masculin. D'une part, l'état d'intersexuation partielle à tendance féminisante, se traduit par l'existence de chromosomes féminins[423] assortie d'une masculinisation des organes génitaux externes. La personne est donc « *de sexe génétique femelle, porteu*[se] *de gonades et d'organes génitaux internes féminins, mais* [ses] *organes génitaux externes ont subi une différenciation masculine plus ou moins accentuée* »[424], alors que les organes génitaux internes conservent leur féminité[425]. Tandis que l'état d'intersexuation partielle à tendance masculinisante « *repose sur l'existence d'un processus de féminisation des organes génitaux externes ou internes chez des sujets dont le sexe génétique et gonadique est masculin* »[426], il est causé par un dysfonctionnement de la glande surrénale qui secrète des hormones mâles[427].

---

[419] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*, p.6.
[420] C., NIHOUL-FEKETE, *Ibid.*, p.59.
[421] GILBERT-DREYFUS, *Ibid.*, p.33-45.
[422] GILBERT-DREYFUS, *Ibid.*, p.23 ; J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*, p.7 ; J., POUSSON-PETIT (dir.), « Le droit à l'identité sexuelle dans les droits européens », *in L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p.724.
[423] Caryotype : 44 XX ou 46 XX.
[424] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*, p.193.
[425] GILBERT-DREYFUS, *Ibid.*, p.33. Dans la plupart des cas, ces personnes ont un hyper métabolisme caractérisé par une grande taille, un développement osseux plus rapide ou encore un clitoris de grande taille. Cet état peut se manifester de différentes manières, notamment par le syndrome de Turner, (la personne ne possède alors qu'un seul chromosome X qui entraine un dysfonctionnement des ovaires, l'absence d'organes secondaires à la puberté, malgré une apparence féminine préservée de petite taille), ou encore le syndrome du chromosome XXX ou d'hyperplasie surrénalienne. Pour ce dernier syndrome, aucun trouble anatomique et psychologique n'est présent malgré une virilisation totale ou partielle des organes génitaux externes portée par une sécrétion importante d'hormones masculines. En cas de masculinisation totale, l'enfant est généralement assigné mâle, malgré la présence d'organes internes féminins, qui lui seront retirés ensuite, si la masculinisation est partielle, les médecins se réfèreront à l'échelle de Prader, qui mesurera la taille du clitoris. Si ce dernier est au-delà du quatrième stade (Entre 2,9 et 4,5 cm à la naissance c'est un mâle, moins de 1,5, on « fabrique » une fille, entre 1,5 et 2 cm on regarde d'autres critères, comme la capacité à uriner debout, à pénétrer ou à être pénétré) il sera assigné en mâle. G., LE MANER-IDRISSI, *L'identité sexuée,* Paris, Dunod, coll. « Les Topos », 1997, p. 42-44.
[426] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.*, p.167. Caryotype : 44 XY ou 46 XY, V. L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Ibid.*, p.36-37.
[427] J., COHEN, *Ibid.*, 1970, p.17-18 ; GILBERT-DREYFUS, *Ibid..*, p.64 et 66 ; G., LE MANER-IDRISSI, *op. cit.*, p.43-44. Ces personnes souffrent d'hypospade, une malformation des organes génitaux externes se manifestant, dans la plupart des cas,

81 . Les descriptions précédentes ont montré que le caryotype n'était pas toujours très clair quant aux chromosomes sexuels, de sorte qu' « *il y a* […], *génétiquement parlant, d'autres sexes* »[428]. D'autant plus qu'en 1964, on découvre l'existence de mâles avec des chromosomes XX et des femelles avec des chromosomes XY[429], et il est encore impossible aujourd'hui de connaître l'origine des états d'intersexuations physiques chez l'homme, malgré un grand nombre de tentatives[430]. À défaut d'en connaître l'origine physiologique, peut-être serait-il possible, à l'aide des techniques actuelles de diagnostiques prénataux ou de l'amniocentèse, de prendre connaissance *in utero* des possibles anomalies à partir de la douzième semaine de grossesse, mais les résultats seraient limités car seules les malformations des organes génitaux ne pourraient être visibles[431].

82 . Nous avons, par ailleurs dénombré trois types d'état d'intersexuation physique, pendant un temps, court, entre le début IXème et le début XXème siècle, un quatrième état est discuté : « l'hermaphrodisme psychique »[432]. À la lumière de ce que nous savons désormais, on peut aisément penser qu'il s'agisse d'un état d'intersexuation psychique, touchant donc le sexe psychosocial. Or il n'en est rien, et ce qui était visé par cette appellation ne fut autre que l'homosexualité[433]. Mais l'état d'intersexuation psychique tel que nous allons le démontrer n'a rien à voir avec l'orientation sexuelle.

---

par un pénis de petite taille à laquelle s'ajoute un développement corporel féminin. Cet hermaphrodisme se manifeste notamment avec le syndrome de Klinefelter, se caractérisant par un caryotype XXY, une morphologie plutôt masculine malgré des organes génitaux externes atrophiés et une composition stérile, le syndrome du chromosome XYY ou l'ancien « chromosome du crime » car les hommes étaient plus violents que la moyenne, et enfin, le syndrome de Morris ou du testicule féminisant, qui se traduit par une insensibilité aux androgènes due à l'absence de développement des canaux de Wolff, produisant des personnes porteuses d'organes génitaux externes féminins stériles, sans menstruations.

[428] R. STOLLER*, Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme : Gallimard, 1978, p. 28 [trad. de Sex and Gender, vol. 1 : Èd. Science House, New York, 1968]*, cité par Ph. REIGNÉ, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », note sous CA Nancy, 1re ch. civ., 3 janv. 2011 et CA Paris, pôle 1, ch. 1, 27 janv. 2011 , *JCP G,* n°17, 25 avril 2011, 480. Pour un panorama des ambiguïtés chromosomiques, voir le tableau dans E., PEYRE, J., WIELS, M., FONTON, *Ibid.*, p.31.

[429] A. de la CHAPELLE, H., HORTLING, M., NIEMI, J., WENNSTROM, « XX sex chromosmes in a human male », *Acta Mad. Scand.,* 1964, n°412, p.25-29.

[430] Certains s'en remettent au hasard, v. J.-N., LOIR, *Des sexes en matière d'état civil. Comment prévenir les erreurs résultant de leurs anomalies,* Paris, Cotillon, 1854, p.7 ; d'autres pensent qu'il s'agit en réalité d'un « arrêt de développement » après les quatre semaines de la vie de l'embryon (entre la première et la quatrième semaine, l'embryon est asexué), v. B., POPESCO, *De l'hermaphrodisme aux points de vue médico-légal et scientifique,* Paris, Rey, 1874, p.8 ; *Archives de l'Anthropologie criminelle et des sciences pénales,* 1892, p.104.

[431] Pour un précision diagnostic de 85% selon C., NIHOUL-FEKETE, *Ibid..*, p.59.

[432] Termes employés par HAMBURGER au sujet de son patient transsexuel Georges JORGENSEN. V. P.-H., CASTEL, *Les métamorphoses impensables. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p.52.

[433] J., DE GANCK, *Ibid*, p.105.

B . L'état d'intersexuation psychique

83 . Il s'agit du concept de transsexualisme[434]. Jusqu'en 1952, différentes terminologies étaient employées pour le désigner : transsexualité, transsexisme, contrassexisme, « *genuine transvestism* », éonisme, hermaphrodisme psycho-sexuel, intersexualité ou encore inversion psychique, soit une abondance de dénominations qui ont amplement contribuées à la confusion des concepts[435]. D'abord, Le Dr. Magnus HIRSCHFELD en 1912, parle de « transsexualité » dès lors que cet état psychique d'intersexuation passe du statut de délit à celui de maladie. Nous n'adhérons pas à cette terminologie puisque que le suffixe « sexualité », renvoie inévitablement à l'activité sexuelle, laissant penser que le transsexualisme est une déviance sexuelle, ce qui est faux. Le terme générique de transsexualisme fut utilisé pour la première fois par le Dr. CAULDWELL en 1949[436], mais sera consacré mondialement par les Drs. BENJAMIN et GUTHEIL[437]. Pour ne pas nous discréditer avec ce que nous avancions plus haut, c'est volontairement que nous emploierons le terme « transsexualisme » malgré l'utilisation du suffixe « -isme » et l'idée de construction qu'il suscite. Même si le syndrome de BENJAMIN doit trouver son origine dans un déterminisme chez la personne, le but de cette dernière sera de tout mettre en œuvre pour faire correspondre son apparence avec son véritable sexe, elle devra donc construire ce sexe qui lui aurait été refusé par la Nature par le jeu de traitements hormonaux, voire d'une stérilisation précédant une reconstruction des organes génitaux. Là, sera la lourde obole qui lui ouvra l'entrée de la longue traversée vers l'autre sexe[438]. Enfin, dernier point terminologique qu'il nous faut préciser, les personnes transsexuelles sont tantôt désignées comme les personnes qui désirent « franchir la barrière » des sexes, tantôt comme celles qui

---

[434] R.-J., STOLLER, *op. cit.*; J., MONEY, « Le transsexualisme et les principes d'une féminologie », *in* E., SULLEROT, *Le fait féminin,* Paris, Fayard, 1978 ; C., CHILAND, « Enfance et transsexualisme », *La psychiatrie de l'enfant,* 1988, 31, 2, p.313-373 ; J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.* ; L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », Chron. XIX, sous TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 et 26 mars 1980, *D.,* 1981, p.139.

[435] J., PETIT, *« L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », RTD Civ.,* 1976, Vol. n°74, p.263 ; C., CHILAND, *changer de sexe,* Éd. Odile Jacob, 1997, p., 25 et s.

[436] Dr., O. CAULDWELL, « Psychopathia Transsexualis », *Sexology 16,* 1949, 274-280.

[437] H., BENJAMIN, « Transvestism and transsexualism », *Int. J. Sexol.* 7, 1953, 12-14 ; E.-A., GUTHEIL, « The psychologist background of transsexualism and transvestism », *Amer. J. Psychother,* 8, 1954, 231-239 ; I., LÖWY, « Intersexe et transsexualités : les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre,* 2003/1 (n°34), p.95 ; I., BON, *Le transsexualisme. Analyse de pratiques médicale et juridique,* Thèse de doctorat en droit privé, 25 septembre 1990, p.13.

[438] Métaphore employée à dessein lorsque l'on s'attarde sur l'étymologie du mot « transsexualisme » dont le préfixe « *trans* » qui nous vient du latin, signifié « trajet », « traversée ».

l'ont déjà franchie[439]. Nous ne retiendrons que la première, puisque que dans la plupart des cas, la personne une fois opérées souhaite être reconnue comme homme ou femme à part entière, de même que des personnes non opérées (par choix ou en raison de contrindications médicales) verront leur sexe à l'état civil modifié.

84 . Puisqu'*a priori* aucune assise biologique ne permet d'affirmer que le transsexualisme est dû à un dysfonctionnement physiologique, la classification médicale du syndrome a longtemps évolué[440], oscillant entre expérience du « mauvais corps »[441], trouble mental, « troubles psychosexuels », dysphorie du genre[442] ou encore « non congruence de sexe »[443]. Revenons sur l'appellation dysphorie du genre, car elle demeure la plus employée actuellement pour désigner le transsexualisme. Elle correspond à la « *non concordance de genre marquée entre le sexe assigné et les expériences de genre vécues d'au moins six mois et qui se manifeste par au moins deux des indicateurs suivants : une non concordance du genre vécu avec les caractéristiques sexuelles primaires secondaires, un désir fort de se débarrasser de ces caractéristiques, une attirance forte pour celles de l'autre sexe et un désir fort d'appartenir à l'autre sexe ou tout genre alternatif*»[444]. La dernière proposition correspond peu ou prou au sexe psychosocial. Néanmoins, même si cette définition a le mérite d'être claire, le mot qu'elle définit interpelle, nous parlons de genre, alors qu'il est question de sexe[445]. Or, comme le souligne Charles « Virginia » PRINCE, il conviendrait mieux de parler de dysphorie de sexe concernant les transsexuels, puisque la dysphorie en question ne touche pas le genre, les transsexuels sont clairs avec leur genre qui correspond à celui du sexe opposé, alors même qu'ils n'en ont pas les attributs physiques, mais le sexe[446]. Ces explications justifient que lorsque nous désignerons le transsexualisme nous alternerons les propositions entre « état d'intersexuation psychique » et « dysphorie du sexe »[447], et que le terme « transgenderisme » ne sera pas employé.

---

[439] C., CHILAND, *Le transsexualisme,* Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2003.
[440] Sur toutes les évolutions de la perception du syndrome par le corps médical, notamment par les DSM successifs, v. A., ALESSANDRIN, « Du « transsexualisme » à la « dysphorie du genre » : ce que la DSM fait des variations de genre », *Sociologos,* [En ligne : http://socio-logos.revues.org/2837] Mis en ligne le 29 avril 2014. Consulté le 6 mai 2016.
[441] L., BERINI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT., A., REVILLARD, *Introduction aux études de genre,* De Boeck, 2012, p.44
[442] N., FISK, « The how, what and why of a disease », *in* D., LAUB et P., GANDY (dir.), *Proceedings of the Second Interdisciplinary Symposium on Gender Dysphoria Syndrome,* Standford University Medical Center, Palo Alto, 1973.
[443] Manuel diagnostic et statistique des troubles mentaux IV (DSM IV- TR), 2009.
[444] A., ALESSANDRIN, *op. cit.*
[445] Nous saisirons la nuance de ces deux termes dans notre seconde section.
[446] N., FISK, *op. cit.*, p.21.
[447] Nous n'utilisons pas, pour l'instant, le terme de « transidentité ».

85 . La définition actuelle du transsexualisme résulte d'un long travail doctrinal afin que puissent ressortir tous les aspects de la dysphorie de sexe[448]. Ainsi, il s'agit du « *drame d'un homme – plus rarement une femme*[449] *– qui rejette le sexe dans lequel il est né avec une détermination pouvant le conduire au suicide*[450] *; qui s'identifie mentalement à l'autre sexe au point d'en adopter le comportement et d'en revêtir l'apparence ; qui, pour parfaire cette identification, demande à la médecine de mutiler son corps et à la Justice de modifier son état civil* »[451]. Cette définition permet de bien différencier les aspects biologiques et psychologiques du sexe qui ne sont pas en adéquation[452], et d'ainsi reprendre la dichotomie freudienne entre les rocs biologique et psychologique[453]. Cette discordance pourra, en définitive se caractériser par « *un trouble* [du] *sentiment d'identité sexu*[ée][454] »[455].

On distingue traditionnellement, quatre caractères du transsexualisme : l'absence de dysfonctionnement physiologique (qui le différencie de l'intersexuation physique), le sentiment constant[456] de mal-être dû à l'inadéquation de l'identité par rapport au sexe reconnu, la conviction persistante d'appartenir à cet autre sexe et la souffrance, physique et

---

[448] Sur ce long travail doctrinal et l'évolution des définitions données v. notamment, H., BENJAMIN, « Transvestism an Transsexualism », *International Journal of Sexology,* 7, 1953, p. 12-14.

[448] J., DECOURT, P., GUINET, *Ibid.,* p.321 ; GILBERT-DREYFUS, *Ibid.,* p.123 ; J., PETIT, *op. cit.,* p. 263 ; E., HERVE, « Transsexualisme. Actualité du problème médico-légal », *Bull. Acad. Natle Méd.,* 1980, 164(6) :528-34 ; *Grand dictionnaire Encyclopédique Larousse,* 1985 ; R., KÜSS, « Sur le transsexualisme », *Bull. Acad. Natle Méd.,* 1982 ;166(6) :819-27 ; Pr. KLOTZ, « Etat actuel de la question du transsexualisme », *in Le transsexualisme. Droit et éthique médicale,* Masson, 1984, p. 23 ; R., KÜSS, *op. cit*, Transsexualisme, § F 64.0, Chapitre V, « Troubles de l'identité sexuelle », *Classification internationale des Maladies,* OMS, 2015 ; *Diagnostique et statistiques des troubles mentaux,* Paris, Masson, 1985, p. 284 ; G.-M., FAURE, « Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes », *RDSS,* 25 (1), janv.-mars 1989, p.2 ; L.-E, PETTITI, *Ibid.*, p.80 ; J.-P., BRANLARD, *Ibid*, p.410 ; F., GRANET, « Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les Etats membres de la CIEC », *Droit. Fam.,* Déc. 1998, p.4 ; B., PY, *Le sexe et le droit,* PUF, 1999, p.7 ; H., FRIGNET, *Le transsexualisme,* Desclée de Brouwer éd. 2000, p. 130 ; B., BOSSU, « Les libertés individuelles » *in* Lamy Droit des personnes et de la famille, étude 220.

[449] Sur un point terminologique au sujet des transsexuels, l'ensemble de ces individus constitue la communauté transgenre qui comprend précisément les « *transsexuels déjà ou pas encore opérés, mais aussi des personnes qui choisissent de ne pas subir d'opération ou qui n'ont pas accès à la chirurgie* », puis ils deviennent transsexualisés une fois que le changement juridique de sexe a eu lieu. V. T., HAMMARBERG (Commissaire aux droits de l'Homme), *Droits de l'homme et identité de genre,* Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, p. 5 ; L.-E, PETTITI, *Ibid.*, p.78.

[450] Le sentiment « profond et inébranlable », R., KÜSS, *op. cit.*, p.819.

[451] M., JEOL, « Les transsexuels changent d'état », *Droit et patrimoine,* mars 1993, p.89.

[452] D., BORILLO, « Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ? », *in* A., SCHUSTER, *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century,* Forum, 2011 [En ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01243071. Consulté le 2 janvier 2016].

[453] C., CHILAND, *Le roc, Raconter avec Jacques HOCHMANN,* Paris, Les éditions GREUPP, p.73-82.

[454] Modifié par nous. Citation initiale « un trouble de son sentiment d'identité sexuelle ». Nous préférons employer le mot « sexuée » qui sous-entend l'idée de sexuation plutôt que le mot « sexuelle » qui tient du champ lexical de la sexualité.

[455] R., KÜSS, *Ibid.,* p.819.

[456] Il s'agit de la conviction inébranlable qui n'est pas nécessairement synonyme de précocité. Ainsi une femme pourra prendre conscience de l'erreur de son corps tardivement. Pendant longtemps, cette prise de conscience tardive était un motif de refus du changement de sexe pour les juges. TGI Paris, 16 novembre 1982, *Gaz. Pal.*, 1983-J-603 à 610 ; TGI Niort, 5 janvier 1983, *Gaz. Pal.*, 1983, Rec. Des somm. 264 ; CA Agen, 2 février 1983, *JCP,* 1983-II-20133, *Gaz. Pal.*, 1983-J-603 à 610 ; TGI Nanterre, 21 avril 1983, *Gaz. Pal.,* 1983-J-603 à 610 ; TGI Angoulème, 2ème ch., 18 janvier 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, Rec. Des somm. 427 et 428 ; CA Versailles, 21 novembre 1984, *Gaz. Pal.*, 1986, Rec. Des somm. 348 ; TGI Blois, 12 avril 1985 (inédit) ; TGI Thionville, 28 mai 1986, *Gaz. Pal.,* 1987, rec. Des somm. 105 ; CA Paris, 19 avril 1988, *JCP* 1988 Actualités, p.21, *D.,* 1988-IR-137.

psychique[457] causée par cette discordance. La personne transsexuelle s'estime victime d'une erreur de la nature de la même manière que les intersexes, elle va demander que son corps et son état civil se conforment à leur véritable sexe, ce qui la distingue clairement de l'intersexualité physique[458], où le sexe apparent n'est pas tout à fait vrai, mais accepté. Dans le transsexualisme, seule est en cause la représentation subjective du sexe[459], le seul point commun entre les deux états est que la discordance dont il est question est indépendante de la volonté des sujets et correspond à un déterminisme encore aujourd'hui inconnu[460]. D'autres notions doivent également être différenciées du transsexualisme[461], à l'image de l'homosexualité[462], du travestisme et de la démence. D'abord, le transsexualisme est un « *syndrome sui generis qui ne peut être comparé avec l'homosexualité qui est basée sur la revendication d'un sexe et de sa vision sociale… Le trans ne cherche pas à revendiquer son sexe social, mais cherche à rétablir une erreur de la nature « fuir l'ambiguïté sexuelle* » »[463].

---

[457] On parle de souffrance clinique.

[458] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.481.

[459] J., PENNEAU, obs. sous CA Toulouse, 11 oct. 1978, *JCP,* 1981-II-19529.

[460] La confusion entre l'hermaphrodisme et le transsexualisme fut telle que certains transsexuels se faisaient passer pour des hermaphrodites afin d'obtenir le changement de sexe. V. CA Paris, 24 février 1978, *JCP,* 1979-II-19202 : Pour une femme qui pendant l'enfance et l'adolescence avait subi des transformations morphologiques externes et sur les organes génitaux mais qui a provoquer d'autres transformations physiques tendant vers le sexe d'orientation donc rejet de la demande de changement d'état civil. Ou le cas d'Agnès, Cas d'Agnès qui se présente à une consultation d'endocrinologie à l'UCLA. Il s'agit d'une femme avec des organes externes masculins sans autres anomalies, le Dr. GARFINKEL pense que c'est un cas rare d'insensibilité à la testostérone qui se manifeste d'habitude par une atrophie du pénis et des testicules non descendues (qu'on enlève pour diminuer le risque grave de cancer). Mais en réalité Agnès a toujours été un homme il a juste pris les hormones de sa mère au début de son adolescence, v. H., GARFINKEL, « Passing and the management Achievement of Sex Status in a « intersexual » person », *in* H., GARFINKEL, *Studies in Ethnomethodology,* Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1967.

[461] Par le biais d'un diagnostic négatif ou différentiel : si les « symptômes » ne correspondent pas aux maladies mentales connues alors le patient est transsexuel. V. I., BON, *Le transsexualisme. Analyse de pratiques médicale et juridique,* Thèse, Lyon 3, 1990, p. 79 ; J., MASSIP, « Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *D.,* 1991, p. 169 ; J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique,* Paris, LGDJ, 1993, p.473 ; J.-H., SOUTOUL, M., TOUZÉ, E., FROGE, F., PIERRE, « Le médecine et le juge français face aux transsexuels en 1986 », *J. Gynécol. Obstet. Biol. Reprod.,* 1986, 15, p. 875

[462] V. « *Konträre Sexualempfindung* » R., VON KRAFFT-EBING et A., MOLL, *Psychopathia sexualis,* 8ème édition, t. 1, Payot, 1923, p.113 ; J., RUBELLIN-DEVICHI, *in Le transsexualisme : actes de la réunion du 17 juin 1983 au Palais du Luxembourg,* Groupe d'études du droit médical, textes rassemblés par O., DIAMANT-BERGER, Masson, 1984, p. 18 ; J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p.474 ; A., ROSARIO, *Science and Homosexuality*, New Yourk, Routledge, 1997 ; I., LÖWY, « Intersexe et transsexualités : les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre,* 2003/1 (n°34), p.84 ; E., DORLIN, *Sexe, genre et sexualités. Introduction à la théorie féministe,* Paris, PUF, 2008, p.38.

[463] J., PETIT, *Ibid.*, p.268. Néanmoins, selon le stade de la métamorphose, la différence peut paraître ténue car tant qu'il appartient à son sexe d'origine, le transsexuel vit une homosexualité « assez particulière » car persuadé d'être du sexe opposé, il a donc des rapports en adéquation avec le sexe qu'il revendique. Certains transsexuels peuvent être homosexuels dans le sens anatomique du terme car ils ont des relations avec des personnes du même sexe, mais ils sont hétérosexuels dans leur genre. Ils souhaitent avoir des relations « en tant que femme », et le meilleur moyen de s'y rapprocher le plus, c'est d'en avoir des hommes. V. R., KÜSS, *op. cit.*, p.820 ; A., OPPENHEIMER, « La sexualité masculine ou comment s'en débarrasser. Réflexions sur la sexualité masculine à partir du transsexualisme », *in* G., DELAISI DE PARSEVAL, *Les sexes de l'homme,* Seuil, 1985, p.127 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.475 ; TGI Paris, 1ère ch., 4ème sec., 13 juillet 1982 (inédit) ; TGI Saint Etienne, 11 juillet 1979 : Pour une fille attirée par les femmes au début de l'adolescence et qui préfère les jeux et l'habillement de garçon ; CA Toulouse, 11 octobre 1978 : Pour un garçon qui préfère les jeux féminins et éprouve une « répulsion » envers le sexe féminin.

L'élément fondamental de la distinction[464] réside dans le fait que la personne homosexuelle « *ne demande pas un état sexuel différent que celui que lui assigne son état physiologique* »[465]. Enfin, une autre différence se trouve dans les revendications de chacun, d'un côté, les homosexuels revendiquent leur différence, de l'autre, les transsexuels veulent gommer cette erreur[466]. En définitive, « *objectivement, au-delà de toute controverse morale, l'homosexualité doit être considérée comme une variante, parmi d'autre, de la sexualité potentielle et vécue. C'est en cela qu'elle diffère fondamentalement de la transsexualité : elle est de l'ordre de l'affect et de l'éros, alors que la transsexualité est intimement liée à la définition même de la personne humaine* »[467].

Le transsexualisme est à différencier du travestisme[468] comme « *trouble du comportement qui se cantonne au désir de se parer des vêtements du sexe opposé, mais en gardant le sentiment très clair de l'altérité* »[469]. Les travestis retirent du plaisir dans la mascarade, tandis que les transsexuels se griment pour apaiser leur souffrance. Cependant, comme avec l'homosexualité, la frontière entre le travestisme et le transsexualisme est assez mince, en effet, le travestissement peut apparaître comme une étape de la métamorphose[470]. Enfin, il a fallu distinguer le transsexuel d'une autre catégorie qui fut attribuée également aux homosexuels et aux travestis : les déments[471]. Il faut entendre la démence comme la « *détérioration* […], *la dissociation irréversible du psychisme* »[472]. L'Organisation mondiale de la santé a lourdement contribué à une telle confusion, car elle classe – toujours - le transsexualisme parmi les maladies mentales[473]. Alors que la science médicale s'accorde à

---

[464] J.-P., BRANLARD, *Ibid.,* p. 476.

[465] J., PENNEAU, obs. sous Cass. 30 novembre 1983, *JCP*, 1984-II-20222.

[466] J.-P., BRANLARD, *Ibid*. Mais la confusion peut aussi être causé par le fait que la communauté transgenre ait rejoint le collectif LGBT alors que les revendications ne sont pas les mêmes. V. A., ALESSANDRIN, *La transidentité : Des changements individuels au débat de société,* L'Harmattan, 2011, p.28.

[467] Propos recueillis de D., VANNEREAU par J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.477.

[468] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*

[469] J., RUBELLIN-DEVICHI, *Ibid.*, p. 18. Pour d'autres définitions, v. J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.478 ; C., FORTIER, « La question du transsexualisme en France. Le corps sexué comme patrimoine », *CDSA,* n°18, 2014, p.269-282, p.270 ;

[470] Alex. Town Talk, 7 mai 1974 ; source, N., NICOLS-PUGH, rapport Louisianais, *La vérité et le droit* (journées canadiennes), Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, vol. 38, Economica, 1989, p.156, note 19 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.478 ; V. notamment : TGI Paris, 24 novembre 1981, *C.B. c/ Ministère public*, *JCP*, 1982-II-19791 ; TGI Paris, 1ère ch., 4ème sect., 13 juillet 1982, inédit ; H.-P., KLOTZ, E., BOREL et R., COLLA, « Le travestissement hétérosexuel habituel. Forme particulière des ambiguïtés sexuelles constitutionnelles », *Semaine des hôpitaux,* 1955, n°65, p.3443 ; Propos recueillis de D., VANNEREAU par J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.477 ; Ordonnance du 16 brumaire an IX (7 novembre 1800) par le Préfet de police DUBOIS, les femmes qui veulent porter des pantalons doivent en demander l'autorisation en Préfecture ; Ordonnance du 27 janvier 1907 par le Préfet de police de Paris LEPINE, sur l'interdiction du travestissement autres que les dimanches, lundi et mardi gras et jeudi de mi-carême, sauf autorisation spéciale ; Le Préfet de police LEONARD qui interdit que les hommes portent des vêtements de femme ; 1947 avec l'autorisation spéciale du Ministère des affaires culturelles pour les cabarets de travestis.

[471] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.479.

[472] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*

[473] La dysphorie de genre fait partie du Chapitre V de la Classification internationale des maladies (C.I.M.) intitulé « Troubles mentaux du comportement ».

réfuter la présence de toute pathologie mentale chez les personnes transsexuelles[474], de même que le décret 10 février 2010 sort le transsexualisme des affections longue durée (A.L.D.) psychiatriques pour un faire une A.L.D. « hors liste ». En définitive, le transsexualisme « *n'est pas une anomalie sexuelle génétique comme l'hermaphrodisme ou l'androgénie, ni une « dérive » sexuelle comme l'homosexualité ou le travestisme. Le transsexualisme c'est une conviction. C'est la conviction d'être une femme alors qu'on est un homme et réciproquement* […] *C'est l'idée prévalente qu'on appartient en réalité au sexe opposé au sien* »[475] .

86 . En dépit d'un nombre important d'écrits sur le sujet[476], les recherches scientifiques menées n'ont pas su trouver la cause du transsexualisme. Aucune cause biologique n'a été relevée malgré un certain nombre de tentatives[477], la principale raison sur ce manque d'études est la difficulté à chiffrer le nombre de personnes transsexuelles[478] due à leur invisibilité[479]. C'est pour cela que certains auteurs sont venus affirmer que le transsexualisme n'était qu'une conséquence de la recherche médicale qui avait déjà fait ses preuves en termes de chirurgie esthétique et de procréation médicalement assistée (P.M.A.),

---

[474] À ce titre, v. R., VON KRAFFT-EBING et A., MOLL, *Psychopathia sexualis,* 8ème édition, t. 1, Payot, 1923, p.27. Dans cet exemple, les Dr. R., VON KRAFFT-EBING et A., MOLL discutent d'un de leur patient qui ne ressentait aucun instinct pour son propre sexe, se sent complétement étranger au sexe masculin, sentiment d'être une femme qui le sature, sans le moindre signe de folie. V. également le Dr. BENJAMIN qui sort le transsexualisme d la catégorie des psychoses, cité dans J.-P., BRANLARD, *Ibid*.

[475] Conclusions. F., FLIPO, avocat général, sous Cass. Civ., 21 mai 1990, *JCP,* 1990, II, 21588.

[476] J., ESQUIROL, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal*, Paris, J.-B. Baillère, 1838 ; D.-O. CAULDWELL, « Psychopathia transsexualis », *Sexology,* 16, 1949, p.274-280 ; H., BENJAMIN, « Tranvestism and transsexualism », *International Journal of sexology,* 7, 1, 1953, p.12-14 ; M. GILBERT-DREYFUS *in* R., KÜSS, *op. cit.*, p.826 ; R., VON KRAFFT-EBING (1923), *Psychopathia sexualis,* Paris, Editions Climats&Thierry Garnier, 1990 ; P., BANZET, M., REVOL, « L'expérience chirurgicale », *Bull. Acad. Natle Méd.,* 1996;180(6):1395-402 ; J., BRETON, B., CORDIER, « Aspects psychiatriques du transsexualisme », *Bull. Acad. Natle Méd.,* 1996;180(6):1389-94 ; F., SIRONI, *Psychologie(s) des transsexuels et des transgenres,* Paris, Odile Jacob, 2011 ; Information sur l'autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel, *Bull. Acad. Natle Méd.,* 2014, 198, n°3, séance du 25 mars 2014, p. 613-631 ; J.-P., LUTON, C., BREMONT, « La place de l'endocrinologie dans la prise en charge du transsexualisme », *Bull. Acad. Natle Méd.,* 180(6):1403-7.

477 R., KÜSS, op.cit., p.820 ; B., CORDIER, C., CHILAND, T., GALLARDA, « Le transsexualisme, proposition d'un protocole malgré quelques divergences », Ann. Méd. Psychol., 2001, 159, p. 191 ; A., ALESSANDRIN, op. cit., p.28 ; « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », Rapport HAS, novembre 2009, p.23-24 ; Sur une anomalie des déterminants hormono-cérébraux pendant la période fœtale, une seule étude a été menée v. V. J.-N., ZHOU, M.-A., HOFMAN, L.-J.-G., GOOREN, D.-F., SWAAB, « A difference in the human brain and its relation to transsexuality », Nature, 1995 ;378(6552) :68-70 ; J., RUBELLIN-DEVICHI, in Le transsexualisme : *actes de la réunion du 17 juin 1983 au Palais du Luxembourg,* Groupe d'études du droit médical, textes rassemblés par O., DIAMANT-BERGER, Masson, 1984, p. 18 ; Sur une inversion constitutionnelle du sexe cérébrale au niveau de l'hypothalamus, v. GILBERT-DREYFUS, *op. cit.*, p.124 ; Sur une exposition chimique prénatale aux antiépileptiques, v. A.-B., DESSENS, P.-T., COHEN-KETTENIS, G.-J., MELLENBERGH, N., VAN DE POLL, J.-G., KOPPE, K., BOER, « Prenatal exposure to anticonvulsants and psychosexual development », *Arch. Sex. Behav.,* 1999 ;28(1) :31-44 ; Sur une composante héréditaire, v. Etude rétrospective sur des jumeaux. V. F.-L., COOLIDGE, L.-L., THEDE, S.-E., YOUNG, « The heritability of gender identity disorder in a child and adolescent twin sample », *Behav. Genet.,* 2002 ;32(4) :251-7.

[478] Sous-estimé à 1 personne sur 500 par S., BRILL, R., PEPPER, *Wenn Kinder anders fülhen, Indentität ilm anderen Geschlecht, Ein Ratgeber für Eltern,* Munich, éd. Reinhard, 2011, p. 16.

[479] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p.11.

ce qui n'a aucun sens puisque le syndrome existait bien avant que la médecine s'en empare[480]. Pour d'autres, aucune explication n'est envisageable tellement ce syndrome représente « *le comble de l'extravagance, insupportable caprice ou affreuse réalité* »[481]. Nous savons simplement, que les personnes concernées sont victimes d'une erreur « insupportable » de la nature[482] qui touche tous les milieux, du militaire[483], à l'universitaire[484] en passant par le tennisman, sans oublier « Coccinelle »[485]. Les exemples de transsexuels « occidentaux » connus sont nombreux[486] et la réalité ou le mythe du transsexuel a lui aussi traversé les âges, la littérature et l'Histoire, à l'instar des hermaphrodites[487].

87 . Le sexe, quel qu'il soit, demeure binaire car on ne peut être accepté qu'en tant homme ou femme[488], de sorte que la séparation des sexes est un « *facteur d'ordre dans les rapports sociaux* »[489]. De plus, le sexe tient un « *rôle spécifique dans la reproduction* »[490], ce qui a eu pour principal écueil chez le juriste de confondre sexe et sexualité et d'ainsi lier le sexe civil « à la fonction sexuelle »[491]. Cette binarité est tellement ancrée dans notre culture, qu'elle constitue un système de croyance qui rend toutes les autres manières de vivre son sexe, déviantes voire perverses[492], alors qu'aujourd'hui, la sexualité n'est plus utile pour procréer. De plus, on s'aperçoit que « l'identité sexuelle »[493] ne suit pas toujours l'anatomie[494].

Néanmoins, l'article 57 al. 1 du Code civil dispose toujours que l'acte de naissance indique le sexe de l'enfant, sans prendre en compte les difficultés qui pourraient apparaître en cas de

---

[480] Il serait un « produit de notre société » selon « produit de notre société ». V. M., GOBERT, « Les incidences juridiques des progrès de la science biologique et médicale sur le droit des personnes », *in Génétique, Procréation et Droit*, 1985, Actes Sud, rapport introductif, pp. 161-200, sp. pp. 173-179 ; I., PAULY, « Gender Identity Disorders », *in* M., FARBER, *Human sexuality,* t. 1, Mc Millan, 1985 ; G., MÉMETEAU, « Transsexualisme : corps approprié ; jurisprudence à comprendre », *Journal de médecine légale Droit médical*, 1995, T., 38, n°6, p.437 ; I., LÖWY, C., MARRY, *Pour en finir avec la domination masculine. De A à Z,* Les Empêcheurs de penser en rond, 2007, p.328.

[481] M., GOBERT, « Le transsexualisme, fin ou commencement ? », *JCP,* 1988-I-3361, n°1 et 12.

[482] R., KÜSS, *op. cit.*, p.819.

[483] I., LÖWY, « Intersexe et transsexualités : les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre,* 2003/1 (n°34), p.92.

[484] P.-H., CASTEL, « « Vers midi, le 20 août 1995 » : l'épiphanie transsexuelle de D., McCLOSKEY », *Savoirs et clinique,* 2003/1, n°2, p.97-112.

[485] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.413-414.

[486] *Continental Daily Mail,* 2 février 1952.

[487] Pour la littérature, v. notamment, L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p.79. Pour les transsexuels « historiques », v. notamment HÉRAIL, *Sur l'homme-femme connu sous le nom de Mademoiselle Savalette de Lange,* Dilecta, 2006 ; J., PETIT, *op.cit.*, p.264, pour l'Empereur Caligula, la Papesse Jeanne, Henri III ou encore Catherine de Suède.

[488] I., LÖWY, *op. cit.*, p.81.

[489] R., LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *D.,* 2016, 20.

[490] *Petit Robert,* 1988

[491] P., MERCADER, « Du déterminisme à la désexuation : le droit face au transsexualisme », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes,* Paris, CNRS Editions, 2002, p. 82

[492] P., MERCADER, *op. cit.*

[493] Nous la renommerons plus loin.

[494] A.-D., DREGER, « Hermaphrodites in Love : The Truth of Gonads », *in,* V.-A., ROSARIO, *Science and Homosexuality*, New Yourk, Routledge, 1997 ; *Hermaphrodites and the medical invention of sex,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998 ; I., LÖWY, *Ibid.*

sexe incertain ou contesté. Le Droit maintient sa définition restrictive et incomplète du sexe datant du siècle dernier[495], il reste déterminé par son apparence morphologique, alors que « *le sexe est issu d'une juxtaposition d'éléments* »[496]dont l'harmonie et l'équilibre définissent l'identité sexuée[497]. Mais ces composantes peuvent être sujettes à des anomalies qui mettent en lumière les états d'intersexuation. D'une part, l'intersexuation psychique avec le transsexualisme, situation de différence entre identité instituée et sentiment de soi[498], ou « incohérence identitaire »[499] due à un « *mauvais aiguillage du destin* »[500]. D'autre part, l'intersexuation physique, qui n'est pas une ambiguïté sexuelle, mais « *une variation des caractères sexués, notamment morphologiques, hormonaux ou génétiques, lesquels ne se laissent pas classer selon la binarité traditionnelle des sexes* »[501]. Dans cette hypothèse, les personnes intersexes sont « *victimes de la société qui refuse de réparer l'erreur de la nature* »[502] qui les affuble. Même si l'ambiguïté se situe à différents niveaux, il n'en existe pas moins des points communs entre ces deux états. En effet, les personnes concernées ne sauraient être décrites par les formes traditionnelles « homme » ou « femme »[503], car elles sont toutes victimes d'erreur de la nature à l'origine d'un problème identitaire[504] qui les rend inclassables au regard de la bicatégorisation[505].

88 . Mais ces considérations vont s'estomper avec l'apparition de la notion de genre[506], qui trouvera son synonyme dans la composante psychosociale du sexe, qui sera par ailleurs consacrée par l'article 56 de la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle. Au regard des développements pluridisciplinaires autour du genre, la question sera posée : Peut-on se défaire du sexe ?[507]

---

[495] Civ. 6 avril 1903, *D.* P. 1904. 1. 395 ; Sirey 1904. 1. 273, note A. WAHL.
[496] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.454.
[497] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*
[498] A., FINE (dir.), *Etats civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi,* Paris, Editions du CTHS, 2008, p.33
[499] Information sur l'autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel, *Bull. Acad. Natle Méd.,* 2014, 198, n°3, séance du 25 mars 2014, p. 614.
[500] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.104.
[501] M.-X., CATTO, N., COQUET, C., COUSIN, E., FASSIN, C., FRAÏSSE, V., GUILLOT, M., Le MENTEC, B., MORON-PUECH, M., PETKOVA, M., RAZ, P., REIGNE, « Tribune. Stop aux mutilations des personnes intersexuées », *Libération,* 13 mai 2016.
[502] J., COHEN, *op. cit.*, p. 130.
[503] K., BORNSTEIN, citée par J., BUTLER, *Trouble dans le genre,* La Découverte/Poche, 2006, p.31.
[504] A., ALESSANDRIN, *Ibid.*, p.29.
[505] « Ce ne sont pas ces individus qui sont « anormaux » mais bien le cadre conceptuel de la bi catégorisation dans lequel on veut les faire entrer » E., PEYRE, J., WIELS, M., FONTON, « Sexe biologique et sexe social », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes,* Paris, CNRS Editions, 2002, p.34.
[506] Et de son dérivé, la notion de « personnes transgenres », qui revendiquent une identité de genre alternative. V. S. SENGENES, « D'un genre à l'autre », *Terrain,* [En ligne : http ://terrain.revue.org/1748 ; Dol :10.4000/terrain.1748].
[507] En opposition aux propos de J., BUTLER qui proposait de se défaire du genre. V., J., BUTLER, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité,* La Découverte/Poche, 2005, p. 50 et s.

La réponse est inévitablement négative, pour plusieurs raisons entendables. Le Droit encadre les personnes or, le sexe « *est lié à la personne comme l'ombre au corps* »[508], et la bicatégorisation demeure la base des « *fondements économiques et idéologiques des sociétés occidentales* »[509]. De sorte que la création d'une catégorie intermédiaire, comme il l'a été proposé[510], n'aurait pour conséquence, selon les auteurs les plus conservateurs, que de créer une classe de « *parias* »[511], pour laquelle aucun régime juridique n'existerait.

[508] P., MERCADER, *op. cit.*, p. 82.
[509] E., PEYRE, J., WIELS, M., FONTON, *op. cit.*, p.28.
[510] Sans succès toutefois, v. M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et droit », *in Mélanges offerts à P. Raynaud,* Dalloz-Sirey, 1985, p. 656 et s ; CA Paris, 18 janvier 1974, *D.* 1974. 146 ; CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281.
[511] J., CARBONNIER, *Les personnes,* PUF, n°79.

CONCLUSION

DU PREMIER CHAPITRE

89 . Les attributs de l'état des personnes retranscrits dans les actes de l'état civil n'ont pas la même valeur. Nous savons que le premier acte est l'acte de naissance, remplissant une obligation légale et conventionnelle[512] d'enregistrement des nouveau-nés, mais il n'est pas question de produire un nouvel acte à chaque événement de la vie. En effet, il convient de distinguer entre les éléments originels, ou historiques[513] et les mentions marginales, ou ce que nous appellerons les éléments émergents, à l'état des personnes[514]. La seule réelle différence entre les éléments dits « originels » et les marginaux réside dans leur temporalité, les uns s'inscrivant sur l'acte d'état civil dès sa conception, les autres venant le compléter au fil des évènements de la vie. Mais qu'ils soient originels ou non, la plupart des éléments de l'état d'une personne ont vocation à évoluer, naître voire disparaître. Parmi eux, l'âge, le sexe, la filiation, la situation matrimoniale ou encore la capacité, sont tant d'évènements en perpétuel mouvement, mais dont l'état des personnes ne saurait se passer, même si la place de certains en son sein reste controversée[515]. C'est l'acte de naissance qui comportera la quasi-totalité des éléments originels de l'état des personnes, puisqu'il constate l'origine de la personnalité

[512] Art. 7.1, Convention internationale des Droits de l'Enfant**,** adoptée le 20 novembre 1989 par l'Organisation des Nations Unies et entrée en vigueur le 7 septembre 1990 : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance ».

[513] J., CARBONNIER, *op. cit.,* p. 140.

[514] Une interprétation combinée de la jurisprudence de 1988 et de l'article 34 du Code civil permet de déduire quels pourraient être les éléments originels et quels sont ceux qui apparaitront sur l'acte de manière marginale. En effet, le Code civil vise expressément le nom, le prénom, la profession, le domicile et en fait des « événements » dont dépend l'état d'une personne. Une autre analyse reste possible, bien que restrictive. Il s'agit de se référer au plan du Code civil, qui sous son Titre II « *Des actes de l'état civil* » du Livre Premier, ne cite que la naissance, le mariage et le décès, un Chapitre V[514] laissant subsister le caractère évolutif de l'état. Deux appréciations sont possibles et nous sommes en faveur de la seconde, plus restrictive. Les mentions marginales viennent, quant à elles, compléter l'identification de la personne sans pour autant en annihiler les éléments passés, elles attestent de l'évolution du statut juridique de la personne. V. J. AUDIER, « Vie privée et actes de l'état civil », *Etudes offertes à Pierre Kayser,* Tome 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p.7.

[515] Brièvement, parmi les attributs émergents, nous retrouvons l'union matrimoniale. En effet, l'institution du mariage a fortement évolué au cours des derniers siècles, et n'est pas sans influence sur l'état des personnes. Le mariage va déterminer, dans un premier temps la situation matrimoniale. En effet, consécutivement à la célébration du mariage, l'officier d'état civil en inscrit la mention en marge de l'acte de naissance de chaque époux. De cette mention résultera l'identification des débiteurs et créanciers des diverses obligations découlant du mariage, dont les plus célèbres sont les obligations de respect, secours, fidélité et assistance. Aussi, le but traditionnel du mariage est la procréation, l'accès à une autre institution : la famille. Même si le but ensuite de cette procréation change au travers des âges, les couples, mariés ou non, revendiquent de plus en plus un droit à l'enfant, voire, un droit à la famille. C'est avec la naissance de l'enfant que les parents se voient remettre le livret de famille, acte probatoire de leur état civil de parents et de responsables légaux de leur progéniture. C'est à cette même occasion que l'enfant obtiendra son acte de naissance, clé de son existence civile, et point de départ du cycle de l'état des personnes.

juridique : la naissance[516]. Le sexe est un élément historique de l'état des personnes[517] puisqu'expressément visé à l'article 57 du Code civil.

90 . Nous le comprenons, l'état des personnes, matérialisé par les actes de l'état civil, remplit une mission de sécurité juridique et de police civile[518] afin de rendre chaque sujet de droit clairement identifiable individuellement par l'État, selon les mêmes critères. Ces principes, ont, par ailleurs, été s en tant que principes généraux du droit par le Conseil d'État[519]. Cet acte rend compte de l'identité *idem* de chaque individu, dans un « *souci de connaissance et d'emprise sur les sujets de droit présents sur* [le] *territoire* »[520], puisqu'en effet, l'« *impossibilité de fournir un état civil place* [la personne] *dans une situation administrative inextricable et la prive des droits attachés à la personne humaine* » [521]. L'État se retrouve alors débiteur d'une double obligation : fournir l'état civil et en protéger les éléments, sans qu'aucune disposition constitutionnelle ne le lui ordonne[522]. Il est donc important que ces critères, ces éléments de l'état des personnes échappent à l'autodétermination des personnes et adoptent des caractères d'indisponibilité, d'imprescriptibilité et d'immutabilité. Autant de notions qui suscitent les idées de fixité et de durabilité chères à Emile LITTRÉ.

91 . Dès lors, ces critères d'identification doivent revêtir un caractère de stabilité qui est assuré par des principes d'ordre public qui sont, aujourd'hui plus qu'hier, fortement remis en cause[523]. Les attributs de l'état des personnes et, à plus forte raison, le contenu des actes de l'état civil se retrouvent fragilisés, plus spécifiquement le sexe. Cette fragilité est d'autant plus accentuée par le fait qu'elle s'applique à une notion universellement usitée, mais dont la définition reste insaisissable, d'une part en vertu de la pluralité de ses acceptions relatives, et d'autre part au regard des cas dans lesquels le sexe nous apparaît comme incertain[524]. Nous le savons désormais, le sexe juridique ne peut plus être limité à la seule apparence des organes

---

[516] Pour une liste des éléments présents dans l'acte de naissance, il faut se référer aux dispositions de l'article 57 du Code civil. Ainsi, sont les éléments originels la date et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant ainsi que ses prénom(s) et nom(s).

[517] En dépit de son absence remarquée dans l'article 34 du Code civil.

[518] A.-M., LEROYER, « La notion d'état des personnes », *in Mélanges M. GOBERT,* Economica, 2004, p. 248.

[519] CE, Sect. 26 mars 2006, *Société KPMG.*

[520] X., BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel,* 2006/1, n°65, p.79. Cette exigence s'étend même aux étrangers qui se trouvent sur le territoire, v. CA Paris, 24 février 1977, *Defrénois,* 1978, art. 31-590, p.49 ; *D.,* 1978, Juris. p. 168, note MASSIP.

[521] TGI Lille, 28 septembre 1995, *LPA,* 8 aout 1997, note MASSIP ; *D.,* 1997, p.2, note LABBÉE.

[522] X., BIOY, *op. cit.*, p.79-80.

[523] Sur le nom patronymique, v. notamment : Art. 61, Code civil ; Req., 14 avril 1934, *DH.* 1934. 285 ; Civ. 1ère, 15 mars 1988, *D.* 1988. Jur. 549 ; Civ. 1ère , 17 décembre 2008, *D.* 2009. Chron. C. Cass. 747 ; *AJ Fam.* 2009. 86, obs. MILLEVILLE ; *RTD Civ.,* 2009. 91, obs. HAUSER.

[524] J., MASSIP, « La transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *D.,* 1991, p.169.

génitaux, ces derniers n'étant pas toujours fiables. En effet, cette notion est plus complexe[525] et ne recoupe pas uniquement les organes génitaux visibles. Cette complexité s'accompagne par ailleurs de l'émergence devant les prétoires d'actions gracieuses de changement de sexe. Il apparaît alors que des personnes nées hommes doivent devenir femmes pour leur salut et leur santé mentale comme physique, et que d'autres ont été assignées dans un des deux sexes, alors qu'ils ne sont en réalité, ni homme, ni femme. Les principes d'ordre public appliqués à l'état des personnes sont la manifestation d'une attitude négationniste de la part des juges dans le traitement de ces cas, et le maintien de leur application constitue « *l'expression euphémique du refus de remettre en cause le principe de correspondance entre le sexe et le genre* » [526] et s'inscrit dans la « *lutte* [permanente] *contre le déterminisme chromosomique* »[527].

[525] TGI Créteil, 22 octobre 1981 ; TGI Paris, 24 novembre 1981 et 16 novembre 1982.
[526] CA Nancy, 3 janvier 2011, deux décisions n°09/00931 et 09/00753.
[527] L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », *D.,* 1981-I-140, p.140

CHAPITRE SECOND :

GENDER IS THE NEW SEX OU LE GENRE, CE NOUVEAU SEXE

« *C'est le changement qui est le cœur de l'état, on passe de naissance à mort* »[528].

« *Le trait le plus fondamental de la modernité réside dans l'affirmation selon laquelle l'homme est législateur de sa propre vie* »[529].

92 . Dans une acception large, nous savons que l'état civil désigne la situation d'une personne en droit privé, et la doctrine s'accorde pour affirmer que cet état civil fait partie de notre personnalité au même titre que la vie privée[530]. Il existe en effet une corrélation à sens unique entre état des personnes et vie privée, puisque si tous les éléments de l'état font nécessairement partie de la vie privée des personnes[531], la réciproque n'est pas constamment vérifiable, et tous les éléments de la vie privée n'intéressent pas l'état civil. À l'image de l'orientation sexuelle qui constitue un élément incontestable de la vie privée, mais ne saurait faire partie des attributs de l'état des personnes, tandis que le sexe est un élément de l'état des personnes et bénéficie d'une protection particulière attachée, d'une part au respect dû à la vie privée, et d'autre, au respect du corps humain. Dès lors, nous pouvons affirmer que l'état civil se crée au moyen du constat d'évènements de la vie privée[532].

---

[528] I., THERY, « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».
[529] EW. BÖCKENFÖRDE, *Droit, Etat, Constitution démocratique,* Paris, LGDJ, 2000, p. 285 et s.
[530] J. AUDIER, « Vie privée et actes de l'état civil », *Etudes offertes à Pierre Kayser,* Tome 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p.1.
[531] J. AUDIER, *op. cit.*, p. 2.
[532] J. AUDIER, *ibid.*, p. 6.

Cette réification de certains aspects de la vie privée par les actes de l'état civil a contribué à en faire les gardiens de l'identité juridique, ou de l'identité civile des personnes, d'une telle manière que le Droit s'est longtemps désintéressé de l'identité individuelle[533], puisque ne répondant à une aucune obligation *a priori* à la charge de l'État.

93 . Néanmoins, et sous une impulsion européenne, nous assistons depuis quelques décennies à une véritable « *subjectivisation de l'identité individuelle* »[534], au travers de textes supra nationaux[535] appelant les États membres de l'Union européenne (U.E.) à consacrer un droit à l'identité sexuelle, sous le prétexte de la question transsexuelle.

Tout en saluant cette initiative européenne, nous estimons que la terminologie employée est maladroite. En effet, « l'identité sexuelle » tend à désigner la perception des rapports d'ordre sexuel, et se trouve donc synonyme « d'orientation sexuelle ». Nous songions alors à parler d'identité sexuée, mais ici encore la proposition n'est pas satisfaisante. Si la sexuation « *constitue l'aboutissement d'une identification qui amène tout sujet* […] *à se ranger dans l'un*[…] *ou l'autre* [des deux sexes] », alors l'identité sexuée ne concerne pas les personnes intersexes qui se verraient privées de ce droit et de la protection qui y serait attachée.

Dès lors, l'avènement des théories et des études sur le genre a orienté notre choix sur « l'identité de genre ». Nous préférons cette terminologie car elle ne limite en rien notre analyse aux seules personnes en état d'intersexuation, puisque les questions de genre intéressent tout le monde (SECTION I).

D'autant plus que l'émergence de cette notion d'identité de genre (SECTION 2), et même celle de genre dans le paysage juridique français, a fortement contribué à la reconnaissance *quasi* totale de la nouvelle fonction de l'état civil qui est devenu « *une institution traditionnelle confrontée à la vie contemporaine qui exige efficacité et exactitude, mais reste aussi gardienne de la vie privée des individus* »[536]. Or, cette vie contemporaine bat au rythme d'une volonté individuelle toujours plus grandissante, toujours plus protégée par les droits attachés au respect de la vie privée, qui aspirent à faire reconnaître les identités individuelles de chacun. Résumons : « *la notion de vie privée est donc l'un des reflets les plus exacts de toute une civilisation* »[537].

---

[533] D., DEROUSSIN, « Eléments pour une histoire de l'identité individuelle », *in* B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p. 7.
[534] D., DEROUSSIN, *op. cit.*, p.9.
[535] Voir notamment : Résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, et la Recommandation n°1117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 septembre 1989, relative à la condition des transsexuels.
[536] J. AUDIER, *ibid.*, p. 5.
[537] B., BEIGNIER, *Le droit de la personnalité,* Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ?», 1992, p.9.

SECTION PREMIÈRE : L'INTERDÉPENDANCE DES NOTIONS DE SEXE ET DE GENRE

« *La théorie du genre n'existe pas*, [il n'existe que des] *études de genre* »[538].

94 . Parler de sexe fait mauvais genre et parler de genre dérange, si nous en croyons la vive émotion qu'a suscité l'intégration dans les programmes de sciences et vie de la Terre des premières Littéraire et Economique et Sociale (L. et E.S.), d'un nouveau thème : « Devenir homme ou femme » [539]. Désormais, les ouvrages des lycéens non scientifiques leur apprendront à différencier le sexe biologique qui est désigné à la naissance et matérialisé par le corps, l'identité de sexe c'est-à-dire, les rôles attachés au féminin et masculin qui sont construits en fonction de l'environnement social – ce que nous rebaptisions plus haut l'identité de genre – et l'orientation sexuelle qui est l'attirance sexuelle et n'ayant rien à voir avec les deux autres[540].

Cet engouement pour le genre n'est pas nouveau et prend sa source dans les théories féministes de la fin du XXème siècle[541] avant de devenir un des sujets de prédilection des

[538] Propos de Mme Le Ministre de l'Éducation Nationale, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche, recueillis par E., BERRETTA, « Filles-Garçons, Najat Vallaud-Belkacem refait le match », *Le Point,* 20 juin 2013, n°2127 ; L., LAUFER, F., ROCHEFORT (dir.), *Qu'est-ce que le genre,* Paris, Payot et Rivages, Coll. « Petite Bibliothèque Payot », 2014, p.8.

[539] Voir le Bulletin officiel spécial n°9, du 30 septembre 2010 : également la pétition « Enseigner le genre : contre une censure archaïque », Institut Émile du Châtelet, *Le Monde,* 14 juin 2011. La théorie du genre fait sa première apparition au grand public en 2005 dans un ouvrage du Conseil pontifical pour la famille, *Lexique des termes ambigus et controversés sur la famille, la vie et les questions éthiques*. Pour d'autres ouvrages v. C., VIDAL, « La soi-disant « théorie de genre » à l'épreuve des neurosciences », *in* L., LAUFER, F., ROCHEFORT (dir.), *op.cit.*, p.70-71 ; L., BERINI, M., TRACHMAN, *Le genre, théories et controverses,* Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2014, p.6 ; S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., MÖSCHEL, D., ROMAN (dir.), *Ce que le genre fait au droit,* Dalloz, 2013, p.4 ; Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'introduction et la diffusion de la théorie du genre en France, n°482 déposée à l'Assemblée Nationale le 7 décembre 2012 ; I., LÖWY, « Intersexe et transsexualité : les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique et du sexe social », *Les cahiers du genre,* n°34, 2003 ; L., MURAT, *La loi du genre. Une histoire culturelle du « troisième sexe »,* Fayard, 2006 ; P.-H., CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Gallimard, 2003 ; Question au Gouvernement n°1627, relative à la présence de la théorie du genre dans les manuels scolaires de sciences de la vie et de la Terre, *JO*, 29 nov. 2001 ; D., DUBY, M., PERROT, *Histoire des femmes en Occident,* 5 tomes, Paris, Plon, 1990-1991.

[540] L., BERINI, M., TRACHMAN, *op. cit.*, p.24.

[541] Pour un panorama des théories féministes, v. M.-C., BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD civ.,* 2001, p.1.

philosophes de la *French Théorie*[542]. Il est difficile d'appréhender les études sur le genre de manière uniforme tant les courants intellectuels qui s'en emparent sont nombreux et aléatoirement militants[543]. Néanmoins, une définition brillant par sa neutralité a su éclairer le profane en sociologie que nous sommes, ainsi « *les études de genre ont pour objectif d'analyser les processus inégalitaires qui conduisent à créer différentes formes de différenciation entre les sexes* »[544], elles ont donc pour objet « *les rapports sociaux entre les sexes* »[545], c'est-à-dire, les stéréotypes culturellement ancrés – qui seront déconstruits – et qui tendent à affirmer qu'une personne appartient ou non à l'un des deux sexes.

95 . Même s'il apparaît évident que sexe et genre sont étroitement liés, une brève explication sur cette notion qui, contrairement au sexe, fait l'objet d'une pléthore de définitions, s'impose (I) afin d'essayer de comprendre pourquoi le genre, concept théorisé, a tardé à être pris en compte par le Droit (II).

I . Le genre : une notion définie

96 . La science médicale s'est efforcée de révéler l'existence des différentes composantes du sexe, effort qui n'a pas été fait du côté du Droit qui continue à réclamer une assignation fondée sur l'aspect physique des organes génitaux, soit sur la seule composante physique. La complexité du concept de sexe est donc restée pendant longtemps absente des considérations juridiques.

---

[542] La *French Theorie* est un courant philosophique né aux Etats-Unis dans les années 1970 sous l'influence des « nouveaux philosophes » français, parmi lesquels se retrouvent notamment Michel Foucault, Jacques Lacan, Claude Lévi-Strauss, Julia Kristeva ou encore Monique Wittig. Un des aspects de cette théorie réside dans la critique de ce qui est communément admis par la société, voire même, de la critique de cette critique.

[543] Pour les revues : *Clio ; Genre, sexualité et société* ; *Les Cahiers du genre ; Nouvelles questions féministes ; Travail, genre et sociétés.* Pour les associations : Association nationale des études féministes (ANEF), Mnémosyne, RING. Pour les cursus d'enseignement supérieur : Master « *Genre, politique et sexualité* » de l'EHESS ; Master « *Genre(s), pensées des différences, rapport de sexe* » à Paris 8 ; Master « *Genre et politiques sociales* » à Toulouse. Pour les manuels de référence français : L., BERINI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Introduction aux études sur le genre,* Bruxelles, De Boeck, 2012 ; E., NEVEU, C., GUIONNET, *Féminins-masculins : sociologie du genre,* Paris, Armand Colin, 2009 ; L., PARINI, *Le système du genre. Introduction aux concepts et théories,* Zürich, Seismo, 2006 ; M., FERRAND, *Féminin masculin*, Paris, La Découverte, 2004.

[544] L., LAUFER, F., ROCHEFORT (dir.), *Ibid.*, p.9.

[545] L., BERINI, M., TRACHMAN, *ibid.*, p.11.

Mais l'arrivée devant les prétoires de requêtes émanant de personnes transsexuelles, et récemment, intersexes, a fait évoluer la vision que devait avoir le Droit sur le sexe. L'apparence des organes génitaux n'est plus un gage de vérité pour les actes de l'état civil. En l'absence de loi, ce sont les juges qui ont fait évoluer cette perception, malheureusement, le manque de cadre législatif a eu pour conséquence une appréciation anarchique des composantes du sexe en fonction du tribunal saisi. Dès lors, il nous était impossible de faire ressortir une composante prépondérante. Cependant, l'article 56 de la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle semble faire du sexe psychosocial la composante prépondérante à prendre en compte dans les demandes de changement de sexe[546].

Le prise en compte juridique du sexe psychosocial nous intéresse tout particulièrement, puisque la doctrine a depuis longtemps assimilé cette composante à la notion de genre (A), même s'il convient de la préciser afin d'en saisir toutes les nuances (B).

A . Brefs éléments de compréhension à propos du genre

97 . Il serait erroné de prendre pour acquis que le genre n'est qu'une notion féministe. En réalité, le genre a été instrumentalisé par les théories féministes[547] dans le but de déconstruire les fondements culturels de notre société occidentale, tentant ainsi de prouver que « *les femmes sont des hommes comme les autres* »[548]. Or, si on remonte à la genèse du genre[549], nous nous rendons compte que cette notion fut utilisée en 1955[550] par les pionniers des questions sur les états d'intersexuation : le Professeur John MONEY, psychologue et

[546] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

[547] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., MÖSCHEL, D., ROMAN (dir.), *op. cit.*, p.16 ; M., NAAB, « Gender studies, une appropriation encore timide dans le droit français, *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p. 21-25.

[548] G., WOLINSKY, Les femmes sont des hommes comme les autres, Glénat, 2009. V. Art. 3 de la Convention de la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique : « […] le terme « genre » désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes »

[549] B., LEVET, La théorie du genre ou le monde rêvé des anges, Paris, Grasset, 2012, p.56 ; S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD, D., ROMAN, *Genre et droit. Ressources pédagogiques,* Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2016, p. 4.

[550] Bien qu'elle fut découverte par Blair BELL, doctorante, en 1915. V., A., DOMURAT-DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex,* Harvard University Press, 1988, 158-66.

sexologue spécialisé dans l'hermaphrodisme[551], d'une part, puis popularisée par le Professeur Robert STOLLER, psychiatre pour les personnes transsexuelles [552] lorsqu'il crée la *Gender Identity Research Clinic*[553]. Le terme « *gender* » n'a pas facilement trouvé de traduction en langue française[554], et cette difficulté est sans doute issue la polysémie du mot « genre », alors que le terme « *gender* » en anglais ne dispose que d'un seul sens[555]. D'ailleurs, la langue française tend à confondre le sexe et le genre dans la qualification des personnes. Ainsi, sur les documents d'identité ou tout autre document, lorsqu'il est question de renseigner la mention du sexe, il convient de cocher soit « masculin », soit « féminin », contrairement à la langue anglaise, où dans ce genre de circonstances ce sont les adjectifs « *male* » et « *female* » qui sont employés, alors que lorsqu'il est question « *gender* » ce sont les mots « *masculinity* » et « *feminity* » qui apparaissent.

Le sens commun français fait du genre un « *ensemble d'êtres ou d'objets ayant la même origine ou liés par la similitude d'un ou de plusieurs caractères* »[556], c'est ainsi que telle chose peut être décrite comme « un genre de » ou que cette personne appartient au genre féminin ou au genre masculin.

98 . Tel que le « *gender* » a été pensé par J. MONEY et R., STOLLER, son but fut de différencier le sexe biologique et l'identité sexuelle[557] - ce sont les termes employés par l'auteur, dorénavant, et pour les raisons exprimées plus haut nous parlerons d'identité de genre, en dépit des termes précis employés par les auteurs que nous citerons. En effet, pour ces derniers, les identités féminine et masculine sont des constructions purement sociales,

---

[551] Il est par ailleurs, le père de la notion de « *sex of rearing* », qui sera traduite par « sexe d'élevage » que nous développerons dans le Titre second de notre première partie.

[552] R., STOLLER, Recherche sur l'identité sexuelle, Paris, Gallimard, 1978 ; R., STOLLER, Sex and Gender : On the development of Masculinity and Feminity, New York, Sicence House, 1968.

[553] E., DORLIN, Sexe, genre et sexualités. Introduction à la théorie féministe, Paris, PUF, 2008, p.34.

[554] D'ailleurs, la Commission générale de terminologie et de néologie a proscrit le terme de genre dans la langue française, v. L., LAUFER, F., ROCHEFORT (dir.), *Ibid.*, p.10. Il a été, un temps question de « tempérament », faisant référence aux traits de caractère, les tendances à la douceur ou à la violence ou encore la créativité pour désigner le « *gender* », or, cette notion de tempérament se trouve incompatible avec le but des études sur le genre : la déconstruction des stéréotypes. En effet, ces tempéraments constituent les traits de caractères attendus chez l'homme ou la femme, soit, l'objet de la déconstruction, v. M., MEAD, *Mœurs et Sexualité en Océanie,* Paris, Plon, 1963. Sur l'évolution du genre en France, v. E., FASSIN, « L'empire du genre. L'histoire politique ambiguë d'un outils conceptuel », *L'Homme,* 2008, p. 187-188 ; L., PARINI, « Le concept de genre : constitution d'un champ d'analyse, controverses épistémologiques, linguistiques et politiques », *Socio-logos,* 5, 2010.

[555] En français, le genre touche à la grammaire, au naturaliste, à la littérature ou encore au langage commun. V. I., LÖWY, H., ROUCH, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du Genre,* n°34, p. 5.

[556] D., BORILLO, « Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ? », *in* A., SCHUSTER, *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century,* Forum, 2011 [En ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01243071. Consulté le 2 janvier 2016], p.42.

[557] J., MONEY, « Hermaphrodism, Gender et Precocity in Hyperadrenocorticism : Psychologicals Fondings », *Bulletin of The John Hopkins Hospital,* 96(6), 1955.

voire familiales[558], contrairement au sexe qui est issu d'un déterminisme biologique sur lequel les pressions sociales ou familiales n'ont aucune prise.

Dès lors, le genre vise ce qui touche à la distinction homme/femme, à l'exclusion du biologique, c'est-à-dire le sexe[559] dans ses composantes objectives, il représente donc les « *qualité*[s] *de masculinité et de féminité que l'on trouve dans une personne* »[560].

Nonobstant la clarté de cette définition, le genre va subir quelques ajustements au fil du temps et au rythme de la multiplication des courants liés aux études sur le genre. Dès lors, il n'est plus seulement une qualité, mais tantôt un sentiment, une identité[561], ou un système[562], tantôt un attribut[563] attachés à une bi catégorisation qui va permettre de guider des comportements adéquats. Cette notion d'adéquation, nous démontre que le genre oscille inévitablement entre des considérations individuelles et sociales : le comportement adéquat l'est car il est reconnu comme tel par la société, tandis que le cheminement pour y adhérer ou non est une pure construction individuelle.

99 . Certains sociologues, à l'image de Judith BUTLER[564] occultent totalement la considération sociale du genre pour laisser une place plus grande à l'autodétermination des personnes, sans pour autant renier la part de déterminisme biologique dans le choix de ce genre. Ainsi, selon BUTLER, le genre n'est que loi individuelle, bien que cachée et produite dans le corps, par notamment les organes génitaux ; il donne naissance à l'identité[565].

Cette identité, puisqu'elle est influencée, sans pour autant être prédéterminée par les composantes objectives du sexe puis construite par les influences sociales et familiales, a été

---

[558] Nous pouvons parler de « pression éducative » dans certains cas, plus spécifiquement au début de la prise en charge des cas d'enfants intersexes assignés à la naissance au début des années 1950. En effet, John MONEY préconisait aux parents de ces enfants de ne pas négliger l'éducation dans le « sexe d'élevage » de ces derniers, passant par une hyper stéréotypisation des comportements attachés à l'un ou l'autre sexe choisi. V. G., LE MANER-IDRISSI, *L'identité sexuelle,* Paris, Dunod, coll. « Les topos », 1997, p.18.

[559] P., MERCADER, « Du déterminisme à la désexuation : le droit face au transsexualisme », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes,* Paris, CNRS Editions, 2002, p. 81.

[560] R., STOLLER, *op. cit.*, p. 28.

[561] J., de GANCK, Le sexe, une invention moderne ? Histoire des réactions face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine 1830-1914, Université des femmes, coll. Cahiers de l'UF, n°8, 2012, p.109.

[562] M., PICHARD, « Etat des personnes, genre et identité », *in* « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité » ; L., BERINI, M., TRACHMAN, *Le genre, théories et controverses,* Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2014, p.15 ; L., BERINI, *Introduction aux études sur le genre,* 2ème éd., Bruxelles, de Boek, 2012, p. 10 ; S. ERRINGTON, « Recasting Sex, Gender et Power : A theoritical and Regional Overview », *in* J, ATKINSON et S. ERRINGTON, *Power and Difference : Gender in Island Southeast Asia,* 1990, Stanford University Press, p.3.

[563] Réappropriation de la définition de A. Oakley, *Sex, Gender et Society*, par J., DE GANCK, *op. cit.*, p.8.

[564] Qui reste notre source de référence puisque ces travaux sont rarement critiqués et sa théorie la plus largement admise. V. notamment J., BUTLER, Trouble dans le genre, Le féminisme et la subversion de l'identité, La Découverte, 2006.

[565] Citée par J., DE GANCK, *Ibid.*, p.9.

qualifiée « d'identité sexuelle psychique »[566], ce que nous requalifions d'identité de genre. Le sexe biologique est un point de départ qui n'est absolument pas immuable de sorte qu'une personne de sexe femelle pourrait avoir un genre masculin et demeurer hétérosexuelle, et inversement, faisant du genre « *un fait socioculturel global, indépendant du sexe anatomique et de l'orientation sexuelle* »[567].

Aussi, lorsque nous parlerons des études de genre, nous désignerons uniquement les études qui visent à « *analyser la construction sociale de la distinction homme/femme* »[568] et non, « *le champ des recherches sur les rapports sociaux entre les sexes* »[569] qui reste l'apanage des théories féministes, pour lesquelles nous refusons de faire l'apologie.

100 . La majorité des théoriciens du genre refusent de prendre en considération le sexe biologique pour déterminer le genre, dont la construction, tout au long de la vie, fait totalement abstraction des composantes objectives du sexe. Dès lors, le genre a trait « *à la différenciation sociale des sexes* »[570], tandis que le sexe, dans sa conception la plus primaire, fait référence à la différenciation biologique des êtres humains. La première notion sous-entend une construction influencée par la culture, l'autre un fait *a priori* non contestable posé par la Nature.

Nous affirmons, à l'instar de la sociologue britannique Ann OAKLEY, que le genre n'est absolument pas étranger au sexe et même, que le genre est une composante du sexe, plus précisément, que le genre constitue **la** composante subjective du sexe[571] : le sexe psychosocial[572].

---

[566] J., de GANCK, *Ibid.*, p.109. Ou : le « sentiment de se sentir soi-même un homme ou une femme et comporte à la fois une composante cognitive et affective se superposant à la composante biologique », H., GAUMONT-PRAT, Transsexualisme *in* Lamy Droit de la Santé Tome 2, Etude 33 ,336.5.

[567] Maud-Yeuse THOMAS, citée par A., ALESSANDRIN, « Normes de genre », *in* A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendre*, Editions « Des ailes sur un tracteur », 2014, p.48.

[568] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français,* Paris, CNRS Editions, 2014, p. 13. Nous ne souhaitons pas reproduire l'intégralité de la définition dans un souci de neutralité car nous l'estimons trop engagée dans le mouvement féministe.

[569] L., BERINI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *op. cit.*, p. 13.

[570] N.-C., MATHIEU, « Les transgressions du sexe et du genre à la lumière de données ethnographiques », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *op. cit.*, p. 69.

[571] A., OAKLEY, *Sex, Gender et Society,* London, Maurice Temple Smith Ltd, 1967 ; L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Ibid.*, p.28.

[572] Ph. REIGNÉ, « Le notion juridique de sexe », *in* E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 302-313 ; Ph., REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G,* n°42, 17 octobre 2011, doctr. 1140 ; D., LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p.44.

B . Une notion étroitement liée à celle de sexe

101 . Le genre est construit, tandis que le sexe est issu du déterminisme biologique - quand il a lieu. En dépit de l'origine différente de l'existence de ces deux réalités, l'une ne saurait se construire sans l'existence de stéréotypes relatifs à l'autre. Aussi, la construction de l'identité de genre s'analyse comme un *continuum* faisant passer la personne de l'avoir à l'être sexué[573], de sorte que le corps sexué, c'est-à-dire, les organes génitaux et les caractéristiques secondaires, apparaissent « comme un patrimoine » (l'avoir) avec des droits qui y sont attachés, et qui vont permettre à la personne d'en disposer afin de construire son genre (l'être). Ce « *tour de passe-passe cognitif* »[574] fait référence aux processus mentaux qui se rapportent à la connaissance (cognition). Ici le processus de construction du genre appelle au procédé d'identification qui se fait à travers le corps, marqué et différencié par les caractères sexués. Cette différenciation vient alors influer sur le processus de cognition, qui ne prendra comme référence identificatoire, les deux seuls sexes – juridiquement – reconnus : mâle et femelle. En ce sens, le genre peut s'analyser comme le « *rapport social divisant l'humanité en deux sexes distincts et hiérarchiquement articulés en dehors desquels il semble que rien ne puisse exister* »[575] dans un unique but d'identification[576].

102 . À première vue, le genre suit le sexe puisque l'identité de genre se construit par rapport au sexe assigné, soit en adéquation, soit en inadéquation avec ce dernier, ce qui implique que chronologiquement, le sexe précède le genre, et qu'il constitue un « stimulus » qui déclenche les conduites relatives au sexe social.

Or, il n'en est rien selon les études sur le genre, puisque le genre précèderait le sexe[577]. Dans cette approche, le genre constitue « *l'ensemble des moyens* […] *culturels par quoi la « nature sexuée » ou un « sexe naturel » est produit et établi dans un domaine […]qui précède la culture* »[578]. En d'autres termes, plus accessibles pour les profanes en sociologie que nous

---

[573] C., FORTIER, « La question du transsexualisme en France. Le corps sexué comme patrimoine », *CDSA,* n°18, 2014, p.269.
[574] C., FORTIER, *op. cit.*, p.269.
[575] L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Ibid.*, p.54.
[576] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *op. cit.*, p.12.
[577] L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Ibid.* ; E., DORLIN, *op. cit.*, p. 54 ; G., LE MANER-IDRISSI, *op. cit.*, p.17. Cette doctrine sociologique ne fait cependant pas l'unanimité, à ce titre voir B., HAUSMAN, « Changing Sex : Transsexualism, Technology and the Idea of Gender », *Duke University Press,* 1995, p. 179. En effet, selon lui, avec l'appui d'un argument historique le genre ne peut précéder le sexe, puisque ce dernier était historiquement présent avant le genre, ce dernier ne voyant le jour que dans les années cinquante.
[578] J., BUTLER, Trouble dans le genre, Le féminisme et la subversion de l'identité, La Découverte, 2006, p. 69.

sommes, « *le sexe n'existe que parce qu'il existe des catégories de genre qui lui préexistent et qui leur donnent un sens* »[579]. Ce sont ces catégories de genre que nous appelons stéréotypes, qui doivent être combattus afin que puisse se former librement l'identité de genre, perçue comme l'articulation aléatoire entre les dimensions biologique et psychosocial du sexe.
Cependant, d'un point de vue conceptuel, sexe et genre devraient être distingués[580] pour une raison qui réside dans l'origine même de la notion de genre. En effet, dès les prémisses du concept, le Professeur STOLLER attirait l'attention sur la nécessité de différencier les deux notions[581] car elles n'ont pas le même champ distinctif, de même qu'elles ne jouissent pas de la même stabilité. D'une part, le sexe s'attache à la distinction biologique entre mâle et femelle et en cela le sexe est un invariant de l'identité de la personne. D'autre part, le genre concerne la distinction culturelle entre les rôles sociaux, les attributs psychologiques et les identités des hommes et des femmes, c'est une notion contingente et variable[582].

103 . Même si le genre tient son avantage du fait qu'il demeure une notion définie, contrairement au sexe, son instrumentalisation par et pour les études de genre a eu pour conséquence principale de multiplier ses appréhensions pour en faire une notion complexe et différente selon le courant doctrinal donné.
Néanmoins, quelle que soit la définition prise en compte, la composante objective du sexe reste toujours présente, soit que le genre l'ignore, pour faire de l'identité de genre, une identité uniquement fondée sur la construction et le pouvoir d'autodétermination des personnes, soit que le genre la prenne en compte dans le processus de cognition. Il est d'ailleurs majoritairement admis que le genre précède le sexe puisqu'en l'absence de stéréotypes posés par la différence de sexe n'aurait pas de sens. Or, pour reprendre les expressions populaires, cette affirmation nous évoque la fameuse histoire de l'œuf et de la poule ou celle du serpent qui se mord la queue, parce que, selon nous, l'existence même des stéréotypes n'est possible que parce que la composante objective du sexe ne peut s'appréhender que dans une logique binaire. En effet, les stéréotypes que nous connaissons sont avant tout dépendant de l'existence des deux sexes.

---

[579] A., ALESSANDRIN, « Sexe(s)», *in* A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *op. cit.*, p.58. V ; également la définition de S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., MÖSCHEL, D., ROMAN (dir.), *Ibid.*, p.18.
[580] L., LAMBERT-GARREL, « Le transsexualisme en droit interne », *in* J., MATEAU, M., REYNIER, F., VIALLA (dir.), *Les assises du corps transformé, regards croisés sur le genre,* LEH, 2010, p.184.
[581] R., STOLLER, *Ibid.*, suivi par la sociologue A., OAKLEY, *op. cit*.
[582] L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Ibid.*, p.26.

Aussi, nous affirmons que le genre ne peut pas être étranger au sexe, mais pour se faire, il faut comprendre le sexe dans son acception globale et comprendre que le genre n'est autre que sa composante subjective[583].

104 . C'est sans doute parce que le Droit ne perçoit le sexe que dans le cadre de ses composantes objectives et d'une manière très restrictive, que le genre a tardé à y trouver sa place. Sans pour autant se targuer de remplacer la mention du sexe sur les actes de l'état civil, le genre s'est timidement imposé auprès des juges français, sous une impulsion européenne soucieuse de garantir toujours plus de droits et libertés aux justiciables européens.

II . L'intégration progressive du genre en Droit

105 . Dans les propos qui vont suivre nous donnerons tort à notre directeur qui affirmait que « *le genre* […] *n'a pas encore droit de Cité* »[584]. Cette proposition n'est plus vraie aujourd'hui, et même à l'époque de ces propos nous pouvions remarquer qu'il existait malgré tout des points communs entre le Droit et le genre en faisant des notions proches[585]. En effet, Droit et genre peuvent se définir comme des notions purement subjectives, fruits d'une théorie scientifique et relevant de considérations psychologique et sociale. Néanmoins, du point de vue des définitions les dissidences apparaissent. Le genre se caractérisant par l'« *expérience subjective de la féminité ou de la masculinité* », ayant donc trait à une certaine liberté d'autodétermination, tandis que le Droit s'analyse comme le « *système normatif qui limite la faculté d'autodétermination* » [586]. Le genre suscite donc l'idée de liberté que le Droit limite.

---

[583] V. notamment G., LE MANER-IDRISSI, *L'identité sexuelle,* Paris, Dunod, coll. « Les topos », 1997, p. 17 ; C., CHILAND, *Changer de sexe,* Éd., Odile Jacob, 1997, p. 13 et s. ; CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil,* Ass. Plén., 27 juin 2013.
[584] F., VIALLA « Du sexe au genre ? », *JCP G,* 2012, VI, 122, v. aussi « Transidentité », *Les grans avis du Comité consultatif national d'éthique,* LGDJ, coll. « Les grandes décisions », 2013, p. 797.
[585] M., PICHARD, *op. cit*.
[586] M., PICHARD, *Ibid.*

L'intégration du genre dans les considérations juridiques ne fut pas évidente. Elle fut d'abord ignorée car le genre n'apportait pas la sécurité que la binarité sexuée prodigue à l'état civil (A), puis, corrélativement à l'expansion des Droits de l'Homme, la reconnaissance de l'identité de genre et des droits qui y sont attachés devait s'imposer en droit national (B).

A . La phase de réticence

106 . Le genre n'est pas visible en Droit, principalement en droit des personnes et l'absence du genre dans les chapitres du premier chapitre du Titre 2 du Code civil, au profit de celle de sexe, nous montre peut-être à quel point les deux notions étaient perçues de manière identique par le législateur, comme par l'opinion publique. Mais nous pouvons également penser que ce désintérêt constitue un mécanisme de défense du Droit face à la théorie critique que représente le genre et les études qui y sont attachées[587].

Mais il fallait que le Droit prenne conscience que les deux concepts étaient différents et surtout ne corrélaient pas nécessairement entre eux, que le genre, composante subjective du sexe pouvait ne pas correspondre à ce que démontrait les composantes objectives. Mais si le genre précède le sexe, et comme ce dernier est fermement représenté dans tous les aspects du Droit, nous pouvons penser que lorsque le Droit a recours au sexe pour créer des régimes juridiques différents, il ne s'agit que de « formes tronquées » du genre[588].

107 . Pour que le genre réussisse à s'imposer en Droit il a fallu le différencier du sexe. Ainsi, comme l'illustre parfaitement A. FAUSTO-STERLING : « *avoir un pénis plutôt qu'un vagin est une différence sexuelle. Le fait que les garçons réussissent mieux en maths que les filles est une différence de genre* »[589]. Cette différenciation conceptuelle des deux notions avait pourtant été présentée dès les début du genre, mais par une approche scientifique : le

[587] V. les observations du Ministère de l'Éducation nationale, [En ligne : http://lplm.fr/spip/spip.php?article1146] ; S., HENNETTE-VAUCHEZ, C., GIRARD, « Théorie du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir,* 2012/2, n°20, p.53.

[588] A., ALESSANDRIN, « Le genre et le droit », *in* A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Ibid.*, p.189 ; J., CHARRUAU, « L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA,* 2015, p. 127

[589] A., FAUSTO-STERLING, Corps en tous genres. La dualité des sexes à l'épreuve de la science, Paris, Editions La Découverte, 2012, p. 20.

sexe est mâle ou femelle alors que le genre et féminin ou masculin[590]. Par abus de langage, ou par simple particularité de la langue française, ce sont les adjectifs féminin et masculin qui sont employés pour désigner à la fois le sexe et le genre, les termes « mâles » et « femelles » étant relégués aux considérations biologiques non humaines.

Il est dès lors possible d'envisager la différenciation entre le sexe et le genre à plusieurs niveaux, d'une part au niveau des concepts, d'autre part, quant à l'origine de leur existence.

108 . La dissociation conceptuelle entre le sexe et le genre s'est donc opérée en trois temps[591]. La première étape se déroule entre 1860 et 1940 au travers d'une dissociation graduelle due aux études anthropologiques liées à la découverte de « faits anormaux » comme les personnes intersexuées, corrélativement aux hormones[592], l'homosexualité ou encore le féminisme, doublées par le développement de la sexologie et la découverte des composantes objectives du sexe. La deuxième étape se situe entre 1940 et 1960 et correspond à la définition scientifique du genre comme étant l' « *identité profonde* » de chaque personne, accompagnée de l'essor de la production industrielle d'hormones sexuelles à titre médicamenteux pour des malaises divers (notamment stérilité, anomalie du sexe à la naissance, dysfonctionnement des organes génitaux ou du désir sexuel). Enfin, la dissociation devient totale lorsque les questions transsexuelles mettent au jour l'existence d'une composante subjective du sexe.

109 . Il est également possible d'envisager la différence fondamentale entre le sexe et le genre au regard de l'origine de ces deux notions, ou plutôt, au regard de leur processus respectif de formation, soit la traditionnelle dichotomie entre la nature et la culture[593]. Sans nier le nécessaire lien d'interdépendance entre nature et culture – si l'on affirme, du moins que le genre demeure « *la traduction culturelle de différences naturelles* »[594] - cette distinction semble justifier l'absence du genre dans les dispositions de Code civil relatives à l'état civil. En effet, le sexe fixé par la nature reste un élément suffisamment constant pour

---

[590] R., STOLLER, *Ibid.*, p.26.
Contrairement à M. WITTIG qui affirme qu'il ne faut pas opérer de distinction entre le sexe et le genre car le sexe est lui-même genré, puisque nous sommes soit de sexe féminin ou de sexe masculin. V. J., BUTLER, *op. cit.*, p. 225

[591] I., LÖWY, H., ROUCH, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du Genre,* n°34, p.9-10.

[592] Alors dénommées « sécrétions internes ».

[593] V. notamment S., DE BEAUVOIR, *Le Deuxième sexe,* t. II, 1949 ; C., BARRAUD, « De la distinction de sexe dans les sociétés. Une présentation », *in* C., ALES et C., BARRAUD (dir.), *Sexe relatif ou sexe absolu?,* Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2001, p.28 ; J., BUTLER, *Ibid.*, p. 223 ; S., W. HINZE et A., D. GAINES, « Préface relative aux assises du corps transformé », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre,* LEH, 2010, p. 15 ; F., SIRONI, Psychologie(s) des transsexuels et des transgenres, Paris, Odile Jacob, 2011 ; B., LEVET, *La théorie du genre ou le monde rêvé des anges,* Paris, Grasset, 2012, p.55 ; I., LÖWY, H., ROUCH, *op. cit.*, p.6.

[594] Souligné par nous. S. SENGENES, « D'un genre à l'autre », *Terrain,* [En ligne : http ://terrain.revue.org/1748 ;Dol :10.4000/terrain.1748]

pouvoir se voir imposer la trinité des principes protecteurs de l'état des personnes, alors que le genre demeure une notion variable, qui « *prend forme tout au long de la vie* »[595] en fonction des influences culturelles auxquelles sera exposée la personne[596].

Dès lors, nous comprenons aisément, que le genre, notion par nature aléatoire, représente un danger pour le Droit de l'état des personnes qui brillait jusqu'alors par sa stabilité et son imperméabilité aux manifestations individualistes.

110 . C'est sans doute cette incompatibilité – apparente – entre la mouvance intrinsèque du genre et la stabilité nécessaire des actes de l'état des personnes, que toutes les tentatives législatives en vue de la reconnaissance de l'identité de genre se sont soldées par des échecs. Citons la proposition de loi n°216 déposée au Sénat le 13 décembre 2013, visant à protéger l'identité de genre qui n'a pas retenue l'attention du Parlement. Ce qui ne nous étonne nullement puisqu'à aucun moment la notion de genre n'a été définie, contrairement à une « proposition »[597] de loi identique rédigée le 4 mai 2014 par l'Association Nationale Transgenre (A.N.T.)[598]. De manière plus indirecte, à présent, la loi du 6 août 2012 sur le harcèlement sexuel ne parle que de la notion d'identité sexuelle, il faut s'attarder sur la circulaire datée du lendemain pour savoir que cette notion vise les personnes transgenres[599]. Ici encore, nous remarquons le choix inopportun des terminologies choisies, l'« identité sexuelle » contribue à alimenter la méconnaissance et les préjugés se rapportant à la sexualité alors qu'il s'agit d'une question d'identité[600]. Ce point noir n'est plus d'actualité, puisque la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté du 27 janvier 2017[601] est venue intégrer les atteintes à l'identité de genre dans le Code pénal[602], de même que la loi de modernisation de 2016[603]

---

[595] A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Ibid.*, p.40. John MONEY affirme, par ailleurs, que l'identité de genre se forge pendant les trois premières années, en même temps que le langage et la pensée. Cette observation fonde sa théorie du « sexe d'élevage » qui sera vivement remise en cause à la suite de l'affaire Bruce REIMER, jeune homme canadien qui, à la suite d'une erreur de circoncision se retrouve sans pénis, le Professeur MONEY convainc les parents du garçon de le réassigner en fille en mettant un point d'honneur à l'éducation donnée par les parents. A l'âge adulte, la jeune femme décide de redevenir un homme, puis se suicide. Ajouter les ouvrages sur son histoire. J., MONEY, cité par I., LÖWY, « Intersexe et transsexualités : les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre,* 2003/1 (n°34), p.88 ; J., MONEY, *op. cit.*, 1955. V. également Ph. REIGNÉ, « Le notion juridique de sexe », *in* E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 308.

[596] A., OAKLEY, *Ibid.*

[597] Entre guillemets puisque cette proposition n'émane pas du Parlement.

[598] L'article premier de cette proposition intégrerait un nouvel article 98-6 dans un nouveau Chapitre 7 « Du droit à l'identité de genre » dans le titre 2 du livre premier du Code civil pour poser une définition de l'identité genre qui est l'« expérience intime et individuelle du genre telle que chaque personne la ressent, laquelle peut correspondre ou non au sexe assigné à la naissance et incluant l'expérience personnelle du corps ».

[599] Circulaire CRIM 2012-5/E8-07.08.2012.

[600] Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, Ass. Plén. 27 juin 2013, p.3.

[601] Loi n°2017-86, du 27 janvier 2017, relative à l'égalité et à la citoyenneté, JORF, n°0024, 28 janvier 2017, art. 171.

[602] Articles 132-77, 222-13, 222-16-2 et 225-1.

ouvrant l'action de groupe en cas de discrimination fondée, entre autres, sur l'identité de genre.

111 . C'est donc par la prise de conscience d'une dissociation entre sexe et genre qu'est passée la reconnaissance juridique de la composante subjective du sexe qu'est le genre. Cependant, ce schisme conceptuel entre sexe et genre s'est opéré parallèlement à la reconnaissance par les instances européennes d'un nouveau bloc de droits pour les personnes : les droits relatifs à l'identité. Ici encore, il faudra distinguer l'identité civile de l'identité de genre, qui semble être la seule visée par ces nouveaux droits. En effet, là où l'identité civile, relate l'innée et le biologique dans un but de recensement des personnes physiques, l'identité de genre sert avant tout la personne, dans ses rapports avec les tiers, mais également avec l'État, et tend à faire reconnaître et à protéger l'identité acquise, intime, personnelle et psychosociale des individus[604].

B . L'impulsion européenne et la naissance de l'identité de genre

« *On ne naît pas femme, on le devient.* » [605]

112 . Ces mots de Simone de BEAUVOIR, empruntés, rappelons-le à Sigmund FREUD[606], ne sauraient être plus marquants pour parler du genre, et plus spécifiquement de

[603] Art. 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, modifiant la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
[604] P., MERCADER, *op. cit.*, p. 81.
[605] Sur une étude du poids des décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur les juridictions françaises, v. B., MATHIEU, « S'opposer à la Cour européenne des Droits de l'Homme ? C'est possible et justifié », *Le Figaro,* 18 nov. 2016, p. 14.
[606] S., FREUD, « La féminité » *in Nouvelle conférence d'introduction à la* psychanalyse (1936), Paris, Gallimard, coll. « Idées », 1975, p. 147-148 ; S., de BEAUVOIR, *op. cit*.

l'identité de genre[607], qui n'est autre que le sentiment de féminin et de masculin construit et qui « *s'enrichit et se diversifie toute la vie* »[608].

En Droit, le genre dans cette acception identitaire apparaît officiel lors de la Conférence de Beijing en 1995[609] et faisait référence aux rapports sociaux de sexe ainsi qu'aux discriminations entre les hommes et les femmes. Mais l'idée de genre intervint bien plus tôt en droit communautaire[610], sous l'appellation maladroite « d'identité sexuelle » pour condamner les discriminations ou le harcèlement et pour encourager les actions positives[611].

S'il n'existe aucun doute quant à la définition de l'identité, que ce soit dans son approche individuelle ou collective[612], l'adjectif « sexuelle » qui la suit n'est pas satisfaisant. Même si nous en avons déjà évoqué la raison il convient de l'appliquer aux sujets qui nous intéressent : les états d'intersexuation, pour illustrer et vérifier nos raisonnements.

113 . Tout d'abord, remarquons que les textes communautaires dont il est question intéressent le transgenderisme, donc clairement les personnes qui subissent une dysharmonie entre leurs composantes subjective et objectives du sexe. Il n'est absolument pas question, dans ces textes, de promouvoir la protection des droits des personnes homosexuelles, ce qui correspondrait à la protection de l'identité sexuelle, se définissant « *par rapport à la sexualité hétérosexuelle ou homosexuelle* »[613]. La protection du transgenderisme par l'Union européenne ne concerne nullement cette identité, synonyme d'orientation, mais tend à la reconnaissance par les États membres de la manifestation sociale de l'identité de genre.

Appliquée aux personnes intersexes, la notion d'identité sexuelle est totalement inopportune car implique nécessairement la binarité qui demeure le point d'ancrage de la nature des rapports hétérosexuels. Même si la binarité ne semble pas intéresser les rapports homosexuels, rappelons néanmoins que ces derniers sont encore stigmatisés à cause de leur non conformation à l'image du couple traditionnel qui, lui implique la binarité des sexes.

---

[607] Sous l'appellation « rôle de genre » en 1955, puis Evelyn HOOKER, psychologue, propose de parler d'identité de genre, le terme sera retenu. V. C., CHILAND, *Le transsexualisme,* Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2003 ; C., BYK, « Quelle place pour un « troisième sexe » en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire NEIRINCK,* 2015, LexisNexis, p. 176-177.

[608] R., STOLLER, *Ibid.*, p.15 ; C., CHILAND, *op. cit*.

[609] Quatrième Conférence mondiale sur les femmes : Lutte pour l'égalité, le développement et la paix, Beijing, 4-15 septembre 1995.

[610] Pour le droit de l'Union européenne avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

[611] Notamment la résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur les discriminations dont st victimes les transsexuels, Doc. A3-16/89 : JOCE 9 oct., n° C 256 ; Recommandation n° 1117 (1989) Conseil de l'Europe du 29 sept. 1989 relative à la condition des transsexuels.

[612] Pour la définition individuelle de l'identité : « Ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre ; par extension, ce qui permet de la reconnaître et de la distinguer des autres », [612] G., CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 8ème éd., Paris, PUF, « Quadrige », 2007, p,463 ; Pour la définition collective de l'identité : « Relation que chaque individu entretient avec lui-même tout au long de son existence », S., FERRET, *L'identité,* Flammarion, Paris, 1998, p.11.

[613] J., POUSSON-PETIT, « Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens », *in* J., POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2003, p.725.

Pour remédier à ce problème sémantique il fut question de parler « identité sexuée » perçue comme étant le « *sentiment d'être un homme ou une femme* »[614] dans tous les aspects – nous préférons employer le terme « stéréotypes » - qui caractérisent l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Si cette dénomination sert incontestablement les personnes transgenres, qui ont le sentiment d'être du sexe opposé et qui n'aspirent qu'à sa reconnaissance, elle ne satisfait pas les personnes intersexes qui ne se sentent ni homme, ni femme.

114 . Ces deux options ne sont donc pas satisfaisantes puisqu'elles excluent une partie de la population bénéficiaire de ces droits. Aujourd'hui, nous savons sans aucun doute qu'il était question d'identité de genre[615] plus que d'identité sexuelle, mais nous ne pouvons pas blâmer les rédacteurs communautaires qui, d'une part, ne disposaient d'aucune définition stable de l'identité de genre et d'autre part, ne souhaitaient probablement pas multiplier les notions, de peur de créer un certain nombre de catégories d'identité qui aboutirait sans doute à favoriser les situations stigmatisantes, puis discriminatoires. Mais cette seconde crainte va s'estomper concomitamment à l'apaisement de la première, lorsque le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies définit enfin l'identité de genre dans l'introduction aux Principes de Jogjakarta[616].

Ainsi, « *l'identité de genre est comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* ». Cette définition nous convient parfaitement puisqu'elle ne néglige aucun des aspects qu'elle souhaite protéger. D'une part, l'exclusion de considérations relatives au sexe d'assignation retire toute dimension sexuelle à l'identité de genre et par conséquent réduit considérablement les risques d'assimilation fâcheuse avec l'identité sexuelle. D'autre part, l'identité de genre offre réellement les pleins pouvoirs à la personne qui prendra personnellement « conscience » de son corps sans que des pressions médicales voire « administratives » ne soient subies, et qui restera libre de pouvoir exprimer cette identité par des caractéristiques secondaires du genre

[614] C., CHILAND, « Bilan de 25 années de travail avec les transsexuels », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*, p.273.
[615] V. J.-P., BRANLARD, Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique, Paris, LGDJ, 1993, p.407.
[616] Principes rédigés par rédigés par la Commission internationale de juristes, présentés et validés par le Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies le 26 mars 2007.

telles que « *l'habillement, le discours et les manières de se conduire* », c'est-à-dire, les stéréotypes.

115 . L'identité de genre pourrait dès lors désigner « *les composantes non physiologiques du sexe qui sont actuellement perçues comme appropriées aux individus de sexe masculin ou aux individus de sexe féminin* »[617], « *qu'elle*[s] *corresponde*[nt] *ou non à son sexe de naissance* »[618]. Cette définition, largement admise et reprise par les instances européennes dans des domaines divers[619], regroupe en réalité ce que John MONEY et Anke EHRHARDT distinguaient à tort, à savoir le « rôle de genre », c'est-à-dire, le comportement public d'une personne[620] et « l'identité de genre » qui est l'expérience privée[621], pouvant se rapprocher de la « conscience personnelle du corps ». Le fondement de l'identité, et à plus forte raison de l'identité de genre, est donc l'autonomie personnelle[622]. En effet, c'est par la conscience du corps propre à chacun, et la volonté de faire connaître cette conscience au Monde, que se manifeste l'identité de genre.

116 . Il serait tentant de trouver un moyen de remplacer le sexe par le genre à l'état civil, tant il prendrait en compte la diversité des aspects identitaires des personnes. Néanmoins, même si cette proposition semble en adéquation avec le souci de vérité qui pèse sur les actes de l'état civil, elle dénote totalement avec l'impératif de sécurité qui les caractérise, puisque le genre est une identité immanente dépassant le corps et la vision stéréotypée de la masculinité et de la féminité[623], de sorte qu'il n'existe pas que deux genres. De plus, à l'époque où le législateur ne cesse de réaffirmer une volonté européenne d'égalité entre les sexes et l'abolition des discriminations, une telle mise en avant des identités de genre n'aurait aucune utilité juridique, voire pourrait avoir l'effet inverse, à savoir creuser les clivages et favoriser les stigmatisations. C'est sans doute pour cette raison que les dispositifs

---

[617] R. K., UNGER, Female and Male : Psychological perspective, New York, Harper & Row, 1979.
[618] T., HAMMARBERG, Droits de l'homme et identité de genre, oct. 2009, p. 6.
[619] En 2009, par le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe avec son rapport sur les *Droits de l'homme et l'identité de genre* ; le 17 mai 2013 avec le rapport de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination du Conseil de l'Europe ; la directive n° 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection ; la directive n°2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.
[620] J.-P., BRANLARD, *op.cit.*, p.407.
[621] J., MONEY, A., EHRHARDT, *Man and Woman, Boy and Girl,* Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1972 ; J.-P., BRANLARD, *Ibid.*
[622] H., HURPY, Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes, Thèse, Lyon, 2015, p.588.
[623] J., MORRIS, *Conundrum*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1974.

anti discrimination, européens et nationaux, ne mentionnaient pas expressément les discriminations fondées sur l'identité de genre, contrairement au parti pris par le Royaume-Uni qui prend en 2004, le *Gender Recognition Act*, entré en vigueur en 2005.

117 . Au fil du temps, « *le genre* [a vivement] *particip*[é] *d'une hypertrophie de la volonté* »[624] qui prend sa source dans les interprétations du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H.) par la Cour européenne des Droits de l'Homme et qui a sensiblement fait évoluer les manifestations et les droits attachés à l'identité. C'est ainsi que la recommandation n°1117 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 septembre 1989 et relative à la condition des personnes transsexuelles, tend à les protéger des atteintes à la vie privée lorsqu'elles se trouvent dans des situations les amenant à divulguer des informations sur leur état, en invitant les États membres à modifier les actes de naissance en cas d'irréversibilité du changement de sexe. L'argument tiré du respect dû à la vie privée peut être tourné en faveur des États, si nous restons dans le cadre du terme controversé « d'identité sexuelle ». En effet, l'identité sexuelle n'intéresse pas le Droit car elle fait partie de la vie privée qui n'a aucune incidence en droit des personnes, cependant, le Droit ne doit pas complétement s'en désintéresser puisque l'État a l'obligation constitutionnelle de protéger les personnes contre toute sorte d'atteinte.

[624] B., LEVET, La théorie du genre ou le monde rêve des anges, Paris, Grasset, 2012, p.105.

SECONDE SECTION : LA NAISSANCE DES DROITS RELATIFS À L'IDENTITÉ

118 . Le droit au respect de la vie privée est un droit largement admis comme étant attaché à la personnalité, doublé d'un principe à valeur constitutionnelle [625], et internationale[626], comme le droit fondamental par excellence. Comme la plupart des notions à contenu variable qui constituent notre Droit, la notion de vie privée n'est pas définie et donne ainsi lieu à une « *interprétation dynamique et évolutive* », en fonction des évolutions sociales et des mœurs[627], elle est « *un instrument visant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle* »[628]. De fait, de plus en plus d'aspects entrent dans sa composition, de sorte qu'il est impossible de savoir à l'avance ce qui le compose. Fait marquant, nous constatons que lorsque ce droit est invoqué devant nos prétoires, il ne l'est pas sous sa forme civiliste, issue de l'article 9 du Code civil[629] mais sous la forme « fondamentale », issue de la Convention

[625]Cons. const. 23 juil. 1999, n°99_416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle.* N., MOLFESSIS, *RTD Civ.* 1999, 724 ; M., FATIN-ROUGE, *D.,* 2000, 423 ; L., GAY, *D.,* 2000. 422 ; L., MARINO, *D.,* 2000, 265.

[626] Art. 17 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen ; art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; art. 17 de la Convention internationale des Droits civils et politiques ; art. 11 de la Convention américaine des droits de l'homme ; art. 9 du Code civil ; art. 17 de la Convention internationale des droits de l'enfant ; Cons. Constit., 23 juillet 1999, n°99-416, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

[627] Pour le droit assuré par la Convention européenne des droits de l'homme, F., SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, Paris, PUF, 12ème éd., 2015, p.671.

[628] CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni,* A, 26, §31 ; 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique,* §58, *GACEDH,* n°51.

[629] Loi n°94-653, du 29 juil. 1994, relative au corps humain, *JORF,* n°175, 30 juil. 1994, p.11056.

E.S.D.H., ce qui fonde le mouvement actuel de « *fondamentalisation du droit au respect de la vie privée* »[630].

Dès lors, les revendications qui ont trait au domaine de la vie privée se multiplient[631] et les personnes ont plus à cœur d'affirmer leur individualité, sans pour autant renier leur appartenance à la société. Cette individualisation passe par la volonté de maîtriser leur état, par la modification des actes de l'état civil dans le but de « *rendre effectif le droit à l'épanouissement personnel* »[632]. Cette tendance était inévitable si nous nous attardons sur ses sources : la montée de l'individualisme et le manque de stabilité intrinsèque à la condition de personne[633]. Le cumul de ces deux facteurs a donc favorisé l'émergence des droits attachés à l'identité (I), ce qui a participé au développement d'une seconde fonction de l'état civil (II).

I . Genre et vie privée : une association au profit des droits relatifs à l'identité de genre

119 . Il est acquis en droit français, que le droit au respect de la vie privée est un principe fondamental de notre droit positif, un droit attaché à la personnalité. Désigné par un grand nombre de dispositions, cette notion contingente[634] ne bénéficie d'aucune définition exhaustive tant son contenu se meut en même temps que les sociétés à qui elle s'adresse. Dès lors, les domaines qui la concernent sont divers et touchent tous les aspects de la vie des personnes[635], et sont en perpétuelle évolution, au gré des interprétations jurisprudentielles[636].

---

[630] S., CANAS, « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel,* 2015/3, n°48, p. 48.

[631] A.-C., AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille,* PUAM, 2007.

[632] J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* Paris, PUF, 2011, p.42.

[633] M., FOUCAULT, *Surveiller et punir,* Tel-Gallimard, 1975, p. 35 et s.

[634] F., SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 12ème éd., 2015, p.674.

[635] H., L., et J., MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Les personnes, La personnalité, les incapacités,* Tome 1, Vol. 2, Paris, Montchrestien, 1997, p. 397.

[636] Notamment, la vie sentimentale : CA Paris, 26 mars 1987 ; la vie sexuelle et conjugale : CA Paris, 7 oct. 1981, Civ1. 13fév. 1985 ; l'état de grossesse et la maternité : Civ2, 5 janv. 1983 ; les identités du conjoint ou de l'enfant : Civ1, 23 oct. 1990 ; l'état de santé : Civ1, 6 juin 1987 ; les pratiques religieuses : CA Paris, 26 mai 1992 ; le numéro de téléphone : Civ1, 6 nov. 1990.

Empreinte de subjectivé, « *il est donc impossible – et, au surplus, inutile – de définir la vie privée* »[637], c'est une notion qui se « *sent plus qu'elle ne se définit* »[638].

120 . Classiquement, le droit au respect de la vie privée est perçu comme une « *protection contre les intrusions publiques ou privées au sein de la sphère d'intimité de chacun* »[639], appliquée à l'identité, « *la notion de vie privée renvoie au domaine de la vie de l'individu où il peut exprimer librement son identité que ce soit dans les relations avec les autres ou seul* ».[640] Elle « *englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur* »[641]. Deux aspects de la vie privée ressortent donc : la vie privée personnelle et la vie privée sociale[642].

121 . C'est cette dernière qui retiendra notre attention[643]. La vie privée sociale apparaît pour la première fois en droit dans l'opinion dissidente du juge VAN DIJK dans l'affaire *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni* en 1998. Il affirme que cette vie privée sociale « *se trouve à la base de plusieurs droits* » que la Convention consacre et peut se définir comme « *le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables* »[644]. Ici encore, le droit à la vie privée comporte plusieurs autres droits, « découverts » par la jurisprudence, comme par exemple, le droit au nom[645], le droit au mode de vie des

---

[637] F., RIGAUX, Le protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Paris, LGDJ, 1990, p.725.
[638] J., VELU, *Rép. Prat. Dr. Belge,* V° Convention européenne des Droits de l'homme, n°652.
[639] V. J.-F., DE MONTGOLFIER, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ Fam.*, 2012, p.578.
[640] Comité des droits de l'homme, 31 octobre 1994, *Coeriel et Aurik c/ Pays-Bas,* n°453/1991.
[641] CEDH, *Evans c/ Royaume-Uni,* 10 avril 2007, n°633950 ; CEDH, *Schlumpf c/ Suisse,* 8 janvier 2009, n°29002/06, §77 ; CEDH, *Pretty c/ Royaume-Uni,* n°2346/02, §61, 2002-III ; CEDH, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni,* n°28957/97, §90, 2002-VI ; *Van Kück c/ Allemagne,* n°35968/97, §69, 2003-VII ; *L c/ Lituanie,* n°27527/03, §56, 2007-IV ; CEDH, *Niemietz c/ Allemagne,* 16 déc. 1992, Req. n°13710/88, §29. Voir également F., SUDRE, *op.cit.*, p.677. Sur le caractère bipolaire de l'identité, v. G.-M., FAURE, « Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes », *RDSS,* 25 (1), janv.-mars 1989, p. 5 et s. ; P., MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit de connaître son identité », B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p.51-73.
[642] J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme,* 5ème éd., Paris, Dalloz, Sirey, 2010, p. 71 ; F., SUDRE, *Ibid.*, p.675.
[643] La vie privée personnelle englobe, entre autres, la vie sexuelle : Notamment, CEDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c/ Pays-Bas*, req. n°8978/80, A91 ; CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ R-U*, req. n°7525/76, A45 ; CEDH, 26 oct. 1988, *Norris c/ Irlande*, req. n°10581/83, A142 ; CEDH, 22 avril 1993, *Modinos c/ Chypre*, req. n° 15070/89, A259, CEDH, 27 sept. 1999, Lustig-Prean et *Beckette c/ R-U*, req. n°31417/96 et 32377/96 ; CEDH, 26 fév. 2002, *Fretté c/ France*, n°36515/97, Rec., 2002-I ; CEDH (GC), 22 janvier 2008, E. B c/ France, req. n°43546/06 ; CEDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche, req. n°30141/04, Rec., 2010 ; CEDH (déc), 15 mars 2012, Gas et Dubois c/ France, req. n°25951/07 ; CEDH (GC), 19 fév. 2013, X. et a. c/ Autriche, n°19010/07 ; CEDH, 17 oct. 1986, Ress C/ R-U, req. n°9532/81, A106 ; CEDH, (GC), 11 juil. 2002, Christine Goodwin c/ R-U, req. n°28957/95, Rec., 2002-VI ; CEDH (GC), 11 juil. 2002, I. c/ R-U, req. n°25680/94 ; les données confidentielles relatives à la santé : CEDH, 25 fev. 1997, Z. c/ Finlande, req. n°22009/93, Rec., 1997-1 ; le droit à l'image : CEDH, 24 juin 2004, von Hannover c/ Allemagne, req. n°59320/00, Rec. 2004-VI ; ou encore, le droit à connaître ses origines personnelles : CEDH, 7 fév. 2002, Mikulic c/ Croatie, req. n°53176/99, Rec. 2002-I ; CEDH (GC), 13 fév. 2003, Odièvre c/ France, req. n°42326/98 ; CEDH, 13 juil. 2006, Jäggi c/ Suisse, req. n°58757/00, Rec. 2006-X ; le droit à l'intégrité physique et morale : CEDH, *X et Y c/ Pays-Bas,* 26 mars 1985, §22, série A, n°91.
[644] CEDH, 16 déc. 1992, Niemietz c/ Allemagne, req. n°13710/88, A251-B, §29.
[645] CEDH, , 22 fév. 1994, Burghartz / Suisse, req. n°16213/90, A280-B.

minorités[646] ou encore, le droit à la vie professionnelle[647]. Ainsi, il est le fondement des « droits à » depuis la loi du 17 juillet 1970 et l'intégration du droit au respect de la vie privée[648]. Quand bien même, ces deux émanations du droit à la vie privée diffèrent quant à leur objet, leurs buts sont communs[649], c'est-à-dire, d'une part garantir la libre expression et la libre construction de son identité (A), et d'autre part faire naître des obligations positives ou négatives à la charge des États, comme la reconnaissance juridique du changement de sexe[650] (B).

A . Du droit à la construction de l'identité

122 . Avant de débuter la démonstration au sujet du droit à la construction de l'identité à proprement parlé, nous souhaitons apporter quelques précisions quant à la notion d'identité. En effet, l'identité, à l'instar du concept de sexe, recoupe une approche protéiforme[651]. Dès lors, pour en saisir toute la teneur, il est préconisé de ne pas se fier aux seuls éléments objectifs de l'identité, tels que les caractéristiques génétiques d'une personne[652]. Le droit à l'identité a été consacré par la Cour européenne des Droits de l'Homme en 1994[653] pour ensuite être étoffé au gré des résolutions et recommandations du Conseil de l'Europe[654], afin de proclamer plusieurs droits attachés à l'identité que sont le droit au nom (notamment à son respect et à son honneur), le droit à l'identité sexuelle et enfin, le droit à l'identité personnelle

[646] CEDH (GC), 18 janv. 2001, Chapman c/ R-U, req. n°27138/95, Rec., 2001-1.
[647] CEDH, 27 juil. 2004, Sidabras et Dziautas c/ Lituanie, req. n°55480/00 et 59330/00, Rec., 2004-VIII.
[648] A.-C., AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille,* PUAM, 2007, p. 18.
[649] F., SUDRE, *Ibid.*, p.672.
[650] CEDH, 11 juillet 2002, Christine Goodwin c/ Royaume-Uni, §85, GACEDH, n°45.
[651] J., HAUSER, « Le mystère du chevalier d'Éon », note sous TGI Tours, 2ème civ., 20 aout 2015, *JCP G.* n°44, 1157.
[652] Art. 3, Déclaration internationale sur les données génétiques humaines de l'UNESCO, du 16 septembre 2003. Le Comité consultatif National d'éthique s'est d'ailleurs prononcé sur les tests génétiques menés à l'occasion des Jeux Olympiques d'Albertville en 1992. V. CCNE, avis n°30, 27 janvier 1992, « Questions éthiques posées par l'obligation de tests génétiques pour les concurrentes des jeux d'Albertville ».
[653] CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse,* A. 280-B, §24, *RTDH*, 1995, p.53, note P., GEORGIN.
[654] Résolution n°1728(2010), 29 avril 2010 par Ass. Parl. Du Conseil de l'Europe, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre* ; Recommandation n°1915(2010), 29 avril 2010 ; Recommandation du 31 mars 2010 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Visant à combattre la discrimination sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*.

(ou à l'histoire personnelle)[655], dans le seul but de limiter les discriminations fondées sur les identités ainsi reconnues.

Enfin, la combinaison du droit à la vie privée et des droits attachés à l'identité est loin d'être fortuite. En effet, comme pour la vie privée, il existerait deux sortes d'identité[656] : l'identité civile[657] ou statutaire[658], mise en place dans un unique objectif de police civile, permettant l'identification juridique de l'individu[659], et l'identité sociale[660] ou subjective qui correspond au sentiment d'identité[661] et à l'image que la personne décide d'offrir au Monde. C'est cette seconde identité qui nous anime et qui correspond au « *droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »[662].

123 . Concernant le droit à la construction de l'identité, il s'agit simplement du « *droit à être perçu tel que l'on est* [et] *le droit à vivre comme on veut* »[663]. Ce droit est fortement empreint du *Right of Privacy* américain[664] qui protège « *la liberté individuelle d'exercer ses choix existentiels* [notamment] *en matière sexuelle et affective* »[665].

Dans notre système juridique, le droit à la construction de l'identité est avant tout un droit fondamental dans la mesure où il est un « *droit*[…] *protégé*[…] *par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales* »[666], notamment l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales[667]. Mais bien avant cette ascension au rang de droit fondamental reconnu par une norme supra nationale, le droit à la construction de l'identité pouvait être facilement rattaché au droit au libre développement de la personnalité, qui permet d'assurer la libre

---

[655] F., SUDRE, *Ibid.*, p.704-705.

[656] G., LOISEAU, « L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus conditionné par son niveau de développement », *JCP G*, 12 mars 2008, n°10045 ; Obs. 1ère Civ., 6 février 2008, *Bull.* 2008, I, n°41.

[657] G., LOISEAU, *op.cit.*

[658] A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes » in Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert, Paris, Economica, 2004.

[659] Par son nom, son prénom, son sexe et sa filiation.

[660] G., LOISEAU, *Ibid.*

[661] L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », Chron. XIX, sous TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 et 26 mars 1980, *D.,* 1981, p.143 ; A.-M. LEROYER, *op. cit.*

[662] CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni,* série A, n°160, p.16, §39 ; 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie,* n°53176/99 ; 25 septembre 2012, *Godelli c/ Italie,* n°33783/09.

[663] A., LEPAGE, *in Répertoire Dalloz et droit civil,* V° Personnalité (Droit de la), n°118.

[664] Ce droit est une interprétation par Cour Suprême des Etats-Unis, à l'issu de la décision *Griswold* en 1965 du premier amendement de la Constitution américaine qui consacre le droit à l'autodétermination.

[665]M.-T., MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard CORNU,* PUF, Paris, 1994, p.331-332, d'après les propos de F., RIGAUX, *La protection de la vie privée et autres biens de la personnalité,* Bruxelles, Bruylant, 1990, sp. Chap. X.

[666] L., FAVOREU, P., GAÏA, R., GHEVONTIAN, J.-L., MESTRE, A., ROUX, O., PFERSMANN, G., SCOFFONI, *Droit constitutionnel,* Précis Dalloz, 1998, p. 780.

[667] *Contra :* P., WACHSMANN, A., MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme. En marge des arrets *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* et *I c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 », *RTDH,* 2003, p. 1164.

construction du sujet en Droit[668] et qui est issu de deux normes constitutionnelles : l'alinéa 10 du Préambule de 1946 et le Préambule de la Charte de l'environnement.

124 . Dès lors, la promotion du droit à la construction de l'identité au rang de droit fondamental, par deux sources de force certaine, met en avant une double conséquence, l'une attachée aux droits des personnes, l'autre, aux obligations de l'État.

D'une part, l'autonomie personnelle[669], « *nouvelle religion des européens* »[670], va permettre aux personnes d'effectuer librement les choix qui concernent leur vie privée, faisant ainsi de cette notion la justification ultime de tous les actes de volonté des individus, précaution faite du respect de la vie privée d'autrui et de l'ordre public. D'autre part, le droit à la construction de l'identité fait naître de nouvelles obligations de protection à la charge des États. En effet, « *la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »[671]. Ces obligations peuvent s'analyser comme étant soit positives, soit négatives. Pour ces dernières, elles consistent en ce que l'État laisse les individus construire librement leur identité, ce qui s'apparente au « *right to be let alone* » américain et qui justifie l'absence d'ingérence d'un État lorsque le *Right of Privacy* est en jeu. Les obligations positives des États pourraient s'analyser comme une favorisation, une facilitation dans l'exercice de ce droit. Ainsi, pour les personnes transsexuelles, cette obligation positive consisterait, par exemple, en la création d'une « procédure » harmonisée entre les centres de prise en charge, afin d'éviter les disparités dans l'exercice du droit à la construction de son identité, ou encore, en l'annihilation de toutes les traces de l'ancien sexe de la personne dans les documents qu'elle devra fournir tout au long de sa vie. Concernant les personnes intersexes, l'obligation positive à la charge de l'État français pourrait prendre plusieurs formes, soit qu'elle concerne les délais ou les mentions relatives à l'inscription à l'état civil du nouveau-né, soit qu'elle traite plutôt des interventions chirurgicales pratiquées sur eux.

125 . Le droit à la construction de l'identité, n'est pas uniquement une des manifestations du droit à l'autonomie personnelle. La multiplication des droits subjectifs et fondamentaux[672] a fait émerger un autre droit fondamental qui vient ancrer les droits attachés

---

[668] X., BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel,* 2006/1, n°65, p.95.

[669] G., LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu », *in* J.-M., LARRALDE, *La libre disposition de son corps,* Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2009, p. 304 et s.

[670] M., LEVINET, « Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » *in* H., FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parent-parentalité,* Paris, Dalloz, 2009, p.57.

[671] CEDH, 11 juillet 2002, *I c/ Royaume-Uni* et *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni,* req n°25680/95 et n°28957/95 ; *RTD civ.,* 2002, 862, chron. J.-P ;, MARGUÉNAUD, *JCP G.,* 2003, I, 109, n° 16 et 22, chron. F., SUDRE.

[672] A.-C., AUNE, *op. cit.*

à l'identité dans les revendications récurrentes des individus[673] : le droit au développement personnel[674]. Ce droit, fait également partie des nombreuses émanations du *Right of Privacy*, bien que consacré en amont en droit allemand[675], et n'est pas étranger au droit à l'autonomie personnelle, puisque c'est parce que nous sommes titulaires de ce droit, que nous pouvons exercer notre droit à l'épanouissement. La Cour européenne des Droits de l'Homme admet d'ailleurs qu'une des fonctions de l'identité tient dans l'épanouissement personnel, droit reconnu par les juges de Strasbourg, au visa de l'article 8 de la C.E.S.D.H.[676] de manière générale, et confirmé plus spécifiquement pour les personnes transsexuelles dans la décision *Y. Y, c/ Turquie* du 10 mars 2015[677].

126 . C'est donc de l'identité choisie[678] dont il est question lorsque nous traitons du droit à l'épanouissement personnel, mais uniquement quand nous apprécions ce dernier droit, de la manière la plus large possible[679]. C'est-à-dire, lorsqu'il se confond presque avec le droit au libre développement de la personnalité que constitue « *la prise en compte juridique – (...) l'institutionnalisation - des dimensions concrètes de la personnalité humaine, fondée sur une dynamique d'autonomie individuelle et de protection vis-à-vis des contraintes sociales* »[680]. Nous en revenons donc au droit à l'autonomie personnelle dont la qualification de principe matriciel[681] n'est dès lors plus à justifier. La C.E.D.H. a par ailleurs affirmé puis confirmé, que le droit de définir son appartenance sexuelle ou personnelle est un des aspects du droit à l'autonomie personnelle[682].

---

[673] Le droit au développement ou à l'épanouissement personnel vise englobe en réalité deux droits : les droits attachés à l'identité, et le droit à la connaissance de ces origines personnelles. V. F., SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 12ème éd., 2015, p.703.

[674] CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie* ; CEDH, 25 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni.*

[675] Article 2 alinéa 1er de la Loi fondamentale de 1949. V. F., RIGAUX, *op.cit.*, p.639.

[676] CEDH, 6 février 2001, *Bensaïd c/ R.-U.*, req. n°44599/98, Rec., 2001-I, §47 ; J., ROCHFELD, *op.cit.*, p.44.

[677] CEDH, *Y. Y, / Turquie*, 10 mars 2015, n°14793/08 ; *JCP G,* 2015, act. 336, obs. A., SCHAHMANECHE

[678] F., DEMICHEL, « Le corps transformé et la nécessaire déstructuration des concepts juridiques », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre,* LEH, 2010,p.17.

[679] En effet, le droit à l'épanouissement personnel dans son acception la plus restreinte ne concerne que le « droit d'opérer des choix concernant son propre corps », v. CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, req. n°42758/98 et n°45558/99, §83 ; *JCP G*, 2005, I, 159, n°12 chron., F., SUDRE ; *D.*, 2005, 2973, note M., FABRE-MAGNAN ; *RDT Civ.*, 2005, 341, note ; J.-P., MARGUENAUD ; *RTDH*, 2006, 35, note J.-M., LARRALDE ; J.-L., RENCHON, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? A propos de l'arrêt *K.A. et A.D. c/ Belgique* du 17 février 2005 de la Cour EDH », *in Mélanges Francis Delpérée*, Bruylant, 2007 , pp.1309-1320 ; J.-P., MARGUENAUD, « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle » in O., DUBOS, J.-P., MARGUENAUD, *Sexe, sexualité et droits européens*, Paris, A. Pedone, 2007, pp. 85-92 ; M., LEVINET, in GACEDH, n°44, p. 492.

[680] X., BIOY, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel. Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse), *RIDC*, 2003, p. 123.

[681] *JCP G*, 2006, I 164, n°10, p. 1590.

[682] Affirmé dans la décision CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne,* n°35968/97 puis confirmé dans CEDH, 10 mars 2015, *YY c/ Turquie*, n°14793/08.

127 . En définitive, « *l'identité peut se concevoir comme un produit de la liberté* »[683]. Reste encore à définir de quelle liberté il peut s'agir, parmi celles énoncées dans la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Nous pensons, comme le Professeur REIGNÉ, que la liberté de manifester ses convictions, de l'article 9-1 de la C.E.S.D.H., pourrait permettre la construction de l'identité de genre, et donc d'affirmer qu'elle est une conviction[684]. La cour a également défini la conviction comme « *s'appliqu*[ant] *à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* »[685]. Autrement dit, ne l'a pas défini. De même, les caractères de « *force, sérieux, cohérence et d'importance* » doivent-ils faire l'objet d'une interprétation *in concreto* ou *in abstracto* en fonction des convictions que l'homme raisonnable est en mesure d'avoir ? Cette dernière possibilité, n'est évidemment pas favorable à l'assimilation de la conviction à l'identité de genre, pur produit subjectif.

S'est alors manifestée la possibilité de parler de la liberté de « *rechercher une identité différente* » que celle reconnue juridiquement[686]. Cette possibilité trouve vite ses limites, dans la mesure où, la liberté, ou le droit à rechercher une identité différente, ne semble avoir été soulevée que par les personnes issues d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur. De plus, pour le sujet qui nous intéresse, ce droit ne saurait trouver d'application valable aux personnes en état d'intersexuation, puisque ces dernières ne souhaitent pas « rechercher » une identité différente, mais faire reconnaître leur véritable identité.

128 . « *Le droit au respect de sa vie privée, loin de constituer seulement un moyen de cacher sa personnalité aux autres, est devenu un redoutable moyen permettant à l'individu de construire l'image qu'il souhaite donner à autrui* »[687], de sorte que la volonté devient le cœur de la personnalité[688]. La Cour européenne des Droits de l'Homme semble reconnaître, dans l'article 8 de la Convention, un véritable droit à l'identité. La Cour Suprême Indienne a d'ailleurs décidé que l'article 21 de la Constitution indienne « *protège le droit des individus à l'autodétermination du genre auquel il appartient. La détermination du genre* […] *doit être*

---

[683] A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p. 247.

[684] Ph., REIGNÉ, « « Sexe, genre et état des personnes », art. préc., n°25 ; rapp. N., RUBEL, « Desexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel : Jurisprudence », *Rev. Critique,* 2011, p. 281, spéc. p. 283 ; Ph., REIGNÉ, « Le sexe et l'état civil », *Think Tank Different. Le Laboratoire Politique*, 29 juin 2012 [En ligne :http://www.thinktankdifferent.com/fr/les-publications/les-notes/theme-1-axe-diversalite/id-8-le-sexe-et-l-etat-civil-synthese-, consulté le 1er février 2016], p.9.

[685] CEDH, 25 fév. 1982, *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, n°7511-16 et n°7743-76, §36.

[686] X., BIOY, *op.cit.*, p.85.

[687] X., BIOY, *op. cit.*, p. 123.

[688] D., DEROUSSIN, « Eléments pour une histoire de l'identité individuelle », *in* B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p.23.

décidée par la personne concernée »[689], cette dernière proposition place l'autonomie de la volonté au cœur des droits de l'identité[690].

Néanmoins, il est admis par la doctrine que ce droit ne concerne que les droits à connaître son identité, à construire son identité et non à « faire reconnaître » son identité[691].

Là où, le droit à la construction de l'identité fait appel à la notion de volonté comme « *manifestation par excellence de la personnalité* »[692], il fallait que cette volonté puisse bénéficier d'une force suffisante pour pouvoir s'imposer. C'est donc que le droit subjectif à la reconnaissance de son identité, perçu comme le « *pouvoir d'imposer comme telle sa personnalité* »[693], est donc venu compléter le mécanisme de protection des droits attachés à l'identité.

B . Au droit à la reconnaissance de l'identité

129 . Avant toute chose nous souhaitons éclaircir ce que nous entendons par le terme « reconnaissance », ou du moins, à la charge de qui elle devrait être due.

Deux dispositions assurent un droit au respect de la vie privée : l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et l'article 9 du Code civil. Néanmoins, ces deux dispositions ont des destinations différentes. La première vise une « *directive adressée aux États* » (spécialement son alinéa second), et la deuxième constitue un droit subjectif accordé aux personnes[694]. Nous ne viserons dans cette partie, que la reconnaissance de l'identité due par les institutions et à plus forte raison, l'État. Il apparaît

[689] Supreme Court of India, 15 april 2014, *National Legal Services Authority v. Union of India,* §74, traduit par S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD, D., ROMAN, *Genre et droit. Ressources pédagogiques,* Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2016, p. 7.

[690] À l'instar de la Déclaration de Montréal du 29 juillet 2006 qui proclame le droit de chaque individu à déterminer son identité. http://www.declarationofmontreal.org/DeclarationdeMontrealFR.pdf

[691] CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni,* req. n°2/1988/200, §49 ; 13 février 2003, *Odièvre c/ France,* req. n°33783/09, §42 ; 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie,* req. n°53176/99, §64 ; 13 juillet 2006, *Jäggi c/ Suisse,* req. n°58757/00, §38 ; 25 septembre 2013, *Godelli c/ Italie*, req. n° 33783/09, §46.

[692] L., DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, 1911, p.15.

[693] L., DUGUIT, *op.cit.*, p.11.

[694] F., RIGAUX, *Ibid.*, p.724.

délicat d'exiger la reconnaissance par les tiers de notre identité, soit qu'elle soit ambiguë, soit qu'elle apparaisse contradictoire avec notre identité civile, et surtout, quand cette reconnaissance par les tiers ressort de leur propre « conviction » dans laquelle nul ne saurait valablement s'immiscer. Cependant, il existe une manière de forcer cette reconnaissance des tiers, par ricochet, en mettant en place une reconnaissance de l'identité par l'État. Dès lors, à partir de cet instant, l'identité reconnue par ce dernier, par l'édition ou la réédition d'actes de l'état civil et des documents d'identité, le sera également par les tiers qui se verront opposer lesdits actes et documents, comme moyen de preuve suffisant. La reconnaissance par les institutions engendrant donc la reconnaissance par les tiers, personnes physiques, nous ne fonderons nos développements que sur la première.

130 . Le droit à la reconnaissance de l'identité de genre[695] a subi des fluctuations dans son application européenne. D'abord reconnu comme un droit fondamental, dont la méconnaissance porte atteinte aux dispositions de l'article 8 de la C.E.S.D.H. par la Cour européenne des droits de l'homme, dans la décision *Van Oosterwijck c/ Belgique* en 1980, cette même instance revient sur cette position le 23 octobre 1997, dans la décision *Roetzheim c/ Allemagne*[696]. Cependant, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire que le droit à la reconnaissance de l'identité de genre soit expressément proclamé, dans la mesure où un droit à la construction de l'identité, dont fait partie l'identité de genre, a été reconnu à plusieurs reprises par la C.E.D.H.[697]. Dès qu'un droit est proclamé, il faut que son titulaire puisse bénéficier de moyens effectifs afin de pouvoir soit, le faire respecter, soit le protéger : c'est le droit à la reconnaissance de son identité – de genre.

131 . Dès lors, s'il existe une manière d'assurer efficacement une telle reconnaissance, elle se manifeste par le recyclage de droits protecteurs déjà existants. Ainsi, le droit à la reconnaissance de son identité – de genre – se manifeste par l'existence de moyens de défense visant un droit déjà présent comme le droit à l'épanouissement personnel. En effet, dans le cadre d'une protection constitutionnelle, nous nous trouvons face à une impasse, puisque notre bloc de constitutionnalité ne reconnaît pas de droits attachés à l'identité, en dehors des sujets relatifs aux contrôles d'identité ou à l'identité culturelle[698], alors que le droit à l'épanouissement personnel en fait doublement partie. On le retrouve à la fois dans le

[695] Que le lecteur ne s'y trompe pas s'il entreprend la lecture de décisions qui suivront, les juges européens n'emploient pas le terme identité de genre, mais identité sexuelle.
[696] CEDH, 6 nov. 1980, *D. Van Oosterwijck c/ Belgique,* n°7654/76 ; 23 oct. 1997, n°31177/96.
[697] CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne,* n°35968/97 ; *Y. Y, / Turquie*, 10 mars 2015, n°14793/08.
[698] Cons. Const., 5 aout 1993, n°93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité ;* 19 nov. 2004, n°2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe.*

préambule de la Constitution de 1946 et de celui de la Charte de l'environnement[699]. Cette protection par analogie trouve son fondement dans l'origine même du droit à la construction de l'identité qui demeure une émanation de ce droit à l'épanouissement personnel, lui-même découlant du *Right of Privacy*.

Il est également possible de trouver un autre moyen de défense dans les normes européennes. Ainsi, la Cour européenne des Droits de l'Homme affirme que « *l'article 8* [de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales] *est principalement destiné*[…] *à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables* »[700]. Le droit à la reconnaissance de son identité est donc assuré par l'article 8 de la C.E.S.D.H., dans le but, notamment d'éviter les préjudices moraux liés aux « *sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété* » dont pourraient être victimes les personnes[701]. Par ailleurs, la Charte sociale européenne de 1961, précise qu'elles doivent bénéficier de conditions de vie indispensables au plein épanouissement[702]. Enfin, le droit international offre également une protection par ricochet du droit à l'identité par la reconnaissance des droits au développement de la personnalité et à l'épanouissement de la personnalité humaine, dans différentes sources, telles que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme des Nations Unies (articles 22, 26-2 et 29-1), la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 (article 6) et à l'article 29§1-a de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989. Ces normes tendent à assurer la nouvelle fonction « *épanouissante du droit* »[703], de sorte que les individus sont désormais en « *droit d'obtenir de la société les moyens nécessaires* […] *à l'épanouissement de la personne* »[704]. C'est à présent un devoir des États de veiller à l'épanouissement personnel ou du moins de ne pas s'immiscer de manière illicite ou excessive[705] dans la vie privée des sujets de droit qui vont alors exercer leur « *Right to be let alone* », s'analysant alors comme une véritable liberté[706].

---

[699] V. alinéa 10 du Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 ; Introduction de la Charte de l'environnement de 2004. En droit interne, il y a aussi la loi de 1975 sur l'éducation prône ce droit pour l'enfant.
[700] CEDH, 24 fév. 1998, *Botta c/ Italie*, n° 21439/93, p. 2, I.
[701] CEDH, 17 oct. 1986, *Rees c/ RU*, n°9532/81, A106, §47.
[702] Articles 16 et 17.
[703] D., GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000, p. 18.
[704] J., RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982. 421 et s., spéc. p. 422.
[705] F., RIGAUX, *Ibid.*, p.641.
[706] Comme l'a affirmé la CEDH, au visa de l'article 8 de la CESDH dans la décision de la CEDH, 8 janvier 2009, *Schlumpf c/ Suisse,* n°29002/06 ; F., RIGAUX, *Ibid.*

132 . Notons par ailleurs, que la Cour européenne des Droits de l'Homme a expressément reconnu, pour la première fois le droit à la reconnaissance du genre, au visa de l'article 8 de la Convention, dans sa décision *Hämäläinen* c/ *Finlande* du 16 juillet 2014[707].

133 . Le droit protéiforme au respect de la vie privée, assuré par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, peut s'analyser de différentes manières. Sa teneur varie en fonction des « *interprétation*[s] *relative*[s] *des textes* »[708], « *énoncés vagues* » [709] permettant ainsi aux juges européens, toutes Cours confondues, une large marge d'appréciation, voire leur offrant un véritable pouvoir « *d'innovation*[…] *juridique*[…] »[710], un « *dynamisme interprétatif* »[711] qui se caractérise par une démarche casuistique[712].

Pour le sujet qui nous intéresse, le droit au respect de la vie privée prend la forme du « *droit de déterminer librement l'image que l'on souhaite donner à autrui* »[713], et participe donc au nouveau rôle de l'identité juridique qu'est la participation « *à la construction, pour chacun de son identité personnelle* »[714]. Cette prise en compte de l'ipséité par le Droit s'inscrit dans le cadre d'une approche compassionnelle, de sorte que « *les règles juridiques ne sont plus perçues comme de simples questions de police administrative : elles sont investies psychologiquement par les individus et conduisent à des revendications juridiques* »[715] qui doivent être acceptées et assurées par les pouvoirs publics.

Néanmoins, un danger réside dans cette exacerbation de liberté perçue comme « *l'autonomie de la volonté, l'autosuffisance individuelle, sans mise en rapport prolongé avec autrui* »[716], qui doit son développement, selon Mme le Professeure Francine DEMICHEL, à l'absence de « *raison collective* », c'est-à-dire de but, d'animation commune[717]. Ainsi pour éviter que les actes de l'état civil ne deviennent la scène des aspirations sans bornes des personnes, il

---

[707] CEDH, grde. ch., 16 juillet 2014, n°37359/09, *Hämäläinen* c/ *Finlande,* V. H., APCHAIN, "Transsexualisme, reconnaissance du genre et respect de la vie privée", *JDI,* n°4/2015, p. 1260-1264.

[708] J., RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français,* Librairie Félix Alcan, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1926, p. 18.

[709] F., BRUNET, *La normativité en droit,* Thèse, Mare&Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p. 334 ; 337.

[710] F., BRUNET, *op.cit.*, p. 402.

[711] F., SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Convention européenne des droits de l'homme », *jcp g,* 2001, I, 335.

[712] F., BRUNET, *Ibid.*, p.406.

[713] A., FINE (dir.), *Etats civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi*, Paris, Editions du CTHS, 2008, p., 8. Sur les deux approches classiques de la vie privée, v. F., RIGAUX, *Le protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité,* Paris, LGDJ, 1990, p.724.

[714] A.-M., LEROYER, « La notion d'état des personnes », *in Mélanges M. GOBERT,* Economica, 2004, p. 248.

[715] P., MURAT, *op. cit.*, p.51-52.

[716] F., DEMICHEL, *op.cit.*, p.22.

[717] F., DEMICHEL, *Ibid.*, p.20.

convenait d'assurer la survie de leur fonction première : la sécurité juridique. Et nous verrons que l'identité sert à la fois au maintien de cette mission, tout en favorisant le respect de la nouvelle fonction épanouissante de ces actes.

II . L'identité, des droits au service d'une double instrumentalisation de l'état civil

134 . L'émancipation de la « *mainmise de l'État* » sur les actes de l'état civil[718] est un marqueur certain de la mutation de ses fonctions. En effet, on passe du moyen de preuve de l'identité civile à l'outil de constitution de l'identité psychologique[719], de sorte que nous assistons à une véritable « *privatisation* » de l'état civil[720].

Un tel mouvement s'est rendu possible grâce aux multiples interprétations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui consacre le : « *droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend, avec le minimum d'ingérences extérieures* »[721]. En réalité, il n'est pas question d'interdire strictement toutes les ingérences possibles dans la vie privée des personnes, car l'identité civile doit subsister tout en cohabitant avec l'identité sociale (B). À titre indicatif, l'identité civile, ou l'identité *idem* vise l' « *individu vu par le Droit* » dont les éléments « *concourent à l'identification de la personne* »[722], participe à l'état des personnes dans un objectif de police civile et demeurant l' « *accessoire nécessaire à l'existence juridique* »[723]. Tandis que l'identité sociale, ou l'identité *ipse*, désigne « *un sentiment d'identité* »[724], c'est-à-

[718] J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* Paris, PUF, 2011, p.46
[719] A., FINE (dir.), Etats civils en questions. Papiers, identités, sentiment de soi, Paris, Editions du CTHS, 2008, p. 7
[720] J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* Paris, PUF, 2011, p.46.
[721] Professeur Stig STRÖMHOLM de l'Université d'Uppsala, Paris, 15 mai 1970.
[722] G., LOISEAU, « L'identité… finitude ou infinitude », *in* B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p.29 ; *Vocabulaire juridique H. Capitant,* V° Identité.
[723] G., LOISEAU, « L'identité… finitude ou infinitude », *in* B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p.29.
[724] Sur le sentiment d'identité, v. D., GUTMANN, *op.cit*. Pour Robert STOLLER, il existe trois composantes du sentiment d'identité : l'anatomie des organes génitaux, l'attitude de la famille et la force biologique inconnue. Il parle d'ailleurs de « *core gender identity* » qui est le noyau de l'identité de genre et qui correspond au sentiment d'être un homme ou une femme qui se met en place entre la deuxième et la troisième année de la vie, v. R. J., STOLLER, *Sex and Gender*, vol. 1, *The development of masculinity and feminity,* 1968, vol. 2, *The transsexual experiment,* 1975.

dire, l'« *individu vu par lui-même ou par la collectivité* »[725]. Cette dernière fonde l'existence des nouveaux droits attachés à l'identité, qui peuvent être eux-mêmes qualifiés de droits subjectifs (A).

A . Les droits attachés à l'identité : des droits subjectifs

135 . Nous avons longuement hésité sur la qualification des droits attachés à l'identité. En effet, il nous est apparu, dans une première approche, difficile de les qualifier (oscillant entre droits fondamentaux, droitx de l'Homme, droitx de la personnalité, droits subjectifs…). Ayant dans les développements précédents insisté sur l'aspect européen de ces droits, nous hésitions entre droits subjectifs et droits de la personnalité[726]. Cependant, ce choix nécessitait de revenir sur les débats doctrinaux, notamment sur ceux de savoir si les droits subjectifs étaient des droits de la personnalité et inversement. Or nous ne souhaitons pas revenir sur cette querelle doctrinale[727]. Dès lors, nous avons décidé de suivre la proposition de M. le Professeur Jean DABIN, reprise par le Professeur NERSON[728] , affirmant que les droits de la personnalité sont des droits subjectifs et constituent les « *biens ou valeurs inhérents à la personne, physique ou morale, du sujet* » [729].

---

[725] G., LOISEAU, *op.cit.*

[726] Sur les droits subjectifs, v. : BOISTEL, *Cours de philosophie du droit,* 1899, t. 1, n°131 et s. ; E.-H., PERREAU, *Le droit en matière civile,* 1910 ; FOUGEROL, *La figure humaine et le droit,* Thèse, Paris, 1913 ; R., NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux,* Thèse, Lyon, 1939 ; P., KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.,* 1971, p. 445 et s. ; R., LINDON, « Un création prétorienne, les droits de la personnalité », *D.,* 1974 ; H., DONELLUS, *Commentarii de iure civil,* Francfort, 1589, p.2. 82, cité par D., DEROUSSIN, « Eléments pour une histoire de l'identité individuelle », *in* B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p.19 *Contra* : F., RIGAUX, *Le protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité,* Paris, LGDJ, 1990, p.742.

[727] J., ROCHFELD, *op.cit.*, p.153 et s. ; C., LAZARUS, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux. Une nouvelle catégorie juridique*, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p.52 et s.

[728] C., LAZARUS, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux. Une nouvelle catégorie juridique*, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p.52 ; J., DABIN, Les droits de la personnalité, Dalloz, 1952, p.91-92 ; R., NERSON, *Les droits extra-patrimoniaux,* Thèse Lyon, 1939.

[729] J., DABIN, *Le droit subjectif,* Dalloz, 1952, p. 84 et 103.

En revanche, nous ne ferons pas l'économie d'une brève définition des droits subjectifs[730]. S'ils sont la manifestation d'un « *pouvoir de volonté* »[731], ils ont « *pour objet les éléments constitutifs de la personnalité* »[732], ce qui justifie qu'ils soient des « *intérêts juridiquement protégés* »[733]. En somme, « *le droit subjectif* […] *n'est qu'un rapport juridique entre deux personnes, en vertu duquel* [le titulaire du droit] *peut exiger de l'autre le respect de ses obligations contenues dans la loi* »[734]. Les droits subjectifs sont également appelés les « droits à »[735], pour marquer « *l'attribution d'un pouvoir individuel, à la disposition de la volonté des personnes* »[736], qui justifie que soient garantis les intérêts communs à tous les êtres humains[737]. Le droit au respect de la vie privée a été érigé au rang de droit subjectif, sans contestation[738]. Nous affirmons donc que les droits attachés à l'identité sont des droits subjectifs, par la simple constatation qu'ils émanent du droit au respect de la vie privée, dont le caractère subjectif n'est plus à prouver.

Il faut néanmoins vérifier que nous ne nous trompons pas et par ailleurs, chercher les composantes des droits subjectifs afin d'affirmer sans ambiguïté que les droits attachés à l'identité sont bien des droits subjectifs. Ainsi, la doctrine civiliste majoritaire, menée par IHERING, affirme que trois conditions cumulatives doivent être remplies pour savoir si nous nous trouvons face à un droit subjectif ou non[739].

136 . Tout d'abord, la première condition tient au fait que le droit en question doit s'analyser comme une « *prérogative*[…] *reconnue*[…] *aux individus par le système juridique*

---

[730] A.-C., AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille,* PUAM, 2007, p.33.

[731] C., SAVIGNY, *Traité de droit romain,* t. 1, 1849 ; B., WINDSHEID, *Pandektenrecht,* 1876, t.1, 8ème éd.

[732] J., DABIN, *Les droits de la personnalité,* Dalloz, 1952, p.169.

[733] R., VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement,* t. IV, 3ème éd., Librairie Chevalier_Maresq, 1888, p. 325.

[734] G., MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ,* 1966, p. 218.

[735] F., RIGAUX, *op.cit.*, p.752.

[736] J., ROCHFELD, *Ibid.*, p.153.

[737] L., TOPOR, « Etat et capacité des personnes », *Rép. dr. Civ. Dalloz,* 1990, n°6-28 ; J., CARBONNIER, *Droit civil,* t. I : *Les personnes,* Paris, PUF, 1990, p. 104 ; G., CORNU, *Droit civil,* t. I : *Introduction, Les personnes, Les biens,* Paris, Montchrestien, 1991, p. 157-195. Mais toujours dans la limite de ce qui est raisonnablement possible pour la puissance publique. Ainsi, ont été proclamés les droits au logement ou encore au travail. Même si ces droits ont une assise constitutionnelle, ils n'en demeurent pas moins que ce ne sont pas des droits constitutionnels, mais des objectifs à valeur constitutionnelle. De sorte que la protection dont il est question à la charge de l'État ne tient qu'en la favorisation des conditions d'accès au logement ou au travail, en limitant, par exemple, les discriminations ou en proclamant des conditions de travail ou de logement. V. F., RIGAUX, Le protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Paris, LGDJ, 1990, p.752.

[738] P., KAYSER, *La protection de la vie privée. Protection du secret de la vie privée*, Paris, Economica, 1984, p. 69 : « droit subjectif […] au respect de la vie privée » ; P., ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Thèse, Dijon, 1978, p.5, même si l'auteur le désigne comme un droit de la personnalité.

[739] R., VON IHERING, *op.cit.*, p.325-329 ; P., GÉRARD, F., OST, M., VAN KERCHOVE (dir.), *Dr et intérêt,* 3 Tomes, Publications des facultés universitaires Saint Louis, not. F., OST, « Entre droit et non droit : l'intérêt », t. II, 1990. Conditions que l'on retrouve dans la définition du droit subjectif par Jean DABIN : « *Le droit subjectif est une prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un [droit] qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû* », J., DABIN, *Le droit subjectif,* Paris, Dalloz, 1952, p.103.

[et] *limitant la liberté d'autrui* »[740]. Les droits attachés à l'identité, nous l'avons vu sont protégés par pléthore de règles qui visent à la fois la vie privée, le droit au développement et à l'épanouissement personnel[741], faisant que cette première condition semble remplie.

Ensuite, le droit reconnu subjectif, doit avoir une légitimé sociale. *A priori*, les critères de l'utilité sociale et de la subjectivité semblent incompatibles, puisque le droit subjectif tend à faire primer l'intérêt individuel sur tout autre[742]. Mais il est désormais admis que les droits subjectifs traduisent la légitimation juridique des désirs individuels[743], toujours plus grandissant face à « *l'hyper-subjectivisation* » du Droit[744]. Il s'agit donc, de la reconnaissance d'un désir par son érection au rang de droit, et une fois que ce désir devient un droit cela signifie que le Droit considère qu'il a une légitimité sociale[745], puisque d'une part, les décisions de justice restent rendues « *Au nom du peuple français* », qui élit ses représentants à l'Assemblée Nationale. Néanmoins, tous les désirs ne sauraient être juridiquement consacrés[746], notamment lorsque les moyens pour y accéder sont prévus par des droits objectifs (à l'image de l'avortement qui devient autorisé dès lors qu'il est dépénalisé)[747], ou encore que le droit en question porte manifestement atteinte aux intérêts de l'État et de la société. Cette deuxième condition, corolaire de la première dans la mesure où le droit n'est que le « *phénomène d'encadrement du fait social* »[748], nous paraît remplie. En effet, si le droit subjectif est assuré par un droit objectif c'est que le législateur ou le juge a jugé bon de l'ériger ainsi, donc, qu'il remplit un intérêt social.

Enfin, le droit subjectif doit pouvoir être protégé par l'existence d'une action en justice en cas de violation[749]. En cela, ces droits sont absolus, c'est-à-dire opposables à tous[750]. Pour une application aux droits attachés à l'identité, cette condition s'analyse en un « *droit ne pas subir de contrainte sociale excessive* » dès lors que la personnalité est concernée[751]. Cependant,

---

[740] Reprend GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil,* n°189 et s.

[741] CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie* ; CEDH, 25 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni ;* CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, req. n°42758/98 et n°45558/99.

[742] F., TERRÉ, « Le droit et le bonheur », *D.,* 2010, chr., p.26 ; IHERING, *L'esprit du droit romain,* t. 3, 3ème édition, 1888.

[743] J., ROCHFELD, *Ibid.*, p.157.

[744] F., TERRÉ, *op.cit.*

[745] J., ROCHFELD, *Ibid.*

[746] Y., THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature », *in Le débat,* n°100, mai-aout 1998, Gallimard, p.89

[747] J., ROCHFELD, *Ibid.*, p.158.

[748] E., DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique,* Éds. Flammarion, coll. « Nouvelle édition », 2010, p., 108.

[749] X., DIJON, *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif,* Thèse Namur-Bruxelles, 1982, n°123, p.85-85 ; P., KAYSER, *Le secret de la vie privée et la jurisprudence, Mélanges offerts à René SAVATIER,* Paris, Dalloz, 1965, p.405-422 ; R., NERSON, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTD Civ.,* 1971, p.119 ; J., RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t ; CLIII, 1978, n°328 et 354 ; P., ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques,* n°36, p. 303 ; P., ROUBIER, *Le droit de propriété industrielle,* t. 1, Paris, Recueil Sirey, 1952, p.13 ; J., ROCHFELD, *Ibid.*, p.155.

[750] V. A., BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité,* Ed. Helbing et Lichtenhahm, 1985, p. 131 ; J., CARBONNIER, *Droit civil, I. Introduction. Les personnes,* PUF, Coll. Thémis, 16ème éd., 1987, p. 363.

[751] B., MATHIEU, « Droit constitutionnel civil », *JCP A.,* 1997, Fascicule 1449, 1990, p.15.

l'action en Justice, pour être efficace, doit déboucher sur une sanction particulière. Or si le fondement de l'action est l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, aucune mesure coercitive n'est envisagée. Il faut donc se référer aux dispositions mises en place par loi du 17 juillet 1970[752] avec deux types de sanctions : civile et pénale. Mais avant de statuer sur la sanction, les juges doivent se positionner sur la faute, et en matière d'atteinte à la vie privée, le législateur met en place une facilitation de la réparation par la présomption irréfragable de la faute et du préjudice, de sorte que la simple constatation d'une atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation[753]. Enfin, l'action en Justice n'est pas toujours consécutive d'un dommage, et le droit au respect de la vie privée peut aussi faire l'objet de mesures préventives *via* le juge des référés, par les dispositions de l'article 9 alinéa 2 du Code civil[754].

Ce dernier point marque bien la différence entre droits de l'Homme et droits subjectifs de la personnalité, les premiers s'appliquent dans le cadre d'un rapport public pour éviter l'arbitraire de l'État, et assurent ainsi le libre exercice des libertés publiques, tandis que les seconds se situent dans la sphère privée[755].

137 . Les droits subjectifs et fondamentaux se multiplient au gré des interprétations de la Cour européenne des Droits de l'Homme, ce qui pousse la doctrine à parler de « *fondamentalisation* » des droits[756]. Ainsi la vie privée fait partie d'un domaine réservé à la personne contre lequel autrui ne peut porter atteinte[757], de même que les pouvoirs publics doivent s'efforcer de remplir leur mission tout en respectant ces droits. Mais aussi, ils ne doivent pas aller trop loin dans l'acceptation de revendications identitaires, ce qui remettrait fortement en jeu l'efficacité de leur mission. Il convient donc de mesurer le juste équilibre nécessaire entre ces deux impératifs.

---

[752] Loi n°70-643, 17 juillet 1970, tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *JORF,* 19 juillet 1970, p. 6751.

[753] Civ.1ère, 5 novembre 1996, *D.,* 1997, p.403, note S., LAULOM ; *JCP*, 1997, II, 22805, note J., RAVANAS ; *RTD Civ.*, 1007, p. 632-633, obs., J., HAUSER ; Civ.17re, 25 février 1997, *Bull. civ.,* I, n°73, p.47 ; JCP, *1997,* II, 22873, note J., RAVANAS.

[754] B., BEIGNIER, *Le droit de la personnalité,* Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ?», 1992, p.105.

[755] H., L., et J., MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Les personnes, La personnalité, les incapacités,* Tome 1, Vol. 2, Paris, Montchrestien, 1997, p. 377.

[756] M.-L., PAVIA, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA,* 6 mai 1994, n°54, p.6 ; V., CHAMPEIL-DESPALTS, « La notion de « droit fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.,* 1995, chr., p.323 ; E., DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.,* 2006, chr., p.748.

[757] P., ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, Thèse, Dijon, 1978, p.9.

B . L'état civil d'aujourd'hui : entre impératifs de stabilité/sécurité juridique et revendications identitaires

138 . Les droits attachés à l'identité ont fait se développer les revendications identitaires des personnes. De telles revendications se retrouvent légitimées par le principe matriciel de vie privée qui se voit intégrer dans les principes que doit suivre l'état civil, se voyant attribuer une nouvelle fonction (1). Cette promotion de l'état civil n'est pas sans conséquences car elle va nécessairement entrer en conflit avec sa fonction première, d'où la nécessité d'étudier la manière dont ces missions cohabitent (2).

1 . L'émergence de nouvelles fonctions de l'état civil et l'apparition de nouveaux intérêts en conflit

139 . Au regard de ce que nous venons de développer, il apparaît que plusieurs notions entrent en opposition. Ces oppositions peuvent être regroupées selon qu'elles inspirent la stabilité, l'ordre public ou selon qu'elles concernent un mouvement d'individualisation des personnes. D'une part, l'ordre public constitue cette notion à contenu variable[758] qui limite les actions individuelles au profit du maintien d'un ordre juridique stable et sécuritaire. D'autre part, se trouvent toutes les manifestations du pouvoir d'autodétermination des personnes, à l'image de la vie privée ou encore de l'autonomie personnelle. Ces deux notions sont extrêmement liées, car si la vie privée constitue cette « *sphère secrète de la vie d'où* [la personne] *a le pouvoir d'écarter les tiers* »[759], l'autonomie personnelle désigne, quant à elle,

[758] C., PERELMAN et R., VAN DER ELST, *Les notions à contenu variable en droit,* Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984.
[759] J., RAVANAS, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, Paris, LGDJ, 1978, p.135.

la « *liberté absolue, qui tend à affranchir l'individu de la morale, de l'ordre public et de toute contrainte sociale* »[760]. Dans ce sens, cette dernière notion s'inspire du *Right of Privacy*[761], « *liberté individuelle par excellence* »[762], qui se définit comme « *le droit à échapper aux intrusions d'autrui pour ce qui ne regarde que soi, d'être laissé en paix tant qu'on ne nuit à personne, et à ne pas avoir à rendre de compte sur ses préférences, quelles qu'elles soient* »[763]. Il s'agit de ne pas privilégier « *l'identité pour la société* » au détriment de « *l'identité pour moi* »[764]. Dès lors, le *Right of Privacy* est beaucoup plus large que le droit à la vie privée, car les considérations de l'article 8 alinéa 2 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne s'y appliquent pas[765].

140 . Il existe donc un réel conflit entre les identités individuelle, sociale et juridique[766]. Et c'est l'existence d'un tel conflit qui différencie la vie privée de la liberté, de sorte que la vie privée n'est pas la liberté pleine et entière d'agir des individus[767]. Ainsi, la vie privée n'est pas incompatible avec le respect de l'ordre public, « *dont l'une des finalités est aussi de contribuer à l'épanouissement des personnes au sein de la société* »[768]. C'est, en effet, dans l'intérêt du groupe d'éviter les mutilations et les suicides, en somme tout ce qui perturbe « *l'harmonie sociale* »[769] et ce qui constitue un « *intérêt essentiel à la société* »[770]. Une telle protection « *commande d'ignorer l'autonomie de la personne lorsque celle-ci menace son identité* »[771]. À titre d'exemple, les personnes transsexuelles se situent au cœur d'un conflit entre leur autonomie personnelle qui nécessite une protection particulière en raison de leur « *différence* », et l'unité de l'ordre social à préserver qui passe nécessairement par la dualité exclusive des sexes[772].

L'émergence de ces nouveaux conflits nous pousse à nous interroger sur le véritable rôle de l'état civil, pour en réalité s'apercevoir d'une évolution dans ses fonctions. En effet, « *l'état*

---

[760] G., LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *in* J.-M., LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps,* Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 305.
[761] Cour Suprême des Etats-Unis, *Griswold v. Connecticut*, 318 U.S. 479 (1965).
[762] F., RIGAUX, *Ibid.*, p.9.
[763] P.-H., CASTEL, *Les métamorphoses impensables. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, Paris, Gallimard, 2003, p.127.
[764] P.-H., CASTEL, *op.cit.*
[765] M.-T., MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *Revue internationale de droit comparée,* Vol. 44, n°4, 1992, p.786-790.
[766] C'est-à-dire, l'état civil, soit « ce qui permet de repérer socialement un individu », D., GUTMANN, *Ibid.*, p. 5.
[767] D., GUTMANN, *Ibid*, p.298.
[768] TGI Créteil, 6ème ch., 22 oct. 1981, *Demoiselle M…, D.,* 1982, IR, 205.
[769] C., SAINT ALARY-HOUIN, « La sexualité dans le droit civil contemporain », *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse,* t. 33, p.7 à 25, Ed. 1985.
[770] C., LAZARUS, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux. Une nouvelle catégorie juridique,* Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p.185.
[771] C., LAZARUS, *op.cit.*
[772] H., HURPY, Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes, Thèse, Lyon, 2015, p.574.

civil […] *n'est plus seulement un moyen de preuve mais remplit un rôle essentiel dans la constitution de l'identité psychologique* »[773]. On retrouve alors la notion d'identité, qui se scinde elle-même en identité statutaire et subjective, et qui traduit sans aucun doute la double fonction de l'état (identification et fonction identitaire)[774], l'institution de l'état civil devient l'instrument de certaines reconnaissances[775].

141 . Cependant, identité et état civil ne devraient pas être rapprochés aveuglément. En effet, là où l'identité peut tenir lieu de symbole pour la personne, l'état civil anéantit cette perception symbolique au bénéficie d'un outils pratique. Dès lors, la mutation des fonctions de l'état civil a-t-elle entraîné la mutation des fonctions du Droit ? Le droit a-t-il pour nouvelle fonction de reconnaître institutionnellement et symboliquement l'identité, de sorte que l'état civil se voit attribué une portée psychologique, symbolique et thérapeutique ?[776] La réponse est ambiguë car même si Madame le Professeure LEROYER affirme que le Droit n'a pas de fonction symbolique[777] , un bon nombre de ses principes semblent l'être : quelle utilité des mesures antidiscriminatoires si les Hommes naissent libres et égaux en Droit ?
En réalité tout dépend de la manière dont on perçoit l'état civil, soit qu'il est une pure institution d'ordre public[778], soit qu'il reflète « *une vérité personnelle* »[779]. La bonne perception, selon nous, n'est pas exclusive de ces deux-ci, mais s'analyse en leur combinaison.

142 . L'état civil vient encadrer les règles d'individualisation qui permettent aux personnes d'exister en tant que sujets de droit[780]. L'efficacité de ces règles, tient dans leur soumission aux trois principes applicables à l'état des personnes constituant également les caractères des droits subjectifs, qui demeurent imprescriptibles, intransmissibles et

---

[773] D., GUTMANN, *Ibid.*, p.1.
[774] A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes » in *Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, p.273.
[775] A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p.270.
[776] D. GUTMANN, *Ibid.*
[777] P.-H., CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p. 118 ; A.-M., LEROYER, « L'état civil au prisme du genre : un révélateur de discriminations », *in* « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ». Elle ajoute que puisque la symbolique n'ayant aucune portée juridique pourquoi ne pas inscrire les origines personnelles.
[778] M.-L., RASSAT, Sexe, Médecine et Droit, », *in Mélanges offerts à P. Raynaud,* Dalloz-Sirey, 1985, p. 664.
[779] D., ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison publique,* 15 mars 2012, [En ligne : http://www.raison-publique.fr/article530.html] Consulté le 24 octobre 2016.
[780] A. BERNARD, « Fleurs de papiers, fleurs de tombeaux », in *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 19.

indisponibles[781]. Nous avons donc deux intérêts légitimes avec les mêmes caractères, qui constituent un ordre public de protection de la personne… Sans pour autant préciser contre qui ou contre quoi.[782]

Cependant, de plus en plus de dérogations, dues en partie à la loi de bioéthique de 1994 qui transforme, notamment, l'indisponibilité en non patrimonialité[783], sont venues légitimer l'ingérence de la sphère individuelle dans l'état civil. De leur côté, ces dérogations trouvent leur justification dans les notions d'intérêt légitime[784] ou encore dans la notion-cadre de proportionnalité, qui sous-entend la recherche d'un certain équilibre.

2 . La détermination du juste équilibre à ménager entre les intérêts en conflit

143 . Ce juste équilibre va être déterminé en fonction de deux notions pour lesquelles la marge d'appréciation des juges diffère sensiblement : le principe de proportionnalité et la marge d'appréciation des États. Là où le premier laisse libre cours aux initiatives des juges, le second s'analyse en des données précises excluant toute interprétation *in abstracto.*

144 . Concernant la notion de proportionnalité, elle se met en place lorsque « *le droit se développe en équilibrant une double exigence, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre, d'ordre pragmatique, la recherche de solutions acceptables par le milieu, parce que conforme à ce qui lui paraît juste et raisonnable* »[785]. Il s'agit donc d'établir un « *rapport d'adéquation entre les moyens et la fin poursuivie* »[786]. Le

[781] MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les personnes,* 3ème édition, n°7 ; CARBONNIER, *Droit civil,* tome 1, n°70 ; D., TALLON, v° « Droits de la personnalité », *Encyclopédie Dalloz,* 2ème éd., 1974

[782] P., ANCEL, *op.cit.*, p.14.

[783] C., LAZARUS, *Ibid.,*p.187.

[784] C., LAZARUS, *Ibid.,* p.188.

[785] C., PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique,* Dalloz, 1999, p. 173 ; B., LOUVEL, *Entretien, JCP G,* 2015, act. 1122 ; J., SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G,* 2017, 289, p. 502-513.

[786] I., CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail,* Thèse, Montpellier, Paris, Litec, 2001 ; M., BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. A.,* 30 septembre 1998, n°117, p. 3-11 ; B.,

principe de proportionnalité trouve à s'appliquer, dans de nombreux domaines en droit interne[787], mais trouve un plus grand écho, pour la matière qui nous intéresse, dans les droits fondamentaux, notamment à la lecture de l'alinéa 2 de l'article 8 de la C.E.S.D.H.[788]. Cette disposition tend à replacer l'équilibre de « *la double dialectique entre liberté et égalité d'une part et entre l'égale liberté et l'ordre public d'autre part* »[789]. Ainsi, cet article vient justifier les ingérences et les limitations du droit à la reconnaissance de l'identité de genre, en dehors des cas dans lesquels la personne y consent librement[790]. Dès lors, « *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »[791].
Les ingérences autorisées se divisent en trois temps[792], d'abord, elles doivent être prévues, donc légitimes, c'est-à-dire « *nécessaires à une société démocratique* », de la même manière que les droits subjectifs ! C'est ensuite qu'intervient concrètement la proportionnalité. Son application nécessite un travail intellectuel particulier de la part des juges qui doivent rechercher le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu[793]. Cette deuxième étape ne saurait être dissociée de la troisième, qui implique que les États doivent mettre en œuvre des mesures « *raisonnables et adéquates* » pour protéger les droits des individus[794]. Cependant, cette obligation est variable selon M. le Professeur Frédérique SUDRE[795], et tout dépend de la manière dont est « *ménag*[é] [le] *juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des personnes en cause* »[796]. En effet, ce ménagement doit nécessairement respecter le « noyau dur », c'est-à-dire ne pas dénaturer le droit et les

---

GÉNIAUT, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe,* préface d'A., JEAMMAUD, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », 2009, p. 250 et s.

[787] L'atteinte à l'intégrité du corps humain est admise s'il y a un avantage à cette atteinte, c'est ainsi qu'il est question du contrôle de proportionnalité exercé par le médecin, v. art. L 1111-5 du Code de la santé publique. C., LAZARUS, *Ibid*, p.190.

[788] En témoigne le considérant de la décision de la CA d'Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, note F., VIALLA, *JCP G,* n°17, 25 avril 2016, 492, p. 853 : « *en considérant que la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales dans la mise en œuvre des obligations qui leurs incombent au titre de l'article 8 de la CEDH, il doit être recherché un juste équilibre entre la protection de l'état des personnes qui est d'ordre public et le respect de la vie privée des personnes présentant une variation du développement sexuel* ».

[789] F., BRUNET, *Ibid*, p. 410.

[790] F., RIGAUX, *Ibid.*, p.271.

[791] Art. 8, al. 2, Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales

[792] J., ROCHFELD, *Ibid.*, p.192-194.

[793] CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède,* série A, n°52, p.26, §69.

[794] CEDH, *Lopez-Ostra c/ Espagne,* 9 décembre 1994, §51.

[795] F., SUDRE, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH,* 1995, pp. 363-384.

[796] CEDH, 17 oct. 1986, *Rees c/ RU*, n°9532/81, A106, §47 ; *Cossey c/ Royaume-Uni,* 27 sept. 1990, n°10843/84, §37.

fondements de la société. Il s'agit en réalité, de limiter le « *droit à l'auto-institution* »[797] des personnes tout en restreignant les atteintes horizontales (interindividuelles)[798] et verticales effectuées par l'État (en admettant, par exemple, la modification du sexe) au droit au respect de la vie privée. En d'autres termes, le moyen pour limiter ce « *droit à l'auto-institution* » doit être propre à atteindre l'objectif poursuivi : ce doit être le seul. De même que l'atteinte, doit être strictement nécessaire, donc la moins grave. Enfin, la balance bénéfice/risque doit être plus élevée du côté des bénéfices[799] : l'atteinte est nécessaire mais moindre au regard des avantages qui en ressortent.

145 . L'autre critère qui entre en ligne de compte s'analyse en une simple constatation des faits par les juges. Il s'agit de la prise en compte de la marge d'appréciation des autres États membres sur un sujet donné, un sujet connexe à l'affaire qui sera traitée. Ainsi, « *lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation laissée à l'État est restreinte. Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large* »[800]. Dès lors, si la tendance générale au sein des États membres est libérale, les juges de la C.E.D.H., invitent l'État défendeur à suivre le mouvement, sous peine de condamnation.

146 . En définitive, « *l'état civil* […] *est emporté peu à peu dans le tourbillon de l'autonomie de la volonté* »[801], il peut alors se définir comme l'« *ensemble des éléments d'identité que la loi prend en compte pour y attacher des effets de droit* »[802] qui traduisent une identité aussi bien statutaire que subjective ce qui correspond aux nouvelles fonctions de l'état civil. D'une part, une fonction classique d'identification, qui maintenait le caractère d'ordre public jusqu'à aujourd'hui, où, d'autre part, l'état civil « *devient un conseil de revendication identitaire* »[803], permettant d'assouvir pour chacun son « *sentiment d'identité* »[804]. Le

[797] P., WACHSMANN, P., MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *RTDH,* 2003, n°56, p.1178.
[798] « *Conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui aspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété* » *Goodwin c/ Royaume-Uni,* 11 juillet 2002*,* n°28957/95, §77.
[799] C., LAZARUS, *Ibid.*, p.193.
[800] CEDH, gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni,* req. n°6339/05, §77.
[801] J., HAUSER, « Transsexualisme : changer à quelles conditions », *RTD civ,* 2008, p.271.
[802] A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p.273.
[803] A.-M., LEROYER, « L'état civil au prisme du genre : un révélateur de discriminations », *in* « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et

paradoxe de cette nouvelle configuration de l'état civil tient en la question suivante : « *jusqu'à quel point peut-on changer tout en demeurant la même personne* ? »[805].

transidentité ». En témoignent par ailleurs, la loi n°93-22 du 8 janvier 1993, modifiant le Code civil et relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* n°7, 9 janvier 1993, p. 495, qui met en place l'article 79-1 du Code civil instituant l'acte d'enfant sans vie et reconnaissant ainsi la souffrance des parents (il s'agit de reconnaître qu'ils ont été parents). Nous citons également la loi n°2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *JORF,* 5 mars 2002, p. 4159.

[804] M. GOBERT, « Le transsexualisme ou de la difficulté d'exister », *JCP G,* 1990, I, 3475, n°19.

[805] S. FERRET, *Le philosophe et son scalpel. Le problème de l'identité personnelle*, Eds. de Minuit, coll. « Propositions », 1993, p.17.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

147 . Il existe donc une interdépendance non contestable entre le sexe et le genre, ce dernier étant une composante du premier. Mais il persiste néanmoins des différences de taille entre les deux notions : le sexe reste considéré comme une certitude immuable tandis que le genre se caractérise par son caractère évolutif et sa mouvance. L'exemple le plus flagrant reste celui des personnes dites *gender fluid,* ou de genre fluide qui oscillent entre des apparences féminines, masculines voire androgynes parfois. Le genre est donc livré à la volonté de la personne, voire à des considérations irrésistibles dépassant le libre arbitre dans le cas des personnes transsexuelles. Pour cette raison, le genre ne saurait faire partie des mentions présentes dans les actes de l'état civil et le genre ne saurait constituer un élément de l'état des personnes. Cependant, le développement des droits à l'autodétermination comme corollaires du droit à la vie privée, donne plus de place à la volonté des individus, mais surtout tend vers une reconnaissance absolue de cette volonté dans l'ordre juridique. Grâce à ce mouvement européen mis en marche par les jurisprudences de la Cour européenne des Droits de l'Homme, le genre obtient un véritable droit de Cité dans l'ordre juridique européen, mais également en droit français. C'est notamment ainsi qu'a émergé le droit à la reconnaissance de l'identité de genre[806] qui se dédouble en deux obligations à la charge des États membres : ne pas empêcher le droit à la construction de cette identité[807], mais également de reconnaître cette identité[808]. Ces obligations comportent une part d'ambivalence puisqu'elles constituent à la fois des obligations négatives et positives à la charge des États en fonction des particularités nationales de chacun. Ainsi le droit à la construction de l'identité de genre s'étend du droit à ne pas faire obstacle à cette construction, sauf si un intérêt légitime le justifie, au droit de donner les moyens au justiciable pour y parvenir. Concernant le droit à

[806] CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni,* série A, n°160, p.16, §39 ; 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie,* n°53176/99 ; 25 septembre 2012, *Godelli c/ Italie,* n°33783/09.

[807] CEDH, 6 février 2001, *Bensaïd c/ R.-U.*, req. n°44599/98, Rec., 2001-I, §47 ; J., ROCHFELD, *op.cit.*, p.44 ; CEDH, *Y. Y, / Turquie*, 10 mars 2015, n°14793/08 ; *JCP G,* 2015, act. 336, obs. A., SCHAHMANECHE.

[808] [808] CEDH, 6 nov. 1980, *D. Van Oosterwijck c/ Belgique,* n°7654/76 ; 23 oct. 1997, n°31177/96 ; CEDH, grde. ch., 16 juillet 2014, n°37359/09, *Hämäläinen* c/ *Finlande,* V. H., APCHAIN, "Transsexualisme, reconnaissance du genre et respect de la vie privée", *JDI,* n°4/2015, p. 1260-1264.

la reconnaissance, il va s'agir soit d'ériger des mesures reconnaissant largement l'identité et tous les droits qui pourraient en découler, de même qu'une protection adaptée, soit, sans reconnaissance formelle, d'assurer la protection de cette identité en déployant un système anti-discriminatoire efficace.

CONCLUSION

DU

TITRE PREMIER

« *L'état ne peut être un carcan qui s'opposerait aux nécessités de l'existence* »[809].

« *Il appartient au droit de poser les postulats et de préciser le niveau de fiction acceptable* »[810].

148 . Ce que nous savons du sexe, c'est qu'il fait l'objet d'un certain nombre de définitions non médicales, qui mettent en valeur son caractère discontinu. S'il constitue une « *catégorie socialement construite renvoyant à une différence biologique* »[811], il n'en demeure pas moins un « *archipel complexe et capricieux* »[812] qui ne saurait se limiter à la traditionnelle *summa divisio* homme/femme, le sexe n'est que « *degrés d'intersexuation* »[813]. Dès lors, maintenir la répartition de l'espèce en deux catégories aussi strictes « *est totalement artificiel et constitue la négation du fait humain par le Droit* »[814], ainsi que de l'existence des composantes multiples du concept de sexe, de sorte que le sexe apparent demeure « *l'insigne* » de la masculinité ou de la féminité[815]. Ces écueils ont d'abord été soulevés à

[809] L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », Chron. XIX, sous TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 et 26 mars 1980, *D.,* 1981, p.145.
[810] C., LABRUSSE-RIOU, « La vérité dans le droit des personnes », *in* B., EDELMAN, M.-A., HERMITTE, *L'homme, la nature et le droit,* C. Bourgeois, 1988, p. 169.
[811] ISNA ; v. également G., MEMETEAU, « Transsexualisme et débat de société », *Médecine et Droit* , 2007, p.141, qui affirme que « les sexes sont des constructions sociales » ; C., GUILLAUMIN, *Sexe, race et pratique du pouvoir,* Paris, Côté-femmes, 1992, p. 56.
[812] A., ALESSANDRIN, « Sexe(s)», *in* A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendre*, Editions « Des ailes sur un tracteur », 2014, p.57.
[813] A., ALESSANDRIN, *op. cit.*
[814] M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.661.
[815] C., FORTIER, « La question du transsexualisme en France. Le corps sexué comme patrimoine », *CDSA,* n°18, 2014, p.269-282, p.273.

l'égard des personnes transsexuelles, notamment dans le cas britannique *Corbett vs. Corbett*[816] en affirmant que le sexe d'un individu est déterminé par la concordance des sexes gonadique, chromosomique et génital ainsi que par la possibilité d'avoir des rapports sexuels. Puis avec les personnes intersexes, dans le cas *W. vs. W.,* pour être enfin étendu à six critères[817]. En dépit de ces découvertes, le Droit ne considère que le sexe morphologique pour établir les actes de l'état civil. Cependant, la montée des revendications identitaires, aidés par une maîtrise toujours plus grande de l'autonomie de la volonté, nous pousse à nous interroger sur la pertinence de cette position. Le sexe juridique n'est-il que biologique, excluant ainsi le genre du champ du Droit ? Nous rejoignons M. le Professeur Ph. REIGNÉ, en affirmant que la question n'a pas lieu d'être posée, dans la mesure où le sexe juridique est un sexe social et relève donc du genre[818]. La vérité du sexe biologique est un « *butoir naturel* » [819] pour donner du crédit aux autres composantes. Même si le genre fait son apparition dans les manuels scolaires, - non sans émotions – rien n'y est cependant dit sur les différentes composantes du sexe et leur éventuelle discordance avec le sexe biologique, de même que les états d'intersexuation y sont mentionnés mais uniquement dans un souci de tolérance[820]. Alors qu'« *expliquer le genre au grand public* [nous semble être] *une nécessité* […] *: socialement pour comprendre l'humanité dans toute sa diversité, et politiquement pour promouvoir les principes d'égalité entre les femmes et les hommes* »[821]. Genre et sexe sont des notions différentes mais nécessairement complémentaires[822]. D'une part, le sexe fait appel à une définition biologique, dans laquelle s'intègre parfaitement un aspect psychologique, tandis que le genre ne s'appréhende que psychologiquement ou socialement en dépit de toute considération d'un sexe anatomique[823]. On oppose généralement sexe/genre, nature/culture, biologique/sociale, comme si la première proposition était intangible, vraies, alors que la

[816] Cour Suprême du Royaume-Uni, 2 février 1970, *Corbett vs. Corbett.*
[817] Fam. Div., 10 oct. 2000, *W. vs. W.* : [2001] Fam. 111 et [2001] 1 FLR 324 : Sexe chromosomique, gonadique, génital, psychosocial, hormonal et les caractéristiques secondaires.
[818] Ph., REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G,* n°42, 17 octobre 2011, doctr. 1140.
[819] L., BERINI, M., TRACHMAN, *Le genre, théories et controverses,* Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2014, p.25.
[820] L., BERINI, M., TRACHMAN, *op. cit.*
[821] C., VIDAL, « La soi-disant « théorie de genre » à l'épreuve des neuro-sciences », *in* L., LAUFER, F., ROCHEFORT (dir.), *Qu'est-ce que le genre,* Paris, Payot et Rivages, Coll. « Petite Bibliothèque Payot », 2014, p.82.
[822] B., ANCEL, « Un OJNI (objet juridique non identifié) à l'état civil. Boîte de pandore ou révolution juridique à l'échelle mondiale ? », *JCP G,* n°11, 1278, 2016, p.492.
[823] J., MONEY, «Hermaphroditism, Gender and Precocity in Hyper-Andrenocorticism : Psychologics Findings », *Bulletin of Johns Hopkins Hospital*, n°96, 1955, p. 253-254 ; E. E., MACCOBY, C. N., JACKLIN, « The Psychology of Sex Differences », *Stanford University Press,* 1974 ; J., BUTLER, *Bodies That Matter : On the discursive Limits of Sex,* New York, Routledge, 1993 ; J., COLAPINTO, *As nature Made Him : The Boy Who Was raised as a Girl*, New York, Harper Collins, 2000 ; J., BUTLER, « Undiagnosing Gender », *in Transgender Rights*, Paisley Currah, Richard M. Juang & Shannon Price Minter eds. 2006, 279-81 ; S. SENGENES, « D'un genre à l'autre », *Terrain,* [En ligne : http ://terrain.revue.org/1748 ;Dol :10.4000/terrain.1748].

seconde ne serait que construite[824]. Autre différence, « *les genres ne sont pas deux mais innombrables* »[825], ils constituent la marque du contrôle des individus sur leur identité, il existe donc autant de genres qu'il existe de tempéraments. Mais ces notions n'en demeurent pas moins interdépendantes, car sans l'existence des deux sexes, il ne saurait y avoir de genre de référence, de même que sans l'existence de ces deux genres de référence, l'éducation des filles et des garçons ne saurait être différenciée. Les deux thèses se tiennent : le genre précède le sexe, le sexe précède le genre[826].

149 . L'apparition du genre a eu des répercutions en Droit, et notamment dans la manifestation juridique de l'identité des personnes : l'état civil. En effet, le genre a signé la fin de la longue prédominance de l'approche objective de l'identité[827], remettant en cause toutes les certitudes à propos de notre cher état des personnes, notamment son caractère indisponible, principe jadis « *essentiel en droit français* »[828]. Aujourd'hui, la doctrine s'accorde pour qualifier ce principe de dépassé et d'inopportun[829], qui ne semblait se maintenir que lorsqu'il était question de gestation pour autrui avant que la Cour de cassation ne change de fondement pour asseoir la prohibition de cette pratique[830]. Il convenait de trouver le moyen de sauvegarder les aspects sécuritaires des actes de l'état civil tout en assurant les droits attachés à l'identité des personnes. Un tel compromis reste possible si nous admettons la substitution du principe d'indisponibilité par celui d'ordre public de protection[831]. Ainsi, « *admettre que la protection de la personne permet aussi d'assurer l'ordre social* », sous-entend que « *le maintien de cet ordre peut imposer ou autoriser des changements d'états* », laissant ainsi « *libre* [le] *jeu des volontés individuelles, en protégeant l'individu, favoris*[ant] *en définitive, la paix sociale* »[832]. L'état des personnes devient alors, à la fois, le miroir et le masque identitaire[833] des individus. Dès lors, « *il n'y a plus d'indisponibilité de l'état* »[834]. Ce déclin se trouve particulièrement marqué par la

---

[824] A., FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body. Gender Politics and the construction of Sexuality*, New York, Basic Books, 2000 ; P.-H., CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p. 62.
[825] M.-H., BOURCIER, *Sexpolitiques, Queer Zones 2,* Paris, La Fabrique, 2005.
[826] P., REIGNE, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G,* n°42, 17 octobre 2011, doctr. 1140 ; L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD, *Introduction aux études sur le genre*, 2ème éd., Bruxelles, De Boeck, 2012, p. 54 ; A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendre,* Editions « Des ailes sur un tracteur », 2014, p. 58 et s.
[827] D., DEROUSSIN, « Eléments pour une histoire de l'identité individuelle », *in* B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p.9.
[828] Civ. 1ère, 6 avril 2011, *Bull. civ.*, I, n°72.
[829] A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p. 247.
[830] V., Ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323, L., LAMBERT-GARREL, *RDS,* n°67, 2015, p. 702-704.
[831] P. ANCEL, *Ibid.,* p.292 ; A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p.265.
[832] A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p.269.
[833] A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p. 248.
[834] A., ALESSANDRIN, *La transidentité : Des changements individuels au débat de société,* L'Harmattan, 2011, p.30.

connaissance, dans les prétoires, des cas de personnes porteuses d'états d'intersexuation que sont le transsexualisme et l'hermaphrodisme.

150 . Aujourd'hui, et depuis quelques années déjà, nous savons que « *les récits qui tend*[aient] *à établir l'existence d'hermaphrodites humains*, [ne devaient plus être] *relégués au domaine de la fable* »[835]. Même si, en dépit du caractère épiphénoménal que constituent les différents cas d'hermaphrodisme, cet « *exceptionnisme sexuel* »[836] qui frappe des êtres « *abandonnés par la Nature dans un état de neutralité* »[837], ne doit plus être ignoré par le Droit. En effet, ce « *grain de sable sociojuridique* »[838], est capable de provoquer un raz de marée du point de vue de la vie privée des personnes atteintes. Sur le plan social, les personnes intersexes sont souvent l'origine d'un « embarras » pour le reste de la société[839] qui ne peut se fier à ce qu'elle perçoit, pouvant se penser alors victime d'une « *imposture* »[840] sur le sexe. Et plus encore si le seul moyen de preuve que constitue l'acte de naissance du contrefacteur est le seul à réellement faire foi… jusqu'à preuve du contraire. Cependant, même si cette preuve est produite, elle ne saurait être d'aucun effet juridique, puisque notre Droit, aujourd'hui, ne reconnait que deux sexes, il semble impossible d'inscrire qu'une personne soit de sexe neutre sur son état civil[841]. Au regard de cette impasse juridique, nous pouvons affirmer, qu'en l'état actuel du droit positif, l'hermaphrodisme représente une double transgression : d'une part, de la « *normativité naturelle* », d'autre part, de la « *normativité sociale* »[842].

À côté de cet état d'intersexuation physique, se trouve le transsexualisme, état d'intersexuation psychique, qui se caractérise par « *une nécessité intérieure, impérieuse et inaltérable* »[843] qui pousse le sujet à une *« métamorphose intentionnelle et réelle* […] *dans* [la] *chair, pour que celle-ci soit conforme au genre auquel* [la personne] *appartient* »[844] et qui est désignée sous le terme de transsexualisme[845].

---

[835] *D.,* 1904. 1, 395, note sous Civ. 6 avril 1903, concl. BAUDOUIN, p.397.

[836] Cynthia KRAUS lors de la journée « Dialogue sur les prises en charge du développement sexuel atypique : une table ronde France – Suisse », Journée d'étude organisée par l'EHESS et l'IFRIS, 11 juillet 2016.

[837] J., de GANCK, *Le sexe, une invention moderne ? Histoire des réactions face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine 1830-1914,* Université des femmes, coll. Cahiers de l'UF, n°8, 2012, p.68.

[838] « Variations de genre ou variations du développement sexuel : de quoi s'agit-il ? », *Plateforme d'information Humanrights,* 26 janvier 2016.

[839] X., DELORE, *Des étapes de l'hermaphrodisme,* Paris, Masson et Cie, 1899, p.22.

[840] G., HOUBRE, « Dans l'ombre de l'hermaphrodite : hommes et femmes en famille dans la France du XIXème siècle », *CLIO. Histoire, femmes et société,* p.86.

[841] TGI Tours, 20 août 2015 ; CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281.

[842] E., DORLIN, « Hermaphrodisme », *in Dictionnaire de la pensée médicale,* Paris, PUF, 2004, p.568.

[843] F., SIRONI, *Psychologie(s) des transsexuels et des transgenres,* Paris, Odile Jacob, 2011, p.27.

[844] F., SIRONI, *op.cit.*, p.28.

[845] « *Mot parapluie* » selon L., BERINI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT., A., REVILLARD, *Introduction aux études de genre,* De Boeck, 2012, p. 44.

Ces deux états semblent creuser une différence gênante entre la réalité et les actes de l'état de civil, forts de leur traditionnel « *statutisme* »[846]. Or, selon P., RICOEUR l'identité se nourrit autant d'*ipse* (perception de soi comme unique) que d'*idem* (continuité du sujet dans le temps et l'espace)[847], ce qui correspond aux deux aspects de l'identité, c'est-à-dire, rester le même (identité statutaire) et être conforme à soi-même (identité objective)[848].

151 . Ce dernier aspect pousse à nous interroger sur la place de la vie privée dans l'état des personnes. S'il est traditionnellement admis que le droit à la vie privée ne fait pas partie de l'état des personnes[849], ce n'est plus vrai aujourd'hui, puisqu'il est largement admis que l'état des personnes dispose d'une double mission qui en fait à la fois un élément identificatoire et un élément identitaire[850]. C'est ce dernier élément qui en fait une émanation à part entière de la vie privée, puisqu'il est intimement lié à l'épanouissement de la personne, qui sous-entend la possibilité de construire son identité. L'état civil, matérialisation de l'état des personnes, constitue dès lors, une « *liste de données* […] *selon deux dimensions bien différentes : d'une part l'inscription à l'état civil* […] *d'autre part les choix personnels en matière sexuelle, religieuse, culturelle, politique…* »[851], et devient donc l'« *objet de revendications juridiques fort* »[852].

152 . Pour autant, cette tendance à l'individualisation ne saurait s'opérer au détriment de la fonction sécuritaire de l'état civil. En effet, il ne s'agit pas d'abandonner la préoccupation identificatoire des personnes par les pouvoirs publics, qui en plus de maintenir un certain nombre d'éléments traditionnels, ont recours à d'autres éléments « *alternatifs* » comme la biométrie[853]. Ainsi le recours abusif du respect de la vie privée tendrait vers la toute-puissance de la volonté[854] et ferait tomber l'ordre juridique dans les dérives du libéralisme romantique[855].

153 . L'appréhension binaire du sexe contribue indéniablement à en faire « *le maillon faible du réseau conceptuel de l'identité* »[856]. Mais pourrait-il en être autrement ? L'acte de

---

[846] Qui est un courant prônant la détermination de l'identité par l'État dans un souci de stabilité et d'uniformité, v. X., BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel,* 2006/1, n°65, p.75.
[847] P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre,* Seuil, 1990, p.150-152 et161-163.
[848] P. RICOEUR, *op.cit.*
[849] Crim, 16 avril 1980.
[850] P., MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit de connaître son identité », *in* B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p.52.
[851] X., BIOY, *op.cit.*, p.74.
[852] X., BIOY, *Ibid.*
[853] J., ROCHFELD, *Ibid.*, p.45.
[854] D., GUTMANN, *Ibid.*, p. 366.
[855] Comme, au sein de la famille avec le retour à la puissance paternelle au sein littéral *pater familias.* D., GUTMANN, *Ibid.*, p. 311.
[856] P.-H., CASTEL, *Les métamorphoses impensables. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, Paris, Gallimard, 2003, p.15.

naissance doit être dressé dans les cinq jours qui suivent la naissance, et « *l'apparence* [du sexe] *sert, par défaut, à catégoriser les individus* »[857]. Pour que cette catégorisation puisse être efficace, sans créer de situations stigmatisantes, « *il faut réduire* [les] *indicateurs à un seul, pour obtenir une classification dichotomique.* […] *Cette réduction est un acte social* »[858]. Parallèlement, le corps social admet de moins en moins le décalage entre les deux identités et nous assistons à une focalisation sur l'identité juridique qui semble devoir être unique selon l'état civil : l'État devrait dire la réalité sur l'état des personnes.

Nous nous trouvons face à un paradoxe entre deux réalités, celle donnée au sujet, et celle que le sujet se donne[859], toutes deux légitimes. Néanmoins, le droit se subjectivise en donnant de plus en plus de place à la personne[860], de même, les évolutions sociales révèlent une tendance des individus à la distinction[861]. Or, cette distinction, marque de la subjectivité, ne peut avoir lieu qu'au travers du regard de la société, rendant indissociable, « *le monde social du monde subjectif* »[862]. Et c'est contre toute attente, l'Avocat général DUPIN, à l'occasion de l'affaire Berthon[863], qui relate au mieux les problématiques liées à notre état civil actuel, qui concerne « l*a personne,* […] *l'être humain, intelligent et libre, identique à lui-même* […] *qui a la conscience de son identité* […], *qui se sépare aisément de toutes les circonstances accessoires, de tous les attributs dont il peut être revêtu accidentellement* »[864].

---

[857] P.-H., CASTEL, *op.cit.*

[858] C., DELPHY, *L'ennemi principal 2. Penser le genre,* Paris, Syllepse, 2001, p.252.

[859] M., PICHARD, « Etat des personnes, genre et identité », *in* « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

[860] A.-C., AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille,* PUAM, 2007, p.187.

[861] G., MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ,* 1966, p. 221.

[862] F., BRUNET, *La normativité en droit,* Thèse, Mare&Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p. 460.

[863] Ch. réunies, 24 février 1862, *S.,* 1862, 1, 341, Concl. DUPIN.

[864] D., GUTMANN, *Ibid.*, p.5.

TITRE SECOND : PRATIQUES JURIDIQUES ET MÉDICALES DOUTEUSES DES ÉTATS D'INTERSEXUATION

154 . Si « *Droit et Médecine ont le même but : permettre la vie* »[865], « *il arrive parfois* […] *qu'au lieu de marcher côte à côte,* [ils] *se trouvent face à face et que des conflits s'élèvent* »[866].

Cette affirmation se vérifie doublement au regard des états d'intersexuation qui nous intéressent, bien qu'objectivement les rapports que le Droit et la Médecine entretiennent à ce sujet s'inscrivent plus dans une dimension temporelle. En effet, qu'il s'agisse des personnes transsexuelles ou intersexes, la médecine a eu une longueur d'avance considérable sur le Droit qui, tantôt se trouve démuni face à de telles situations, tantôt se complait dans son mutisme[867]. Seulement, il serait erroné de penser que, parce que la Médecine fut la première concernée par ces problématiques, les solutions qu'elle a apportées fussent les bonnes. Oscillant entre sentiment de toute puissance et volonté humaniste, les médecins des états d'intersexuations ont commencé à « *traiter* » pour la « *gloire de la science* », sans s'inquiéter du respect de probables droits attachés à la qualité de patients, tout en essayant de passer entre les « *mailles du filet* » de la loi pénale (CHAPITRE PREMIER).

155 . Le Droit n'intervient qu'après coup, et ici encore de manière non évidente et différente selon l'état d'altersexuation dont il est question.

Bien souvent placés devant le « *fait accompli* », les juges n'adoptent pas la même attitude selon qu'une personne transsexuelle ou intersexe se présente devant eux. Les demandes de ces dernières sont plus volontiers accueillies que celles des personnes transsexuelles qui ont subies volontairement une intervention modificatrice de leur apparence, et faisant délibérément mentir leur état civil. En effet, l'intersexuation physique échappe à la volonté de la personne qui souhaite voir rectifier son état civil (prénom et/ou sexe) ce qui lui permet d'invoquer l'erreur matérielle prévue à l'article 99 du Code civil, sans avoir à prouver d'un

[865] J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes,* LGDJ, 1993, p. 550.
[866] H., MAZEAUD, « Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale », *Mélanges de JUGLART,* 1986, p., 46.
[867] L., MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. Fam.,* Etude n°18, sept. 2005, p.7.

intérêt légitime. Tandis que la personne transsexuelle qui a provoqué la discordance entre son apparence et son état civil, si elle souhaite aller au bout de sa transition, devra apporter cette preuve.

156 . Les problématiques des deux intersexuations divergent : d'un côté, la rectification du sexe pourrait être évitée si les conditions d'assignation prenaient en compte le cas des personnes intersexes, de l'autre, le régime prétorien qui régissait le changement de sexe des personnes transsexuelles était créateur d'une grande insécurité juridique, doublée d'une atteinte caractérisée à l'intégrité au corps humain. Cependant, ce régime semble être révolu puisque la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle porte aux articles 61-5 et suivants du Code civil un droit exprès au changement de sexe (CHAPITRE SECOND).

CHAPITRE PREMIER :
LA MÉCONNAISSANCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DES DROITS DES PATIENTS

« *Le médecin n'a pas qualité pour dire ce qui est bien ou mal, moral ou amoral. La science se doit d'éclairer sur les risques que prend le sujet en choisissant telle attitude de préférence à une autre* »[868].

157 . L'apparence, qui désigne l'aspect physique[869], extérieur et visible de la personne[870] est une notion qui sera développée. En effet, tout est question d'apparence ici : d'une part, l'homme qui est contraint[871] de devenir une femme doit pouvoir apparaître comme telle aux yeux de la société, d'autre part, c'est parfois parce que l'apparence des organes génitaux, ou la tournure que prend la puberté chez la personne intersexe, que des difficultés émergent quant à la certitude du sexe juridique. Ces apparences doivent-elle être prises en compte par le Droit ?

Répondre par la négative absolue conduit à nier l'existence de régimes juridiques, légaux ou jurisprudentiels, fondés exclusivement sur l'apparence[872], mais aussi les diverses pratiques, anciennes et nouvelles, à l'image de la théorie de l'homme criminel de LOMBROSO de la fin du XIXème siècle[873], ou encore l'étape du *« real life test »*[874] pour les personnes transsexuelles.

---

[868] N., GRAFEILLE, « Prise en charge du transsexualisme en 2010 : Expérience bordelaise », *in* A., ALESSANDRIN (dir.), *La transidentité : Des changements individuels au débat de société,* L'Harmattan, 2011, p. 47.

[869] Ph., DUBOIS, *Le physique de la personne,* Economica, 1986, p. 7.

[870] A., MARAIS, « L'apparence de la personne », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle GOBERT,* Economica, 2004, p. 285.

[871] Souligné par nous. Il s'agit de faire entendre au lecteur que le sort de la personne transsexuelle lui est imposé et que la seule manière pour elle d'accéder à un état de complet bien-être et d'aller dans le sens de la transition.

[872] Comme la théorie doctrinale puis jurisprudentielle de l'apparence. V. Ass. Plén., 13 déc. 1962, *JCP,* 1963, II, 13105 ; Civ.1ère, 3 avril 1963, *JCP.*, 1962, II, 13502 ; Civ.1ère , 29 avril 1969, *D.,* 1970, 23 ; J.-L., SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP,* 1982, I, 3058 ; G., TAORMINA, *Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle,* Thèse, Paris XII, 1991), mais aussi le possession d'état qui constitue un moyen légal de preuve fondé sur l'apparence.

[873] C., LOMBROSO, *L'homme criminel,* trad. Française, 2 vol. Alcan, 1985.

Ces acceptions de l'apparence diffèrent sensiblement de son appréhension. En effet, au XIIVème siècle, l'apparence se voulait « *distinct*[e] *du réel et même opposé*[e] *à la réalité* », de sorte qu'elle constituait un véritable « *masque de la personnalité* »[875] aidée par « *la faiblesse des sens et de la raison humaine* »[876], par nature imparfaite et donc encline à être trompée. Mais aujourd'hui, et depuis l'avènement des droits relatifs à la personnalité, l'apparence devient le moyen privilégié d'« *envoyer à autrui une image dont* [on] *souhaiterait qu'elle corresponde à la réalité* »[877]. La nuance apparaît ici dans le fait que l'individu ne cherche plus à distinguer l'apparence du réel, mais à faire de l'apparence, la réalité qu'il imposerait à la société, et c'est en cela que l'apparence est un moyen d'affirmer et d'exprimer sa personnalité[878] et donc, son identité. Puisqu'il s'agit d'un droit de la personnalité, et plus précisément d'une des manifestations du droit à l'autodétermination, ce sont les règles relatives à la vie privée qui officieront pour protéger cette identité contre les atteintes potentielles de tiers qui devront respecter, voire assurer, le choix de cette apparence.

158 . Cependant, là où les limites de la médecine s'arrêtent au techniquement réalisable et non à l'éthiquement raisonnable, il nous semble indispensable de se demander « *jusqu'où une personne peut disposer de son corps* »[879] pour que la modification de son apparence puisse trouver un écho en Droit ? La réponse à cette interrogation s'articule autour des dispositions de l'article 16-3 du Code civil, qui pose les principes des atteintes légales au corps humain et du respect de son intégrité, de l'article 222-9 du Code pénal qui sanctionne l'inobservation de ces principes, mais aussi de l'article 16-1 du Code civil. Ainsi, toute atteinte au corps qui ne poursuivrait pas une finalité thérapeutique et qui n'aurait pas préalablement été consentie pourrait être réprimée par une peine de dix ans d'emprisonnement et 150 000€ d'amende. Ces dispositions ont vocation à s'appliquer même lorsque les interventions modificatrices d'apparence sont voulues par la personne[880], de sorte qu'il existe une véritable ambivalence des atteintes au corps qui est « *à la fois inviolable à autrui et indisponible à* [soi]-*même* »[881].

---

[874] C., CHILAND, « Bilan de 25 années de travail avec les transsexuels », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre,* LEH, 2010, p.277.
[875] A., MARAIS, *Ibid.*, p. 287.
[876] A., REY, *Dictionnaire historique de la langue française,* Tome 1, Le Robert, 1992.
[877] A., MARAIS, *op. cit.*, p. 286-287.
[878] Pour un exemple polémique, le choix des jeunes femmes de confession musulmane de porter le voile pour affirmer leur appartenance à cette religion. V. notamment A., MARAIS, *op. cit.*, p.302.
[879] S. SENGENES, « D'un genre à l'autre », *Terrain,* [En ligne : http ://terrain.revue.org/1748 ; Dol :10.4000/terrain.1748].
[880] D'ailleurs, le régime appliqué aux actes de chirurgie esthétique est renforcé, se rapprochant ainsi des règles applicables en droit de la consommation. V. art. L 6322-1 Code de la santé publique.
[881] M.-T., MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard CORNU,* PUF, Paris, 1994, p. 327.

159 . Ces dispositions tendent à créer entre médecin et patient, ou ses représentants légaux, une véritable relation de confiance qui se manifestera par une stricte utilité médicale de l'intervention et par une adhésion libre et éclairée du patient. Or, la prise en charge médicale des états d'intersexuation n'appelle pas à une application efficiente de ces principes fondamentaux des droits des patients. En effet, des doutes quant à l'existence réelle d'un but médical subsistent dans les deux cas de figure (SECTION PREMIÈRE), tandis que les bases du colloque singulier, dont les traductions les plus pures restent le devoir d'information et l'obligation de consentement, se trouvent fortement perturbées, voire quasiment annihilées (SECTION SECONDE).

SECTION PREMIÈRE : L'ARTIFICIALITÉ DU BUT MEDICAL

« *La médecine considère comme anormal, non naturel et pathologique tout ce qui remet en cause l'ordre binaire de la catégorisation sexuée* »[882].

160 . Les problématiques liées au but médical des interventions posées sur les personnes intersexes et les personnes transsexuelles ne sont pas les mêmes, pour les unes il semble que, dans la plupart des cas, aucun impératif médical ne justifie l'intervention d'assignation sexuelle chez un nouveau-né (I), pour les autres, si un tel impératif existe, il ne passe plus par la recherche d'une pathologisation du transsexualisme (II). Ces affirmations sont le fruit d'un processus intellectuel qui trouve sa source dans un souci commun de pathologisation systématique des intersexuations psychiques et physiques afin de justifier les atteintes portées aux corps mixtes ou erronés. Si le rôle de la médecine est d'être « *favorable au bien-être de l'humanité* »[883], cela n'engendre pas nécessairement la cause d'une pathologie comme fait justificatif des atteintes corporelles. En effet, l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.), ne désigne pas la « *situation de complet bien-être* » de manière exclusive et limitée à la seule non existence de maladie, elle s'entend de manière plus large encore et englobe le rapport de la personne dans la société dans laquelle elle évolue. La médecine peut s'analyser comme une science altruiste[884] dans le sens où son action va permettre, ou pour le moins favoriser, l'intégration des personnes dans la société. Néanmoins, la loi pénale est en mesure d'assombrir ce tableau huxleyen, puisque cette conception large et libérale de la santé ne fait pas toujours l'unanimité. En effet, comment justifier pénalement stérilisation, castration (chimique ou chirurgicale) et mutilation génitale sur un sujet qui, dans la majorité des cas, a des organes génitaux sains, sans se faire taxer d'actes de torture ou de traitements inhumains

[882] J., WOWERIES, « HInter Unterschienden verstech sich die Normalität, *in Dokumentation. Intersexualität in Diskurs,* Deutscher Ethikrat, 2012b, p. 71.
[883] I., HENRIETTE, « Est-ce un garçon ? Est-ce une fille ? Ou les médecins et les officiers de l'état civil dans l'embarras », *Journal de médecine, de chirurgie et de pharmacologie,* 1855, vol.20, n°1, p.11.
[884] M.-T., MEULDERS-KLEIN, *Ibid.*, p. 327.

et dégradants[885], ou de mutilations génitales occidentales[886] ? La réponse réside dans le principe de proportionnalité de l'avantage attendu par l'atteinte[887]. Dès lors à avantages prévisibles égaux c'est le moins intrusif qui devrait être mis en place. Il ne fait alors aucun doute quant aux avantages retirés d'une intervention de réassignation sur une personne transsexuelle, ainsi c'est une véritable contrainte morale qui pousse les médecins à tout mettre en œuvre pour éviter que leur patient se retrouve face à des souffrances morales ou psychologiques[888]. La réciproque est cependant difficilement vérifiable pour les interventions pratiquées sur les nouveau-nés ou les jeunes intersexes, sur lesquelles a longtemps pesé une véritable *omerta*. Il semblerait que la balance bénéfice/risque soit biaisée et que l'inévitable catégorisation binaire l'emporte sur les possibilités pour l'enfant devenu mature ou discernant de pouvoir choisir son genre. Dans cette hypothèse, en plus de l'atteinte portée au corps de l'enfant, c'est l'identité individuelle qui est également touchée.

I . L'enjeu dépassé de la pathologisation du transsexualisme

« *Le transsexualisme n'est pas un caprice, mais un état pathologique. Il n'est ni une psychose ni une perversion : il doit être considéré comme une anomalie de l'identité sexuelle* »[889].

[885] Art. 7 du Pacte de New-York ; Art. 3 de la C.E.D.H.
[886] Zwischengeschlecht.org, « Western mutilation a.k.a. Cosmetic genital surgery performed on children *», Switzerland 14th Universal periodic review*, 2012.
[887] C., LAZARUS, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux. Une nouvelle catégorie juridique,* Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p. 234.
[888] G.-M., FAURE, « Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes », *RDSS,* 25 (1), janv.-mars 1989, p.2.
[889] L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », Chron. XIX, sous TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 et 26 mars 1980, *D.,* 1981, p.140 ; M., GOBERT, *in* L.-E., PETTITI, *Les transsexuels,* coll. « Que sais-je », PUF, 1992, p.75.

161 . Il est encore difficile de ne pas associer le terme « *pathologie* » à la maladie mentale lorsqu'il est question de transsexualisme[890], tout simplement parce qu'en l'absence de pathologisation, il ne semblait pas possible pour les médecins d'intervenir sur les corps. Dans la doctrine juridique, cette attitude humaniste des médecins fut interprétée durement de « *collaboration avec la psychose* » [891] ou encore de « *médicalisation de l'insolite sexuel* »[892] pour reprocher à la science médicale de « *cautionner par un acte chirurgical le délire du patient* »[893]. Les débats ont aussi lieu au sein même de la communauté médicale, du point de vue de la prise en charge[894], mais également des méthodes employées. L'approche la plus connue est celle de R., STOLLER qui distingue deux types de transsexualisme[895] : l'un primaire, c'est le « *transsexualisme vrai* »[896] qui est présent dès le plus jeune âge et qui nécessite une opération de soulagement, l'autre secondaire ou tardif, pour lequel le traitement adéquat réside dans la psychothérapie pour « *inverser la tendance* »[897]. Au regard des données acquises de la science, cette seconde théorie n'a plus droit de Cité, puisqu'il est admis par la doctrine médicale de manière uniforme que la psychothérapie, quel que soit le type de transsexualisme, est inutile[898]et insuffisante, et que les transformations physiques à l'issue d'hormonothérapie et/ou de chirurgie sont les seules « *traitements* » efficaces[899]. Ces-dits traitements ne sont pas sans incidences, puisqu'ils modifient l'apparence, ils ont une prise particulière sur le corps des personnes qui s'y prêtent. Il est donc essentiel que ces actes, qui ont une tendance sans équivoque à la stérilisation soient strictement justifiés par une nécessité médicale pour deux raisons : d'une part, éviter que les médecins qui les pratiquent ou les

---

[890] J.-C., PELLETIER, *Contribution à l'étude du transsexualisme. A propos d'un cas,* thèse médecine, Paris, 1967 ; J., PENNEAU, rapport de synthèse, *in Le transsexualisme. Droit et éthique médicale,* Masson, 1984, p. 151.

[891] P.-H., CASTEL, *Les métamorphoses impensables. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p. 49-50.

[892] A., ALESSANDRIN, « Intersexe», *in* A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendre*, Editions « Des ailes sur un tracteur », 2014, p. 43.

[893] P., WACHSMANN, A., MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme. En marge des arrêts *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* et *I c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 », *RTDH,* 2003, p. 1168.

[894] En effet, selon le Dr. BOURGEOIS, « traiter » le transsexualisme serait un abus de langage, car on ne traite pas mais on effectue des « procédures de convenance ». Si l'on traitait le transsexualisme, le sujet resterait dans son sexe d'origine et s'en accommoderait. V. M., BOURGEOIS, « Le changement de sexe est-il un droit de l'homme ? », *Synapse,* avril 1994, n°105, p.3. V. également J., PETIT, *« L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », RTD Civ.,* 1976, Vol. n°74, p. 269 et s. ; A., MARAIS, *op. cit.*, p. 290.

[895] R., STOLLER, *Recherches sur l'identité sexuelle,* Paris, Gallimard, 1978.

[896] TGI Carcassonne, 12 juil. 1985 ; TGI Valence, 8 janv. 1986 ; CA Grenoble, ch. 2, 26 avril 1989. V. également P., JOURDAIN, sous Cass. 1ère civ., 31 mars 1987, n°85-14.176, *D.* 1987, jur., p. 445 ; M., GOBERT, « Le transsexualisme, ou la difficulté d'exister », *JCP G*, 1988, I, n°3361, n°s 10 et s.

[897] F., SIRONI, *Psychologie(s) des transsexuels et des transgenres,* Paris, Odile Jacob, 2011, p29.

[898] V. notamment, J., PETIT, *Ibid.* ; G.-M., FAURE, *Ibid.*, p.7 et s. ; C., CHILAND, « Enfance et transsexualisme », *Rev. Psy. Enfant,* XXXI, 2, 1988, 314 et s.

[899] P.T., COHEN-KETTENIS, S.H.M., VAN GOOZEN, « Adolescents with gender identity disorder who were accepted or rejected for sex reassignment surgery : a prospective follow up study », *J. Am. Acad. Child. Adolec. Psychiatry,* 2001 ;40 :472-81 ; Y.L.S., SMITH, S.H.M., VAN GOOZEN, A.J., KUIPER, P.T., COHEN-KETTENIS, « Sex reassignement : Outcomes and predictors of treatment for adolescent and adult transsexuals », *Psychol. Med.,* 2005 ;35 :89-99.

ordonnent tombent sous le coup de la loi pénale (A), d'autre part, pour, *a priori,* justifier leur prise en charge financière par l'assurance maladie (B).

A. La pathologisation au secours des interventions médicales

162 . Comme précisé plus haut, le seul traitement efficace contre le transsexualisme demeure la combinaison d'une prescription hormonale et d'interventions chirurgicales diverses[900]. Ces deux traitements successifs s'analysent en une double atteinte pour la personne concernée. La première vise les organes génitaux, qui seront annihilés avant d'être reconstruits, mais dont la fonctionnalité ne saurait être tout à fait satisfaisante, notamment pour l'acte sexuel qui aujourd'hui est encore impossible pour les personnes FtM[901]. La seconde touche les capacités reproductrices, inhérentes aux organes génitaux certes, mais qui se trouveront momentanément altérées par l'hormonothérapie[902]. En d'autres termes, cette combinaison aboutit à la stérilisation pure et simple des personnes transsexuelles, elle demeure aujourd'hui encore, « *la plus grave des mutilations* »[903] sanctionnée pénalement[904]. Et déjà, nous pouvons remarquer un premier dysfonctionnement dans l'exercice du médecin : en effet, peut-on affirmer que le chirurgien subit une atteinte dans l'exercice de sa profession[905], puisqu'il semblerait contraint d'intervenir (en l'absence de contrindications médicales) après l'hormonothérapie, de sorte que les membres de l'équipe pluridisciplinaire deviendraient des partenaires obligés[906] vis-à-vis de leur patient ? Cette interrogation prend

[900] Pour un état des lieux de toutes les interventions chirurgicales possibles v. A., PELLEGRIN-DAGORN, *Contribution à l'étude des problèmes médico-légaux posés par le transsexualisme »,* Thèse de doctorat en médecine, Marseille, 1978, p. 28.
[901] Lors de notre entretien du 31 janvier 2017, le Pr. Nicolas KALFA responsable de l'équipe médicale de chirurgie viscérale et urologie pédiatrique du C.H.R.U. de Montpellier, nous affirmait qu'une des limites dans la médecine génitale est la construction de la verge qui est impossible aujourd'hui.
[902] D., ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison publique,* 15 mars 2012, [En ligne : http://www.raison-publique.fr/article530.html] Consulté le 24 octobre 2016.
[903] F., HELIÉ, *Pratique de droit criminel des cours et tribunaux,* T. 2, ed. Techniques, 1954, p.251, cité par J.-P., BRANLARD, *op. cit.*,p.430.
[904] Affaire dites « Des stérilisés de Bordeaux », Crim., 1er juillet 1937, *S.,* 1938, I, 193.
[905] Conformément à l'article 5 du Code de déontologie, le médecin exerce son activité en toute indépendance.
[906] F., SIRONI, *Ibid.*, p.28.

tout son sens quand on sait qu'une partie des personnes transsexuelles se présentant devant les psychiatres, s'adonnent à un véritable « *chantage au suicide* »[907] pour bénéficier d'une chirurgie, de sorte que l'acte médical devient un fait justificatif (2). Aussi, il convenait de légitimer juridiquement ces atteintes portées au corps en leur découvrant un intérêt thérapeutique (1).

1 . À la recherche du caractère thérapeutique des actes de réassignation sexuelle

163 . La protection du corps humain comme support de la personnalité, est un sujet prégnant, empreint d'un passif tragique sur notre continent, ce qui justifie qu'un mécanisme de protection particulier l'entoure. Néanmoins, les atteintes au corps humain ne sauraient être catégoriquement interdites, ne serait-ce que dans un souci de santé publique, et des atteintes autorisées sont possibles, dès lors qu'elles sont, soit prévues dans les textes spéciaux[908], soit qu'elles entrent dans des dispositions générales[909]. Ces dernières imposent que « *la personne humaine ne peut librement consentir à des actes portant atteinte à son intégrité physique que si ces atteintes sont pour son bien, ce qui suppose normalement qu'elles aient pour elle un intérêt thérapeutique* »[910], comme l'indique également l'article 16-3 du Code civil. S'ajoutent alors des considérations déontologiques affirmant qu'« *aucune mutilation ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux* »[911]. Mais avant de s'engager plus avant dans cette

[907] P.-H., CASTEL, *Ibid.*, p. 37 ; HAS, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 36. V. CA Paris, 24 février 1978, *JCP,* 1979. II. 19202.
[908] Art. L 1111-4 du Code de la santé publique, 16-3 du Code civil, pour les soins d'urgences.
[909] Arts. L 1231-1 et s. du Code de la santé publique, 16-8 du Code civil pour le don d'organe. Des textes spécifiques concernant la stérilisation des personnes transsexuelles ont été mis en place dans certains pays comme en Norvège avec la loi du 1er juin 1934 sur la stérilisation volontaire, au Danemark avec une loi du 11 mai 1935 ainsi que le *Sexual Offences Act* de 1967 en Grande-Bretagne. La jurisprudence étrangère s'est aussi positionnée, notamment en Belgique avec un acquittement du Trib. corr. De Bruxelles, *Dr FARDEAU et autres,* du 27 septembre 1969 et avec l'affaire du Docteur DE FAZIO en Argentine le 13 décembre 1969.
[910] R., SAVATIER, « Les greffes devant le Droit », *Cahiers Laënnec* : « Les greffes d'organes », 1966, p. 31.
[911] Art. 41 Code de déontologie médicale.

recherche (b), il semble nécessaire de s'arrêter un court instant pour expliciter ce caractère thérapeutique (a).

a . Éléments de compréhension sur le caractère thérapeutique appliqué aux personnes transsexuelles

164 . Deux approches sont possibles selon que l'on s'attarde sur la fin ou le moyen de l'intervention. Selon la première approche, est thérapeutique un acte qui sert à soigner et qui s'inscrit dans une démarche de thérapie, l'acte est *per se* thérapeutique car sa finalité est d'apporter des soins[912]. La seconde doit s'analyser *a contrario,* puisqu'un acte thérapeutique est exclusif d'autres traitements. Un acte n'est donc pas thérapeutique quand « *d'autres traitements pertinents sont possibles et* […] *excluent une telle atteinte* »[913]. Néanmoins, et traditionnellement cette dernière démarche n'est pas utilisée et la nécessité thérapeutique se caractérise par la dispensation d'un soin[914], et cette approche tend parfaitement à s'appliquer, dans la mesure où la chirurgie de réassignation est le seul traitement efficace. Et c'est en cela que la réassignation, chirurgie réparatrice[915], se rapproche de la chirurgie esthétique qui vise à améliorer l'image du patient qui présente une disgrâce physique en dehors de tout processus pathologique[916]. Mais ce défaut physique peut avoir des répercussions sur la santé mentale[917],

---

[912] Non de guérir. J.-P., BRANLARD, *op.cit.*, p. 443.
[913] D., THOUVENIN, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du Code civil », *D.,* 2000, p.485.
[914] D., THOUVENIN, *Ibid.*
[915] F. VIALLA, « Transidentité : *quid novi ? « Nihil, ferè nihil, minus nihilo » ?* », *LPA,* n°151, note sous TGI Montpellier, 24 mars 2016, p. 8. L'auteur nous affirme par un raisonnement *ad absurdum* le prise en charge du transsexualisme s'apparente à la prise en charge de soins de chirurgie réparatrice. En effet, si les juges du fond considèrent le transsexualisme comme une maladie alors un diagnostic est posé (par le diagnostic différentiel), donc les opérations ne sont pas de la chirurgie esthétique mais réparatrice.
[916] R., CASEY, V., DARSONVAL, *Le droit et la chirurgie esthétique*, Éd. Masson, « coll. De médecine légale et de toxicologie médicale », 1987, p. 25 ; U., LEMBKE, « Zue situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland », *Stellungnahme,* Deutscher Ethikrat, [En ligne : http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/lembke-stellunghame-intersexualitaet.pdf] ; A., FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genre, La dualité des sexes à l'épreuve de la science,* La Découverte, 2012, p. 105.
[917] CA Lyon, 27 mai 1936, *D.H.,* 1936, 465. V. J., BRETON, « Le transsexualisme », *Conditions du traitement médico-chirurgical des transsexuels,* Paris, 17 juin 1983, p. 45 : « *Sa situation sociale s'était considérablement dégradée et il avait déjà tenté à deux reprises de se mutiler ; l'une de ces tentatives avait d'ailleurs entrainé son internement en établissement psychiatrique* ».

dans ce cas, le chirurgien ne peut plus user de son droit de retrait[918] s'il juge l'intervention déraisonnable, il devra donc dispenser les soins nécessaires et consciencieux pour apaiser la souffrance de son patient.

165 . Au regard de ces constatations, nous pouvons affirmer que l'article 70 de la loi du 27 juillet 1999[919] ne méritait pas d'être adopté. En effet, cette disposition est venue modifier l'article 16-3 du Code civil en substituant le terme « *médicale* » à « *thérapeutique* » concernant le but des atteintes portées au corps par le médecin[920]. *A priori,* cette pirouette terminologique, ou ce « *grossier bricolage* »[921], aurait permis de porter atteinte au corps d'une personne dans un intérêt autre que le sien sans risquer la sanction pénale et donc de permettre les actes de prévention et de recherche dans l'intérêt plus vaste de la santé publique[922]. Or, nous savons que l'argument pénaliste n'a pas court puisqu'il n'est qu'évoqué, à défaut d'être invoqué, par la jurisprudence. En plus, il pourrait être facilement contré par l'état de nécessité des interventions. Ici encore deux acceptions sont possibles[923], mais nous n'en retiendrons qu'une acception large englobant tous les actes pratiqués par les médecins quelle que soit leur finalité[924], ce qui ne fut pas partagé par l'Ordre des médecins en premier lieu[925].

---

[918] Il s'agit de la clause de conscience prévue à l'article 47 alinéa 3 du Code déontologie médicale. V., J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 442

[919] Loi n°99-641, 27 juillet 1999, portant création d'une couverture maladie universelle, *JORF*, n°0172, 28 juillet 1999 p. 11229.

[920] J., PETIT, *op. cit.*, p. 277 ; D., THOUVENIN, *op. cit*.

[921] Ph., REIGNÉ, « Modification de l'état civil d'une personne Trans identitaire en raison de l'irréversibilité des effets de son traitement hormonal », *JCP G,* n°6, 6 février 2012, 124, note sous CA Nancy, 3ème ch. civ., 2 sept. 2011, n°09/02179.

[922] F., AUTAIN, auteur de l'amendement avec les membres du groupe socialiste, JO Sénat, séance du 3 juin 1999, p. 3670 ; D., THOUVENIN, *op. cit.*, p. 487 ; P., HENNION-JACQUET, « La paradigme de la nécessité médicale », *RDSS,* 2007, p. 1038 ; F., AUTAIN, B., KOUCHNER, *JO Sénat,* séance du 3 juin 1999, p., 3670.

[923] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 33 et s.

[924] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 440.

[925] *Bulletin de l'Ordre national des Médecins,* 1962, n°1, p. 13, sur le changement d'état de la célèbre Coccinelle, où le Conseil de l'Ordre « *estime que les interventions qui n'ont pas un but strictement médical et une indication médicale sont à rejeter* ».

b . Tentative d'application du caractère thérapeutique aux actes de réassignation sexuelle

166 . Concernant les opérations de réassignation pratiquées sur les personnes transsexuelles, la question s'est alors posée de savoir si elles étaient licites[926] en l'absence de loi les autorisant ou les interdisant formellement[927]. Sur ce dernier point, la réponse étant négative, il convenait donc de se référer aux règles générales de la protection du corps humain et de vérifier si elles étaient remplies, même si, selon la jurisprudence, « *il est formellement interdit de fausser par quelque moyen que ce soit le jeu naturel de la différenciation des sexes* »[928]. L'article 16-3 du Code civil, dans sa rédaction de 2004[929], prévoit la double condition de la nécessité médicale et du consentement de la personne avant toute intervention. Nous n'avons aucun doute quant à l'existence de la seconde condition liée au consentement, mais des incertitudes ont pu survenir concernant le caractère médical[930]. En effet, si les médecins ont accédé aux demandes de changement de sexe, c'est qu'ils devaient au moins être « *convaincus* » de procéder à un acte thérapeutique[931], et donc de pathologiser le syndrome de dysphorie de sexe. Cependant, nous ne pouvons rattacher la justification des interventions à aucune pathologie, qu'elle soit physique ou psychique. En effet, concernant les premières, les organes génitaux étant sains[932], rien ne justifiait leur ablation et leur reconstruction, à moins qu'un contrôle de proportionnalité rigoureux[933] soit opéré entre le but poursuivi et les moyens mis en œuvre[934]. Or, la chirurgie va transformer une personne saine

---

[926] G.-M., FAURE, *op.cit.*
[927] L.-E, PETTITI, *Ibid.*, p.83.
[928] Substitut FABRE, TGI Seine, 18 janvier 1965, *JCP,* 1965. II. 14421.
[929] À la suite de la loi de bioéthique n°2004-800 du 6 aout 2004 : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas* ***de nécessité médicale*** *pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.*
Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »
[930] Issu de la loi de bioéthique n°94-653 du 29 juillet 1994 : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de* ***nécessité thérapeutique*** *pour la personne.*
Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »
[931] C., CHILAND, « Bilan de 25 années de travail avec les transsexuels », *in J.*, MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Ibid.*
[932] V. P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.105. De plus la jurisprudence affirme que leur fonctionnalité ou leur imperfection n'est même pas une condition déterminante en droit, notamment pour le mariage, nous pouvons raisonner par analogie et déduire que dans ces circonstances, la non-conformité physique de sexe ne saurait justifier une intervention chirurgicale car non thérapeutique.
[933] P.-H., CASTEL, *op. cit.*
[934] G., MEMETEAU, note sous CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990, *JCP G*, 1991, II, n°21720 ; P.-H., CASTEL, *op.cit.*

en personne malade[935], ou du moins dépendante aux hormones qu'elle prendra à vie[936] et en dehors des autorisations de mises sur le marché (pratique dite hors A.M.M.), avec toutes les conséquences que cela implique dans la vie quotidienne[937]. En revanche, la proportionnalité pourrait s'effacer pour laisser la place au principe de la totalité défendu par les Papes Pie XI et XII qui affirmaient qu'il est préférable de sacrifier une partie pour le bien de la totalité, pour une application *in concreto*, il est donc possible de sacrifier un organe pour le salut du reste du corps si ce sacrifice est inévitable[938]. Qui put penser que la pensée chrétienne puisse venir au secours d'une appréciation libérale du Droit et de la Médecine ?

167 . Pour les secondes, cela reviendrait à affirmer que le transsexualisme est une pathologie mentale, ce que nous avons réfuté plus haut et qui ne correspondrait pas à la tendance de dépsychiatrisation, et surtout, ce qui contreviendrait fortement à la condition du consentement libre et éclairé. Le doute était malgré tout légitime, dans la mesure où le transsexualisme fut, jusqu'en 2010[939], classé dans la catégorie des affections longue durée d'ordre psychiatrique, avant d'être déplacé dans les affections dites « hors liste ». Notons qu'il est encore considéré par les nomenclatures internationales comme un trouble mental[940], alors qu'il est largement admis qu'« *il n'est pas nécessaire de diagnostiquer un* [tel] *trouble* […] *pour donner accès à un traitement lorsque le besoin s'en fait sentir* »[941]. Par ailleurs, l'Ordre des médecins considère ces interventions comme des demandes spécifiques de soin destinées aux personnes souffrant d'une maladie psychique tout en érigeant la souffrance au rang de maladie[942], ce qui permet au juriste d'effectuer un net parallèle avec l'euthanasie et l'avortement[943], lorsque la détresse de la mère était encore une des conditions pour y

---

[935] En effet, une étude hollandaise met en avant que les transsexuels masculins ont une mortalité cinq fois supérieure à la moyenne d'une population de référence avec la combinaison des estrogènes et de l'acétate de cyprotérone qui correspond à un des traitements hormonal prescrit à la suite des interventions de réassignation. V. H., ASSCHELAB, L. J. G., GOOREN, P. L. E., EKLUNG, « Mortality and Morbidity in Transsexual Patients with Cross-Gender Hormone Treatment », *Metabolism,* 1989, 38(9), p. 869-873.

[936] C., CHILAND, *Ibid.*

[937] Traditionnellement, la prise d'œstrogènes entraine des troubles digestifs ou encore des œdèmes localisés sur les membres inférieurs, contre des œdèmes et hépatite cholostatique pour la prise d'androgènes. V. A., PELLEGRIN-DAGORN, *Ibid.*, p. 27.

[938] PIE XII, *Les enseignements pontificaux : le mariage,* Desclée, 1960, Casti Connubii, p. 216, 403 ; J., PETIT, *op. cit.,* p. 263 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 441.

[939] Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », *JORF*, n°0034, 10 février 2010, p. 2398. V. F., VIALLA, « Transition », *RDS*, 2010, n°35, p.210.

[940] Le Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (le D.S.M.) ainsi que la Classification statistique internationale des maladies et des problèmes connexes (le C.I.M.) de l'O.M.S. le classe dans les troubles mentaux.

[941] « Entretien avec M. Thomas HAMMARBERG », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*, p. 249.

[942] D., THOUVENIN, « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.,* 1991, p. 221 ; J., CHAMBRY, « Du transsexualisme à la dysphorie de genre », *in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.

[943] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.126.

accéder[944]. La doctrine va même jusqu'à comparer la réussite des réassignations avec les réussites en matière d'assistance médicale à la procréation[945]. Il n'est donc pas inconsidéré de se placer du côté de la souffrance psychique qui devrait être prise en charge par la médecine, puisque nous savons que la santé est un état de complet bien-être qui ne se caractérise pas uniquement par une absence de maladie[946]. Et puisqu'il faut traiter « *en l'état des connaissances actuelles* » et que la chirurgie est le seul « *remède* » pour soulager les souffrances des transsexuels, alors les interventions sont justifiées juridiquement. D'autant plus, qu'étymologiquement, patient vient du latin *pati,* souffrir, supporter, il en va des obligations déontologiques des médecins de tout mettre en œuvre pour atténuer, voire annihiler cette souffrance, et la chirurgie reste la seule solution, même si elle est mutilante et imparfaite[947]. Aucune condamnation pénale ne devrait alors peser sur les chirurgiens et aucun, d'ailleurs ne fut condamné en France[948], que ce soit sur les anciens fondements de crime de castration[949], de coups et blessures volontaires ayant entrainé des mutilations[950] ou d'administration de substances dangereuses[951], même si aucun but thérapeutique n'animait les interventions[952].

[944] V. l'ancienne rédaction de l'article L2212-1 du Code de la santé publique, avant sa modification par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF,* n°0022, du 27 janvier 2016.
[945] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 441.
[946] « *La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* », Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19 juin -22 juillet 1946 ; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats. (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n°. 2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948.
[947] H.-P., KLOTZ, E., BOREL et R., COLLA, « Le travestissement hétérosexuel habituel. Forme particulière des ambiguïtés sexuelles constitutionnelles », *Semaine des hôpitaux,* 1955, n°65, p.3443 ; G.-M., FAURE, *op. cit*.
[948] Toute raison gardée, les seuls cas de condamnations ne concernent pas *stricto sensu* les opérations. Ainsi en France, un médecin a été condamnée après le suicide d'un patient qui s'est révélé homosexuel et non transsexuel. V. CA Aix-en-Provence, 7ème ch., 11 décembre 1989.
[949] Ancien art. 316 Code pénal. V. notamment J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 427.
[950] Ancien art. 310 Code pénal.
[951] Ancien art. 318 Code pénal. Sur ce point, M. BRANLARD précise que cette incrimination n'aurait jamais pu aboutir à une condamnation car l'injection d'hormones est nécessaire au traitement et à la réussite des opérations. V. J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 445. Sur les débats autour de la qualification pénale des traitements hormonaux, v. D., THOUVENIN, « Le transsexualisme, une question d'état méconnue », *Rev. Dr. Adit.*, 1979, 291 ; L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p. 66.
[952] Il semblerait qu'en terme de stérilisation, le fondement pénal ne soit effectivement pas de rigueur, aussi dans l'affaire dite des « stérilisateurs de Bordeaux », même si la décision a été rendue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, elle est fondée sur le caractère contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs des pratiques. V. Crim., 1er juillet 1937, *D.,* 1937. 537.

2 . La tentative de légitimation par le fait justificatif

168 . En l'absence d'intérêt thérapeutique, d'autres moyens de défense étaient à la portée des médecins, à l'image du consentement comme fait justificatif, selon l'adage « *volenti non fit injuria* »[953]. Cependant, cet argument pourrait se faire taxer d'opportunité car les décisions de justice rendues en la matière n'ont jamais soulevé la norme pénale de manière explicite, et se contentait d'y faire référence à titre de simple menace[954]. Quoi qu'il en soit, la tentative fut vaine puisque les opérations étant contraires à l'ordre public[955], le consentement ne saurait constituer un fait justificatif[956] et les interventions demeuraient des délits ou des crimes[957]. Il a été par ailleurs avancé, par la doctrine médicale pourtant profane en droit pénal, que l'exercice même de la médecine constituait un fait justificatif car, d'une part, le but poursuivi serait autorisé par la loi[958], sous condition suspensive de l'existence réelle d'un but thérapeutique et d'autre part, que le médecin agirait dans le cadre d'un état de nécessité. Il se retrouverait dans une situation dans laquelle commettre une infraction est préférable plutôt que de laisser un danger se réaliser[959], c'est-à-dire, qu'il se trouverait face à un péril imminent du fait du chantage au suicide auquel procèderait certains patients. Dès lors, l'acte chirurgical proportionné deviendrait nécessaire pour sauvegarder la vie du patient[960].

169 . Le critère de la proportionnalité impose que l'acte envisagé soit le seul possible, or, en l'espèce, la psychothérapie est inutile donc seules les interventions sont nécessaires pour apaiser les souffrances des personnes transsexuelles. Des doutes peuvent cependant apparaître quant aux caractères actuel et imminent, excluant la simple crainte ainsi que le

---

[953] « *On ne cause pas de tort à celui qui consent* ».

[954] V. notamment TGI Seine, 18 janvier 1965, *JCP,* 1965. II. 14421 ; *RTD Civ.*, 1966, p. 74-77, R., NERSON : « Modifications corporelles artificielles obtenues par des procédés dont certains pourraient même tomber sous le coup de la loi pénale » ; CA Paris, 17 janvier 1974, *D.,* 1974. J. 196 et CA Limoges, 4 juin 1975, *D.,* somm. 121, pour des opérations « réprimées par la loi pénale ».

[955] R., LINDON, note sous Cass. 16 décembre 1975, *D.,* 1976. J. 398.

[956] Crim., 1er juillet 1937, arrêt dit « Des stérilisateurs de Bordeaux », *S.,* 1938. I. 193 ; note R., TORTAT ; obs. MAGNOL, *Revue de science criminelle,* 1937, 680 ; *Bull. crim.,* n°139, p. 257 ; *D. H.,* 1937, 537, *Gaz. Pal.,* 1937. 2. 358.

[957] Concl. GRANJON, sous CA Paris, 18 janvier 1974, *D.,* 1974. J. 197.

[958] Sur un consensus de la doctrine pénaliste à ce sujet : R., MERLE et A., VITU, *Traité de droit criminel,* Cujas, 6ème éd. 1984, n°437 ; M.-L., RASSAT, *Droit pénal,* PUF, coll. « Droit fondamental », 1987, n°275 ; G., STEFANI, G., LEVASSEUR, B., BOULOC, *Droit pénal général,* Dalloz, 13ème éd. 1987, n°360 ; M., PUECH, *Droit pénal général,* Litec, 1988, n°285 et s. ; J., PRADEL, *Droit pénal général,* Cujas, 7ème éd. 1990, n°295 ; W., JEANDIDIER, *Droit pénal général,* Montchrestien, coll. « Domat », 1998, n°254.

[959] J.-H., ROBERT, *Droit pénal général,* PUF, coll. « Thémis droit », 1988, p. 262. ; D., THOUVENIN, « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.,* 1991, p. 221.

[960] V. Art. 122-7 Code pénal. A., PELLEGRIN-DAGORN, *op. cit.*, p.30.

danger futur et hypothétique[961]. Néanmoins, ces doutes n'ont pas été évoqués dans une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 novembre 1983, qui, sans autoriser le changement de sexe à l'état civil, admet que la requérante se trouvait dans une « *situation de détresse psychologique* » qui l'aurait conduit à mettre fin à ses jours[962].

170 . En dépit de cela, pour déterminer si l'intervention tombait sous le coup de l'incrimination pénale il fallait également distinguer s'il s'agissait de la création ou de la correction du sexe, c'est-à-dire, dans ce dernier cas, de savoir si les « *caractères essentiels du sexe revendiqué* […] *préexist*[aient] *avant l'opération* »[963]. Il est aisé de constater que cette proposition ne peut concerner que les cas d'intersexuations physiques[964], néanmoins, l'acte de réassigner, d' « *attribuer de nouveau* » ou de « *créer à nouveau* »[965], peut s'apparenter à de la chirurgie réparatrice[966] qui a pour but de redonner au corps son intégrité.

171 . En bref, si le rôle de la médecine est de « *soigner et* [d'] *assurer le meilleur bien-être possible à ses malades* [dans toute leur] *individualité* »[967], les interventions sur les transsexuels sont *per se* non condamnables et les controverses à ce sujet sont « *dépassées* »[968], de sorte que désormais, la plupart des actes sont permis lorsqu'ils sont effectués dans les règles de l'art[969]. Fort de la dépsychiatrisation amorcée par le décret de 2010, il serait erroné de croire en une dépathologisation concomitante du transsexualisme. En effet, même si la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle ne conditionne plus le changement juridique

---

[961] Pour la crainte, v. Crim., 27 déc. 1961, *Bull. Crim.,* n°563, pour le danger futur et hypothétique, v. T. corr. Nantes, 12 nov. 1956, *D*. 1957. 30 *; JCP* 1957. II. 10041, note AUSSEL.

[962] CA Nancy, 22 avril 1982 et pour sa cassation Civ.1ère, 30 nov. 1983, concl. P.A. SADON, obs. J. PENNEAU, JCP. 1984. 20212. De même que le Docteur Pierre BANZET, en 1987 opère un MtoF et prend en compte la nécessité d'opérer en raison des risques graves « de suicide et d'autocastration ». Cité par J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 423.

[963] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 427.

[964] E. S. DE LA MARINIÈRE, note sous Cass. 3 mars 1987, *Gaz. Pal.,* 1987-J-580.

[965] F., SIRONI, *op. cit.*, p.28.

[966] Les auteurs R., CASEY et V., DARSONVAL vont jusqu'à rapprocher la réassignation de la chirurgie esthétique. Nous nous opposons à ce rapprochement à l'appui des définitions données par F., SIRONI sur le fait de réassigner. En effet, la chirurgie esthétique ne crée pas « à nouveau » mais crée simplement ou améliore sans créer. Dans le cadre des opérations de réassignation, le sexe originel est détruit avant d'être reconstruit, si nous prenons l'exemple de la chirurgie mammaire, les seins existent déjà, il n'est question que d'en réduire ou augmenter le volume.
R., CASEY, V., DARSONVAL, *Ibid.*, p. 25. Nous partageons les développements de M. JOBART qui refuse de faire justifier la prise en charge du transsexualisme sur son caractère de chirurgie réparatrice. En effet, si la chirurgie réparatrice « comprend la reconstruction de l'apparence dégradée à la suite d'une malformation congénitale, d'une tumeur ou d'une maladie » selon lui, elle se limite à deux catégories : la dégradation à la suite d'une maladie ou traumatisme et la présence d'un état physique naturel mais manifestement excessif, la dysphorie de genre n'entrant dans aucune de ces deux catégories, rien ne justifie la prise en charge financière des interventions et traitements par l'Assurance Maladie. V. J.-C., JOBART, « Laideur objective et beauté subjective du corps en droit », *Droit et société,* 2012/1, n°80, p. 196 ; Lettre du médecin conseil national, 8 juillet 1996, ENSM-GGASIM, n°588/96, p. 2 ; Réponse n°1530 du ministre du travail, 31 juillet 2007, *JO A.N.,* 30 octobre 2007, p. 6752.

[967] M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.657.

[968] E., GROFFIER, *De certains aspects du transsexualisme dans le droit québécois,* Travaux de l'Association Capitant, 1977, p. 203 ; J., PETIT, *op. cit.* ; L., LINOSSIER, *Ibid.*

[969] R., MERLE et A., VITU, *Traité de droit criminel,* t.1, n°419 ; J., PRADEL, *Droit pénal général,* n°275 ; A., DECOCQ, *Droit pénal général,* p.314.

de sexe à une intervention, il semblerait que l'existence d'une pathologie conditionne la prise en charge des soins par l'assurance maladie[970].

B . La pathologisation justifiant la prise en charge financière du parcours de soin

172 . On peut être tenté d'affirmer que la question de la prise en charge financière du transsexualisme est reléguée à un second plan. Or, il n'en est rien, puisque l'intervention de réassignation sexuelle va entraîner avec elle la réalisation d'autres droits tous aussi importants. Le premier d'entre eux réside dans le droit à ne pas être asexué, ce qui concrètement, implique de la part de l'établissement de santé d'aller au terme de la procédure de réassignation[971]. L'établissement qui refuserait la construction du vagin alors qu'il a pratiqué la castration se rendrait coupable de voie de fait[972], et même si le premier chirurgien use de sa clause de conscience, il en va de la responsabilité de l'établissement de tout mettre en œuvre pour trouver un praticien afin de poursuivre la transition[973].

173 . De plus la reconnaissance médicale, juridique et sociale du transsexualisme entraîne un droit au remboursement des frais nécessaires à la transition et il semblerait que cette prise en charge financière soit en réalité la conséquence logique de la pathologisation du transsexualisme, mais nous ne partageons pas cet avis, et nous nous en expliquerons par ailleurs[974]. Avant de développer plus avant sur la question de cette prise en charge, il faut préciser que la question du remboursement de ces frais n'intervient pas qu'en aval. En effet, dans la plupart des cas, ce n'est qu'avec la certitude de bénéficier d'un remboursement des interventions nécessaires que les personnes transsexuelles décident de s'orienter vers la

---

[970] D., ROMAN, *Ibid*.

[971] V. notamment la décision CEDH, 11 sept. 2007, aff. 27527/03, *L. c/ Lituanie.* En l'espèce, une ressortissante lituanienne dans un processus de transition FtM a subi une ablation des seins et suit un traitement hormonal masculinisant. Les médecins avaient décidé en accord la patiente que la conversion totale aurait lieu après l'entrée en vigueur d'une loi qui n'a pas été votée. Le changement de prénom a eu lieu mais pas le changement de sexe ce qui a causé pour la requérante des tracasseries quotidiennes. La Lituanie a été condamnée pour violation de l'article 8 de la C.E.D.H.

[972] TGI Lille, 16 janv. 2001, *S., D.,* 2001, 3, p. 1913.

[973] Une obligation de moyens et de résultats incomberait à l'établissement de santé.

[974] Sur le droit au remboursement et à la prise en charge, v. notamment CEDH, 12 juin 2003, n° 35968/97, *Van Kück c. Allemagne* ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 440.

réassignation ou simplement vers le processus de transition en France[975]. La question financière autour du traitement du transsexualisme a longtemps été propice aux discriminations entre personnes souffrant du même état mais ne bénéficiant pas des ressources financières suffisantes soit pour débuter le processus, soit pour l'achever avec une chirurgie. Aujourd'hui la question de la prise en charge ne pose plus de difficultés particulières, contrairement à celle de la performance des soins proposés. Le remboursement des soins liés au transsexualisme suit le parcours normal, augmenté de certaines particularités, qu'il se situe du point de vue de la prise en charge dite « publique » ou solidaire (1), ou privée (2).

1 . La prise en charge financière par l'Assurance maladie

174 . Le financement par l'Assurance maladie du processus complet de transition s'appréhende de deux manières, par une prise en charge particulière au transsexualisme, et suivant le droit commun de la prise en charge[976]. Ce dernier implique le respect du principe d'égalité de manière générale ainsi que dans l'accès au soin[977] pour lequel l'Assurance maladie est un des débiteurs indépendamment des ressources financières des bénéficiaires. Néanmoins, des inégalités de traitement ont été découvertes par la Haute Autorité de Santé[978]. Dans un premier temps, le remboursement des soins apportés à une personne transsexuelle n'a lieu que parce que cette dernière est reconnue comme « *atteinte* » d'une affection longue durée (A.L.D.) constatée par le psychiatre d'une équipe pluridisciplinaire ou exerçant en ville. La constatation chez une personne d'une « *pathologie comprenant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse* »[979] va par ailleurs entraîner l'exonération du ticket modérateur[980]. Par la suite, le psychiatre fait parvenir un protocole de soin au médecin

[975] Les délais d'attente pour accéder à la chirurgie en France étant excessivement longs, certains patients décident de subir les interventions à l'étranger. Les interventions qui y seront pratiquées seront plus couteuses qu'en France, les patients les moins fortunés ont parfois recours à la prostitution pour les financer.
[976] HAS, *Ibid.*, p. 70 ; B., MORON-PUECH, *Ibid.*, p.55.
[977] D., ROMAN, *op. cit.*
[978] H.A.S., *op. cit.*, p.148 et s.
[979] HAS, *op.cit.*, p.70.
[980] Art. L 322-3, 4° du Code de la sécurité sociale.

conseil de l'Assurance maladie[981]. Le directeur de la caisse primaire d'assurance maladie, ou de tout autre organisme de prise en charge des dépenses de santé, disposera d'un délai de deux semaines (ou de deux mois si des investigations supplémentaires doivent être diligentées) pour rendre une décision, le silence est réputé valoir acceptation[982]. Concomitamment à la demande de prise en charge auprès de la caisse primaire d'assurance maladie, le médecin psychiatre informe le Conseil départemental de l'Ordre des médecins d'un cas de transsexualisme en attente de prise en charge. Cette information, devant respecter le secret professionnel[983] et surtout la vie privée de la personne concernée[984], ne mentionnera à aucun moment d'éléments identifiants[985]. Initialement, deux conditions spécifiques devaient être remplies[986]. D'abord, une lettre ministérielle du 4 juillet 1989 n'autorisait la prise en charge que si les actes étaient effectués dans un établissement public de santé, tout en constatant que les articles L 162-51 et L 162-52 du Code de la sécurité sociale n'imposaient nullement une telle prise en charge, mais uniquement l'inscription des actes pratiqués à la nomenclature générale des actes professionnels (N.G.A.P.). Ensuite, le psychiatre doit joindre à la demande une attestation co-signée par la commission d'experts de l'équipe pluridisciplinaire, démontrant les caractères du syndrome. Une fois que l'A.L.D. est déclarée pour la personne transsexuelle, le droit commun de la prise en charge prend le relai et deux conditions cumulatives doivent être présentes. D'une part, l'article L 321-1 du Code de la sécurité sociale (C.S.S.) impose que les actes posés présentent un caractère curatif et non esthétique. C'est sur ce fondement que le cas de l'épilation électrique du visage ne peut être pris en charge par l'Assurance maladie de manière générale[987], mais le sera de manière particulière pour les personnes transsexuelles, notamment MtF, puisque la classification des actes médicaux 10 (C.C.A.M. 10) inscrit les séances d'épilations pour les transsexuels sous le libellé 16.4.01, QZNP027[988]. Dès lors, nous pouvons affirmer que la qualité curative de l'acte n'est pas figée et pourra varier selon le type de souffrance qu'il convient de soulager. D'autre

[981] Art. L 324-1 al. 3 du Code de la sécurité sociale.
[982] Arts. R 324-1-1 et R 324-2 du Code de la sécurité sociale.
[983] V. les arts. 226-13 et s. du Code pénal ; 4 du Code de déontologie médicale ; L 1110-4 du Code de la santé publique.
[984] [984] V. les arts. 8 de la E.D.H. ; 9 du Code civil.
[985] G.-M., FAURE, *op. cit.*, p.7 et s.
[986] Tribunal fédéral des assurances (Suisse), 6 juin 1988 : Sur l'importance juridique du changement de sexe qui justifie la prise en charge par l'assurance maladie. V. L.-E., PETTITI, *op. cit.*, p. 23.
[987] Soc. 8 mars 2001, n°99-14.657, *Mme S., GRAEWE c/ CAMPLP.*
[988] Libellé non modifié depuis la mise à jour du 28 octobre 2016. Les actes de modification de la morphologie sexuelle se situent au chapitre 8 du C.C.A.M. « Appareil urinaire et génital », dans la seconde partie de la section 7 « Opérations pour transsexualisme » et ne concerne que les opérations de réassignation proprement dites, telles que les vaginoplastie et phalloplastie. V. [En ligne : http://www.ameli.fr/accueil-de-la-ccam/trouver-un-acte/consultation-par-chapitre.php?chap=a%3A2%3A%7Bi%3A0%3Bs%3A2%3A%2216%22%3Bi%3A1%3Bs%3A2%3A%2217%22%3B%7D&add=16.6#chapitre_16.6] Consulté le 8 février 2017.

part, les actes susceptibles d'être posés doivent apparaître au sein de la N.G.A.P. déterminée par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie[989].

Cependant, ce régime de prise en charge comportait une irrégularité de taille, comme exposé précédemment : rien ne justifiait qu'il ne soit autorisé que si les soins étaient dispensés dans le secteur public. La raison de cette pratique *contra legem* reste malgré tout entendable car il s'agissait de pouvoir centraliser les lieux de prises en charge pour pouvoir mieux contrôler les protocoles mis en place, mais aussi le nombre de personnes accédant ou voulant accéder au processus de transition, au même titre que les Centres d'études et de conservation d'ovocytes et de sperme (C.E.C.O.S.) qui doivent bénéficier d'une autorisation de l'Agence régionale de santé (A.R.S.)[990]. Néanmoins, cette pratique avait aussi pour conséquence de creuser les inégalités territoriales entre les personnes désireuses de débuter un processus de transition, car rien ne pouvait leur assurer que l'hôpital public dont elles dépendaient géographiquement pouvait leur offrir les soins nécessaires, les obligeant ainsi à se diriger vers des établissements privés et ainsi, engager des sommes qui ne leurs seront pas remboursées.

175 . De plus, même s'il existe une prise en charge par l'Assurance maladie des frais liés aux transports pour accéder aux soins, les conditions de fond requises par les articles R 322-10 et suivants du C.S.S., ne permettent pas aux personnes transsexuelles d'en bénéficier, sauf, peut-être si l'hôpital public le plus proche se situe à plus de 150 km[991]. Cette circonstance fait également écho au droit de choisir librement son praticien en ayant la possibilité d'opter pour une prise en charge en secteur public ou privé[992], ou même en médecine de ville, et qui demeure encore aujourd'hui une des principales revendications des associations. Ce « *détail* » ne possèderait qu'un « *caractère théorique* » selon la Société Française d'Études et de prise en Charge du Transsexualisme[993], qui semble éluder le caractère d'ordre public de ce principe[994]. Même s'il existe des exceptions justifiées par un impératif de santé publique, la gestion du système de santé et de l'organisation coordonnée[995], l'absence de pratique uniforme de la prise en charge de la dysphorie de genre fait échec à leur mise œuvre. Consciente de ces discriminations infondées, la Cour de cassation a mis fin à

[989] La C.C.A.M. et la N.G.A.P. sont deux listes sensiblement différentes, la première liste référence tous les actes existants sans pour autant leur assurer une prise en charge systématique alors que les actes codés dans la N.G.A.P. sont nécessairement pris en charge.

[990] Arts. R 2142-2 et R 2142-3 du Code de la santé publique.
La différence réside dans le fait que les équipes pluridisciplinaires prenant en charge le transsexualisme ne doivent obtenir aucune autorisation préalable, ni ne doivent procéder à aucun enregistrement.

[991] Art. R 322-10 1° du Code de la sécurité sociale.

[992] Art. L 1110-8 du Code de la santé publique.

[993] Propositions de la So.F.E.C.T. pour l'amélioration de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 8 novembre 2010, p. 10.

[994] Ch. réunies., 16 mai 1963, n°61-90673, *Bull. civ.,* n°4 ; *D.,* 1963, p. 437, note J., LARGUIER.

[995] F., VIALLA, *Les grandes décisions du droit médical,* LGDJ, coll. « Les grandes décisions », 2009, p.190.

cette pratique par arrêt du 27 janvier 2004[996] pour revenir à une application littérale des articles L 162-51 et L 162-52 du C.S.S. et admettre la prise en charge dès lors que l'acte en question est codé dans la nomenclature générale.

176 . Enfin, la question de la prise en charge financière des interventions afférentes au transsexualisme demeure un point crucial dans la recherche de la pathologisation du syndrome de Benjamin. En effet, ses défenseurs comptaient sur cette prise en charge pour justifier la place du transsexualisme dans la catégorie des pathologies, car, selon eux, il ne peut y avoir de remboursement par l'Assurance maladie s'il n'existe pas de pathologie. Or, l'inscription des actes médicaux au sein de la C.C.A.M. et de la N.G.A.P. n'est pas fonction de leur caractère thérapeutique. Et c'est précisément à cet instant que les modifications apportées à l'article 16-3 du Code civil, par la loi du 27 juillet 1999[997] prennent tout leur sens. En effet, sans la substitution des adjectifs « *médical* » et « *thérapeutique* », un problème de taille aurait émergé pour justifier le remboursement de frais médicaux, non thérapeutiques, comme par exemple les aides médicales à la procréation, le suivi des grossesses ou encore certains actes de chirurgie esthétique[998]. Il n'est donc absolument pas nécessaire d'avoir recours à une pathologisation pour légitimer les soins et leur prise en charge[999] et les craintes liées à la dépathologisation du transsexualisme sont infondées[1000], surtout depuis la décision *Schlumpf c/ Suisse* du 8 janvier 2009, rendue par la Cour européenne des Droits de l'Homme imposant le remboursement des frais afférents à la prise en charge du transsexualisme.

177 . Un autre avantage est à prendre en compte. En effet, l'assurance d'un remboursement par l'État va réduire les cas d'opérations pratiquées à l'étranger comme ce fut le cas aux prémices de la question transsexuelle en France[1001]. Jusqu'au revirement jurisprudentiel de 1992, les personnes qui se faisaient opérer à l'étranger, de peur de voir leur

---

[996] Civ. 2ème 27 janvier 2004, n°02-30.613.

[997] Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, *JORF*, n°0172, 28 juillet 1999, p. 11229.

[998] Rubrique 9.2 et 9.3.1de la C.C.A.M. pour la P.M.A. et 3.2.6 pour les oreilles décollées lorsqu'elles sont susceptibles de causer une « gêne sociale importante ».

[999] « Entretien avec M. Thomas HAMMARBERG », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*, p. 250 ; B., MORON-PUECH, *Ibid.*

[1000] HAS, *op. cit.*, p. 34 ; B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p. 20.

[1001] À ce titre, les pays étrangers ont été, une fois encore, en avance sur la France concernant les premières opérations de personnes transsexuelles, ainsi en 1912 se tenait à Berlin la première opération d'une personne transsexuelle avec une mastectomie. Entre 1921 et 1931, les docteurs Magnus HIRSCHFELD et Félix ABRAHAM ont tenté une première transformation sur Einar WAGENER devenu Lily ELBE qui mourra des suites opératoires. En 1951, un ancien G.I. américain bénéficie de la première réassignation globale au Danemark, une année plus tard les traitements hormonaux sont combinés à la chirurgie sous l'impulsion des docteurs HAMBURGER, STÜRUP et DAHL-IVRESEN. V. également, L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p.87 ; V. C., BYK, *Ibid.*, p. 177-178.

demande refusée en France, ou de faire peser un risque de condamnation sur leur médecin, pouvaient se voir opposer un refus de la part du juge national sur le requête de changement d'état civil, ou se voir opposer l'argument de l'ordre public international qui interdit aux juges français de reconnaître une situation interdite en droit interne mais autorisée à l'étranger[1002]. Mais que l'intervention ait lieu à l'étranger ou sur le territoire français, la question de la prise d'hormones reste la même : elles sont ou seront prescrites hors A.M.M. et sortiront, en principe, du champ de la prise en charge financière par l'Assurance maladie.

178 . Cas particulier de la prescription hors A.M.M. de l'hormono-susbtitution. La prescription de médicaments dans un but étranger à celui inscrit sur leur autorisation de mise sur le marché (A.M.M.) est permise et strictement encadrée par le Code de la santé publique et de la Sécurité sociale[1003] et constitue une « *extension de la liberté de prescription des médecins* »[1004]. Le remboursement des médicaments par l'Assurance maladie dépend de leur présence sur la liste des médicaments remboursables mise à jour par les Ministres de la santé et de la sécurité sociale. Ainsi une fois l'autorisation délivrée pour un usage donné, le laboratoire doit effectuer une demande auprès de la H.A.S. pour que le médicament soit remboursé[1005]. Dès lors, si l'usage pour lequel il est prescrit diffère de celui inscrit dans son A.M.M., le médicament ne sera pas remboursé[1006], encore faut-il que le médecin respecte les règles de forme de la prescription hors A.M.M. En effet, ce dernier est notamment tenu par le Code de la santé publique[1007] de faire apparaître sur l'ordonnance les mentions « *prescription hors A.M.M.* » ou « *non remboursable* », s'il ne le fait pas, sa responsabilité peut être engagée et il pourra se voir imposer des sanctions financières de la part des caisses[1008], doublée d'une sanction déontologique. En effet, l'article 70 du Code de déontologie médicale assure la liberté de prescriptions du patricien si celles-ci s'effectuent conformément aux données actuelles de la science et ne dépassent pas le domaine de sa compétence. Lorsque le traitement hormonal est prescrit par un endocrinologue, cette dernière condition ne semble pas poser de problèmes, la réciproque n'est plus vraie lorsque ces hormones sont prescrites par un médecin généraliste, ce qui est de plus en plus fréquent au regard des délais d'attente pour une prise en charge au sein des équipes dites « *spécialisées* ».

[1002] Cet argument n'a jamais été invoqué.
[1003] Art. L 5121-12-1-III du Code de la santé publique ; L 162-4 du Code de la Sécurité sociale ; HAS, *op. cit.*, p.65.
[1004] HAS, *op. cit.*, p.65.
[1005] Art. L 162-7 du Code de la Sécurité sociale ; HAS, *op. cit.*, p.68.
[1006] Art. L 162-4 du Code de la Sécurité sociale.
[1007] Art. L 5121-12-1-III du Code de la santé publique.
[1008] Art. L 315-3 du Code de la Sécurité sociale.

179 . De même que ces délais d'attente[1009] poussent encore aujourd'hui les personnes transsexuelles à se diriger vers des praticiens de ville pour bénéficier d'une prise en charge rapide, bien que non coordonnée, cette pratique a pour conséquence de créer à la charge du patient des dépassements d'honoraires qui ne seront pas remboursés par l'Assurance maladie. La possibilité d'une assurance privée complémentaire n'est alors pas exclue.

2 . La possibilité d'une prise en charge privée

180 . Le système de prise en charge par l'Assurance maladie ayant ses propres limites – financières – il est toutefois possible d'avoir recours à une mutuelle privée pour le remboursement des soins relatifs au transsexualisme, notamment en cas de dépassement d'honoraires ou, par exemple, afin que soit respectés les droits fondamentaux. À titre d'exemple, une mutuelle pourra prendre en charge l'hospitalisation en chambre individuelle afin que la vie privée du patient soit respectée. Mais, ce mode de prise en charge n'a pas brillé par son évidence au premier abord. En effet, il a fallu que la Cour européenne des Droits de l'Homme se prononce en 2003 dans sa décision *Van Kück c/ Allemagne*[1010], pour condamner le refus du remboursement à 50% des frais complémentaires de reconversion d'une transsexuelle allemande[1011] par sa compagnie d'assurance privée, sur le fondement de l'article 8 de la C.E.D.H. pour non-respect du droit à l'identité physique et sociale. Les juridictions allemandes avaient donné raison à la mutuelle car les interventions ne revêtaient pas de nécessité médicale du fait que la requérante aurait provoqué elle-même sa maladie[1012]. Ainsi, dès lors que les interventions n'entrent pas dans le domaine des actes pris en charge et mentionnés à la N.G.A.P., et dans la limite de la souscription de la mutuelle, ils pourront être remboursés par une assurance complémentaire privée (par exemple, une mammoplastie d'un bonnet supérieur à celui autorisé pour la prise en charge par l'Assurance maladie).

[1009] Au moment de l'écriture de ces lignes, une plainte vient d'être déposée contre le CHRU de Montpellier dénonçant la longueur des délais d'attente de prise en charge.
[1010] CEDH, 12 juin 2003, aff. 35968/97, *Van Kück c/ Allemagne.*
[1011] MtF.
[1012] J.-P., MARGUÉNAUD, *RTD Civ.,* 2004, p. 361, note sous CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück C/ Allemagne.*

181 . Aujourd'hui, « *le champ de la pathologisation de la transidentité semble incontournable* »[1013]. Ainsi, la dépsychiatrisation opérée en 2010 n'a pas entraîné la dépathologisation tant attendue et il semblerait que pour justifier la prise en charge par la médecine du transsexualisme, il convient de le maintenir dans la catégorie des pathologies dites indirectes, dans la mesure où la transidentité n'est pas *per se* une maladie (pathologie directe), mais parce que son éradication demande la mise en place d'un processus médicalisé. Mais cette affirmation n'est pas évidente et cette absence de clarté a même poussé le corps médical français à se trouver méfiant au regard des conséquences pénales de ces demandes singulières réglementées par aucun texte[1014]. À la suite des développements précédents, nous savons désormais qu'il n'est plus nécessaire de s'efforcer à prouver que le transsexuel est malade et que le seul traitement efficace poursuit bel et bien un but thérapeutique, d'autant plus qu'aujourd'hui encore, aucune étiologie du transsexualisme ne permet d'en affirmer la cause réelle[1015]. C'est la souffrance qui porte un coup à l'état de complet bien-être des personnes transidentitaires et qui justifie le recours à la « *solution miraculeuse* »[1016] de leur stérilisation, évitant ainsi toute menace de suicide et d'automutilations.

182 . L'enjeu de la pathologisation pour les personnes intersexes n'est pas le même. Tout d'abord, parce que la tendance s'en trouve inversée : quand la personne transsexuelle souhaite voir son caractère pathologique effacé, les interventions pratiquées sur les jeunes intersexes ont besoin de cet alibi pour trouver leur légitimité.

[1013] F., VIALLA, « Transidentité », *in* E., MARTINEZ, F., VIALLA, *Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique,* LGDJ, coll. « Les grandes décisions », 2013, p. 799.
[1014] Contrairement à d'autres pays, comme en Suède (loi du 22 avril 1972, amendée le 30 avril 1980), en Allemagne (loi du 10 septembre 1980), en Italie (loi du 1er avril 1982), en Espagne (loi du 25 juin 1983) et au Pays-Bas (loi du 14 avril 1985).
[1015] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 436. Même si des chercheurs de l'Institut hollandais des neurosciences se penchent sur la différenciation sexuelle du cerveau pendant la seconde moitié de la gestation pour tenter de justifier médicalement la dysphorie de genre. V. R., MARANTZ HENIG, « Rethinking Gender », *National Geographic,* Special Issue, Jan. 2017, p. 56.
[1016] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p. 25.

II . L'enjeu inexistant de la reconnaissance d'une nécessité médicale pour les actes de normalisation sexuelle

183 . La chirurgie de réassignation ou de conformation, pratiquée sur les personnes intersexes, ne connaît pas de point de départ précis, les récits qui y font référence, principalement ceux de Diodore de Sicile[1017], les situent autour du 1er et 2ème siècle av. J.C., et contribuent à épaissir ce flou. À leur lecture, nous pouvons constater que dans la plupart des cas, l'hermaphrodite (comme il était dénommé à l'époque) se révélait, à l'instar du transsexuel, à l'occasion des suites d'un mariage[1018]. Puis, leur gestion par la société[1019] va évoluer. Dans un premier temps, même s'ils étaient pour la plupart cachés, l'Antiquité acceptait que soient effectuées des opérations d'assignation selon le sexe qui convenait le plus à la personne, tandis qu'au XVIIème siècle, à Naples, les personnes intersexes étaient tout simplement brûlées[1020]. Le XIXème siècle et les progrès de la médecine s'intéressent au sujet, mais dans une certaine curiosité malsaine qui dénote sensiblement avec les vœux du serment d'Hippocrate[1021]. La prise en charge par la médecine moderne reste néanmoins récente et évolue en même temps que diverses découvertes, comme celle des hormones sexuelles et de leur commercialisation en 1920 et 1930, mais aussi des progrès chirurgicaux[1022]. La popularisation des intersexes se situe autour des années 1950 et 1960 avec les contributions scientifiques des Professeurs Robert STOLLER et John MONEY.

184 . En 2010, la Société de défense des hermaphrodites d'Amérique du Nord (I.N.S.A.), estime qu'ont été effectuées entre une ou deux opérations pour 1000 naissances,

---

[1017] DIODORUS OF SICILY, *The library of history.* Harvard University Press, 1999, book XXXII, 10. 2-12 ; G., ANDROUTSOS, M., PAPADOPOULOU, S., GEROULANOS, « Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité », *Andrologie,* 2001, 11, n°2, p. 89 et s ; J., LASCARATOS, S., PERENTIDIS, « Deux cas de changement chirurgical de sexe au IIème siècle avant notre ère : approche historique », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*, p. 25-35.

[1018] Diodore de Sicile relate l'histoire d'Hérais devenue Diophante dont un pénis sorti de sa vulve pendant que son époux est en voyage, à son retour, son époux souhaite la voir pour remplir ses devoirs conjugaux, mais le père d'Hérais s'y oppose. L'époux saisit le juge et Hérais est obligée de révéler son secret, elle fut opérée pour faire en sorte que son « *membre viril* [ait] *une forme plus décente* ».

[1019] Plus tard nous parlerons de management.

[1020] G., ANDROUTSOS, M., PAPADOPOULOU, S., GEROULANOS, *Ibid.*, p.90.

[1021] Pour une première opération d'une femme de 21 ans qui a consenti à la création d'un néo-vagin après ablation du clitoris hypertrophié qui ressemblait à une verge. V. E., COSTE, 1835, « Confirmation vicieuse des organes génitaux chez une femme. Opération », *Journal des connaissances médico-chirurgicales,* T.3, vol. 7, p. 277.

[1022] J., PICQUART, *Ni homme ni femme. Enquête sur l'interexualité,* La Musradine, 2009, p. 139 et s.

soit 6000 opérations[1023]. Nous ne développerons pas plus avant les détails de ces interventions qui relèvent de la science médicale et qui risqueraient d'être mal retranscrites[1024], cependant, ces actes de conformation sexuelle peuvent intervenir à deux instants : après la naissance de l'enfant, et *in utero*[1025]. Hors ces derniers cas spécifiques, sur lesquels nous reviendront, la tendance, au début du XXème, lorsqu'il n'était pas possible d'avoir une position tranchée sur le sexe de la personne, consistait à assigner dans « *le respect* [du] *sentiment d'appartenance à un sexe* » [1026], sur une personne qui, dans la plupart des cas, ne maîtrise pas encore l'usage de la parole. Cette position permettait aux médecins de mentir sur l'état de santé de leur jeune patient, à lui-même, mais parfois aussi aux parents, afin d'opérer, entrant dans les dispositions de l'ancien article 35 du Code de déontologie médical qui permettait au médecin de tenir son patient dans l'ignorance de son état de santé « *pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience* », concernant « *un diagnostic ou d'un pronostic graves* »[1027].

En effet, nous imaginons difficilement que des patients acceptent une intervention sans justifications (A). Fort heureusement, la médecine actuelle, pour une certaine partie, semble avoir pris conscience de l'inacceptabilité de ces pratiques, et redonne à la profession l'humanité qui lui faisait jusqu'alors défaut (B).

[1023] W. HINZE et A., D. GAINES, « Préface relative aux assises du corps transformé », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*, p.14.

[1024] J., PICQUART, *Ibid.*, p. 137.

[1025] Pour plus d'informations sur le teneur de ces actes, v. J., PICQUART, *op. cit.*, p. 138 ; J., de GANCK, *Le sexe, une invention moderne ? Histoire des réactions face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine 1830-1914,* Université des femmes, coll. Cahiers de l'UF, n°8, 2012, p. 109 ; B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p. 17.

[1026] J., de GANCK, *Ibid.*

[1027] Abrogé par le décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code Les dispositions réglementaires des parties IV et V du code de la santé publique font l'objet d'une publication spéciale annexée au Journal officiel de ce jour (voir à la fin du sommaire), *JORF*, n°183, 8 août 2004, p. 14150.

A . Des mutilations difficilement justifiables

185 . Les interventions dont il est question revêtent un caractère de gravité certain puisqu'elles touchent aux organes génitaux. À l'instar du transsexualisme, il sera procédé à la correction d'un organe non plus erroné, mais imparfait, par sa destruction et sa reconstruction… Donc par une mutilation génitale. Et ce n'est qu'à la fin du XXème siècle que des auteurs comme Anne FAUSTO STERLING[1028] commencent à remettre en cause ces mutilations. En effet, pourquoi sacrifier une manifestation du sexe, alors qu'il en existerait cinq autres tout aussi convenables ? La littérature juridique et une certaine partie de la littérature médicale, s'entendent pour affirmer que ces interventions de conformation sexuelle constituent des mutilations, pouvant entrer dans les actes de tortures ou traitements inhumains et dégradants dénoncés par des normes supra nationales[1029], et portant ainsi atteinte à l'intégrité du corps humain, protégée par l'article 16-3 du Code civil. Comme pour les interventions de réassignation sexuelle pratiquées sur les personnes trans, ces pratiques ne doivent pas être systématiquement dénoncées et elles peuvent même être admises dès lors qu'elles sont justifiées. Reste à savoir comment. Ainsi, en l'absence de risque certain sur la santé du nouveau-né ou du jeune intersexe, il est évident que la nécessité médicale fait défaut (1). Il a donc fallu trouver une autre justification, et les tentatives furent nombreuses, partant du devoir d'apaiser des souffrances (2) à l'urgence médicale (4), en passant par la recherche d'une once de proportionnalité entre les actes pratiqués et le but poursuivi (3).

[1028] A., FAUSTO-STERLING, « The Five Sexes », *The Sciences,* March, 1993 ; A., FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres,* 2000, p.140.
[1029] Article 7 du Pacte de New York du 16 décembre 1966 et article 3 de la C.E.D.H.

1 . L'absence de nécessité médicale

186 . La question de la nécessité des actes de conformation sexuelle, chirurgicaux ou non, a été développée par Benjamin MORON-PUECH[1030] qui a tenté de lister toutes les nécessités juridiquement admises et susceptibles de rendre ces actes licites.

L'atteinte à l'intégrité du corps humain est possible à la double condition qu'elle soit médicalement nécessaire et consentie par la personne concernée. Selon l'auteur, la nécessité médicale devrait pouvoir s'apprécier en fonction de deux aspects : objectif et subjectif[1031]. D'une part, la nécessité médicale perçue objectivement se définit comme les soins nécessaires pour la santé de la personne, tandis que sa version subjective désigne les soins que la personne juge nécessaires pour elle-même. Cependant, appliquer cette dichotomie objectif/subjectif aux intersexes dans le cadre des interventions d'assignation n'est pas opportun et il semblerait que l'auteur n'ait pas eu conscience d'un écueil de taille. En effet, pour les nouveaux-nés intersexes la nécessité est étrangère à toute considération subjective ou objective puisque, d'une part la personne n'est pas « *objectivement* » malade (dans la plupart des cas) et, d'autre part, comment savoir, subjectivement, à quelques mois ou années de vie qu'une réassignation est nécessaire ? Ces seuls raisonnements suffisent à écarter l'argument de la nécessité, mais l'obstination de certains médecins nous pousse à rechercher, à l'instar de M. MORON-PUECH, l'existence d'une nécessité spécifique qui légitimerait ces mutilations, assurant ainsi le respect de ces « *corps mixtes* »[1032]. Mais décider si les interventions d'assignation sexuelle ou la délivrance d'hormones ont une nécessité thérapeutique, c'est-à-dire, une fonction soignante, c'est avant tout se demander si l'intersexuation physique est une pathologie. Aucune réponse nette ne peut être apportée, car même si dans une majeure partie des cas l'ambiguïté sexuée ne pose aucun problème pour la santé de l'enfant, il est nécessaire d'intervenir, par exemple, sur les filles (chromosomes 46XX) souffrant d'hyperplasie congénitale des surrénales (H.C.S.), qui en l'absence de traitement hormonal, peuvent être victimes de crises surrénaliennes de pertes de sels minéraux[1033]. Ou encore les enfants qui, en raison de la conformation des leurs organes génitaux ou digestifs internes se retrouvent dans

[1030] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010.
[1031] B., MORON-PUECH, *Ibid.*, p. 33.
[1032] A., GOGOS-GINTRAND, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *RDSS,* 2016, p. 920.
[1033] A., GOGOS-GINTRAND, *Ibid*.

l'impossibilité d'uriner et de déféquer[1034]. Mais en dehors de ce cas, hormones et chirurgies sont des contraintes pour les enfants[1035]. En effet, en plus de devoir subir des actes chirurgicaux tout au long de leur enfance[1036], leurs organes génitaux les font souffrir, s'ajoutent aussi les risques de stérilités, de pertes de libido, et parfois, le traumatisme psychologique lié aux photographies et exhibitions devant les groupes d'étudiants en médecine[1037], opérant un bon en arrière à l'époque où l'hermaphrodite était considéré comme un monstre ou une bête de foire[1038]. Nous sommes loin du droit de l'enfant à la protection et aux soins nécessaires à son bien-être prescrits à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À première vue, il y aurait donc une ambivalence du caractère pathologique de l'intersexuation physique. Il conviendra donc de distinguer de manière objective s'il existe un risque certain pour le nouveau-né en l'absence de traitement hormonal ou de chirurgie, mais en dehors de ces cas, aucune nécessité thérapeutique ne justifie ces traitements[1039].

187 . L'avantage du glissement de la nécessité thérapeutique à la nécessité médicale en 2010[1040] a eu pour conséquence d'élargir considérablement le champ des possibles en termes d'actes médicaux admis. Dès lors, la nécessité médicale permet de légitimer des gestes médicaux de divers buts[1041], parmi lesquels celui d'apaiser les souffrances.

[1034] J., PICQUART, *op.cit.*, p. 144.
[1035] A., GOGOS-GINTRAND, *op.cit*.
[1036] En moyenne trois opérations du pénis dans les deux premières années de la vie et plus à l'adolescence pour une assignation en garçon. V. A., FAUSTO-STERLING, *Ibid.*, p. 83.
[1037] B., PY, « Le patient « objet » pédagogique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p.119-132.
[1038] J., MONEY, M., LAMACZ, « Genital examination ans exposure experienced as nosocomial sexual abuse in childhood », *J. Nerv. Ment. Dis.,* 1987 ;175 :173-21 ; A., FAUSTO-STERLING, *op.cit*. ; S., CREIGHTON, J., ALDERSON, S., BROWN, C.L, MINTO, « Medical photography : ethics, consent and the intersex patient, *BJU International,* 2002 ; 89 :67-72.
[1039] B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p. 18.
[1040] Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, *JORF*, n°182, 7 août 2004 p.14040.
[1041] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 36 et s.

2 . La justification par l'obligation d'apaiser les souffrances

188 . L'exercice de la médecine s'effectue dans un but avant tout humaniste : celui d'atténuer ou de taire les souffrances des patients, qui doivent être comprises largement. En effet, elles ne désignent pas uniquement les souffrances physiques et s'étendent volontiers aux souffrances psychiques. Dans cette hypothèse, la souffrance pourrait justifier l'action médicale. Nous savons que la souffrance vient légitimer médicalement les réassignations des personnes transsexuelles mais en est-il de même pour les intersexes ? De quelle souffrance s'agirait-il ? De manière générale, la souffrance est inhérente à l'individu mais peut aussi émerger de son environnement[1042], cette dichotomie se retrouve chez le transsexuel qui d'abord, souffre de sa propre condition avant de souffrir de la non reconnaissance d'un sexe nouveau par la société. Mais, la différence entre la souffrance des transsexuels et celle des intersexes tient dans les conditions de mise en œuvre de l'état de nécessité. En effet, l'article 122-7 du Code pénal souligne la nécessité d'un danger/souffrance imminent(e) ou actuel(le). Or, nous sommes intimement convaincues qu'au cours de la vie d'une personne intersexe des souffrances liées à la non adaptation de la société à sa particularité vont surgir à différents niveaux : vie scolaire, sentimentale, sexuelle ou professionnelle. Soit autant d'événements de la vie qui n'ont aucune prise au moment de la naissance et jusqu'au jour où l'enfant sera en mesure de comprendre l'origine de ses souffrances… En somme, le caractère imminent ou actuel de la souffrance n'étant pas caractérisé, les interventions aux lendemains de la naissance des intersexes ne sont pas licites, de même que celles opérées sur les enfants non discernants.

189 . Mais ne serait-il pas possible d'intervenir sur le fondement de la nécessité préventive[1043]? Comme pour la souffrance, la prévention peut prendre deux formes : l'une

[1042] B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p. 19. Nous ne pousserons pas plus avant les réflexions de l'auteur sur la question de la souffrance. En effet, même si les résultats du recours à la souffrance pour déclarer les interventions sur les intersexes sont partagés, le moyen d'y parvenir diffère. L'auteur illustre ses conclusions en procédant à une analogie fâcheuse entre souffrance et maladie. Pour lui, puisque l'intersexuation n'est pas forcément une source de souffrance ce n'est pas une maladie, puisque la souffrance est une maladie. Cette approche somme toute restrictive ne saurait trouver d'application, par exemple, à la chirurgie esthétique qui répond à une souffrance du « consommateur » qui demeure un patient ! Mais nous ne tenons pas rigueur du point de l'auteur qui rédigeait ses propos en 2010 alors que l'article 16-3 du Code civil ne parlait encore que nécessité thérapeutique.

[1043] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 37 et s. Dans le cadre de la pratique effective de la médecine, le principe de précaution n'existe pas, l'exercice de la médecine donnant lieu à une obligation de moyen et non de résultat, et restant malgré tout soumise à un certain nombre

concerne la prévention des risques physiques liés à l'état d'intersexuation, l'autre peut concerner les risques psychiques d'une assignation ou de son absence. D'une part, les risques physiques ne concernent qu'une partie des personnes intersexes, comme par exemple, celles souffrant d'insuffisance surrénale aiguë[1044], dans ces hypothèses il est évident que les interventions et traitements envisagés ont un but préventif légitime non équivoque. En revanche, l'action médicale sous couvert du risque psychique, et donc de la souffrance probable d'avoir ou de ne pas avoir de sexe défini se contre sans difficulté et il convient de suivre l'affirmation de M. MORON-PUECH selon laquelle ce n'est pas à l'intersexe de changer mais bien à la société de s'y adapter[1045].

190 . Enfin, il semble vain d'affirmer que la prise en charge médicale des personnes intersexes relève d'une nécessité esthétique avec comme seul argument qu'elle ne relève pas de la prise en charge d'une maladie[1046]. En effet, cette branche de la chirurgie plastique ne devrait pas intervenir dans les considérations intéressant les personnes intersexes car les actes à visée purement esthétique n'auront par nature aucune incidence juridique sur elles. De la même manière que la réduction ou l'ablation mammaire n'a aucune incidence sur l'inscription de la mention du sexe de la femme qui s'y prête.

191 . Il est désormais possible de l'affirmer : aucune nécessité médicale ne rend licite les interventions et traitements hormonaux systématiques chez les personnes intersexes. D'autant plus que la proportionnalité réclamée par l'article 40 du Code de déontologie médicale n'est pas respectée.

---

d'aléa. En ce sens, v. C., NOIVILLE, « Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », *Les cahiers du Centre Georges Canguilhem,* 2009/1, n°3, p.88-89.

[1044] B., CHEVALLIER, J.-B., ARMENGUAUD, E., MAHE, *Pédiatrie,* Le livre de l'interne, 2007, p.139.

[1045] B., MORON-PUECH, *Ibid.*, p. 37 et s.

[1046] Comme tente de le démontrer B., MORON-PUECH, *op.cit.*, p. 35.

3 . L'absence de proportionnalité

192 . Un des principes directeurs de la profession médicale demeure « *primum non nocere* » : « *d'abord ne pas nuire* ». Cet adage traduit la nécessité que tout acte porté sur une personne doit lui apporter un bénéfice mais également, que ce dernier soit atteint au moyen des méthodes les moins risquées[1047]. En somme, que les moyens utilisés soient proportionnés aux bénéfices escomptés. Cette proportionnalité va s'analyser à deux niveaux : sur les avantages et inconvénients de l'acte et sur ses conséquences, elle constituera la balance bénéfice/risque.

193 . Tout d'abord, du côté des avantages et inconvénients, ils concernent aussi bien ceux d'assigner que de ne pas assigner pour laisser l'enfant décider plus tard. Les avantages de chacune de ces options ne se situent pas sur les mêmes plans. D'une part l'avantage d'assigner n'est qu'administratif sur le court terme, mais peut devenir un inconvénient sur le long terme, au regard des nombreuses autres opérations auxquelles la personne devra se soumettre tout au long de sa vie, et surtout les possibles traitements hormonaux qu'elle prendra quotidiennement, sans parler du traumatisme lié à la perte de chance d'avoir pu choisir son propre genre[1048] et les désagréments de la vie quotidienne (incontinence, perte de sensibilité et libido *etc*.). Il en va autrement lorsque l'opération d'une personne intersexe n'est pas essentiellement liée à son assignation mais à des risques certains sur sa santé[1049]. Il ne faut pas négliger les cas dans lesquels l'intersexualité est décelée *in utero*[1050]. Si les parents souhaitent « *traiter* » cette ambiguïté pendant la grossesse, ils peuvent avoir recours à des injections de dexaméthasone pour qu'un sexe l'emporte sur l'autre, ou avoir recours à une interruption de grossesse. Dans ce dernier cas, seule l'interruption volontaire semble possible, dans la limite de la douzième semaine de grossesse[1051], puisque sa version médicale n'est envisageable qu'aux conditions alternatives du péril de la santé de la mère et de l'affection

---

[1047] Art. L 1110-5 du Code de la santé publique.

[1048] J., PICQUART, *op.cit.*, p. 146 ; A. D., DREGER, « Intersex and human rights : the long view », *in* S.E. SYTSMA (dir.), *Ethics and intersexe,* Springer, 2010 ; C., KRAUSS et a., « A qui appartiennent nos corps ? », *Nouvelles questions féministes,* vol. 27, n°1/2008, p. 16-36.

[1049] J., LASCARATOS et S., PERENTIDIS, « Deux cas de changement chirurgical de sexe au IIème siècle avant notre ère : approche historique », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*, p.33.

[1050] B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p. 21.

[1051] L 2212-1 du Code de la santé publique.

particulièrement grave et incurable dont serait atteint le fœtus[1052]. Même si dans certains cas l'intersexuation physique peut être considérée comme une affection grave, elle n'est pas incurable. Cependant, pour l'option des injections de dexaméthasone, elles représentent un inconvénient de taille qui réside dans les risques de maladie cardio vasculaire pouvant survenir après la naissance[1053].

194 . Les interventions systématiques portées sur les nouveau-nés ne sont donc justifiées ni par leur nécessité médicale, ni par leur caractère proportionné. Elles comportent notamment plus risques que de bénéfices pour ce dernier, mais aussi pour la mère lorsque l'intersexuation est décelée *in utero.* Il ne restait plus qu'à se baser sur le terrain de l'urgence médicale, mécanisme largement invoqué par les médecins pour justifier leurs pratiques[1054].

4 . L'inopérance de l'urgence médicale

195 . Juridiquement, l'urgence médicale dépend de la combinaison des articles 16-3 alinéa 2 du Code civil et L 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique. Le premier dispose que le médecin n'est pas obligé de recueillir le consentement de son patient si ce dernier n'est pas en mesure de le lui donner et qu'une nécessité thérapeutique l'impose, le second, que le consentement à l'acte n'est pas requis en cas d'urgence. Cependant, elle ne dispense pas l'auteur de l'acte d'avoir recours aux actes médicaux strictement nécessaires à la sauvegarde de l'intégrité du patient. Mais avant de montrer les faiblesses de cette idée, tentons de découvrir de quelle urgence il s'agit.

[1052] L 2213-1 du Code de la santé publique.

[1053] A. D., DREGER, « Prenatal Dexamethasone for Congenital Adrenal Hyperplasia, an Ethics Canary in the Modern Medical Mine », *Journal of bioethical inquiry,* 2012. Un protocole aurait d'ailleurs été abandonné, compte tenu de ces dangers, v. T., HIRVIKOSKI et a., « Prenatal Dexamethasone Treatment for Children at Risk for Congenital Adrenal Hyperplasia : The Swedish Experience and Standpoint », *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism,* 2012, p. 1881-1883.

[1054] J., PICQUART, *op. cit.*, p. 137 ; M., RAZ, « La différence des sexes démêlée », *in* L., BERINI, M., TRACHMAN, *Le genre, théories et controverses,* Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2014, p.65.

L'urgence dont il est question devrait correspondre à une urgence médicale, c'est-à-dire, dans un but plus large que l'urgence thérapeutique pouvant concerner tous les aspects de la pratique médicale, allant de l'acte de prévention à l'acte curatif. Or, les urgences préventive et curative ne concernent qu'une partie des cas. Sur ce poste de l'urgence, les interventions généralisées sur les jeunes personnes intersexes ne sont donc pas justifiées.

196 . Néanmoins, l'urgence pourrait être administrative au regard du court délai légal entre la naissance de l'enfant et son inscription à l'état civil. En effet, depuis la loi dite « *J21* », le délai est passé de 3 à 5 jours, mais il reste *a priori* trop court, voire « *négligeable* »[1055]. *A priori* seulement, puisque l'instruction générale relative à l'état civil dans son point n°55 propose que dans les cas pour lesquels les médecins se trouveraient dans l'incapacité de déterminer un « *sexe probable* », l'inscription sur l'acte de naissance peut être différée d'une ou deux années[1056], mais pas sur la déclaration de naissance. Cependant, cette faculté offerte aux parents n'est pas sans soulever des interrogations concernant les conséquences logistiques et psychologiques qui y sont attachées. De plus, assigner sur l'acte de l'état civil ne constitue en rien une nécessité médicale, donc ne saurait valablement justifier qu'un acte chirurgical puisse se produire[1057].

Il reste enfin à explorer ce qu'un auteur appelle l'urgence « psychologique »[1058], pour la réfuter sans autre forme de procès. Car en effet, il ne serait en réalité question que des parents qui se retrouveraient paniqués et démunis face à un enfant dont le sexe ne serait pas certain, et même si l'inscription du sexe sur l'acte de naissance peut être différée il n'en est pas de même pour le choix du prénom. Cependant, aussi grand qu'il puisse être, le désarroi des parents ne doit pas rentrer dans la composition de l'urgence qui ne doit concerner que l'enfant, et même si les parents pensent agir dans son intérêt (supérieur), il est facile de douter de la solidité d'une décision prise dans un tel environnement[1059]. Mais en pratique, « *le traitement médical de l'intersexualité a, en effet, cette particularité d'intervenir physiquement sur le corps sain mais non conforme d'un tiers (l'enfant) pour réduire la souffrance psychologique d'un autre tiers (les parents)* » [1060].

[1055] M., GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G,* n°25, 716, 1223 ; Art. 55 du Code civil et art. 56 du même Code qui précisent que l'acte de naissance est rédigé immédiatement.

[1056] Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.

[1057] F., VIALLA, « Indisponibilité n'est pas synonyme d'intangibilité », note sous CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, *JCP G,* n°17, 25 avril 2016, 492, p. 853.

[1058] J., PICQUART, *op. cit.*, p. 144-145.

[1059] « Sous pression une famille ne peut jamais prendre la bonne décision », Entretien avec N., KALFA, le 31 janvier 2017.

[1060] V., GUILLOT, « Me dire simplement », *in* E., PEYRE et al., *Mon corps, a-t-il un sexe ?,* La Découverte, 2015, p. 297 ; A.-M., RAJON, « Ce que nous apprennent les parents d'enfants porteurs d'ambiguïté génitale », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* n°56, p. 370-376.

197 . Face à ces interrogations sur la justification des mutilations génitales effectuées sur les jeunes intersexes, un certain nombre de pédiatres remettent aujourd'hui en cause la systématisation des interventions, à l'image du Docteur Blaise MEYRAT, du Centre hospitalier universitaire vaudois en Suisse, ou encore du Professeur Nicolas KALFA, du Centre hospitalier régional universitaire de Montpellier que nous avons pu rencontrer. En France, il n'existe aucun protocole défini, en dépit de la mise en place en 2008, de centres de référence des maladies rares du développement sexuel à Paris et à Lyon[1061]. Malgré cela, nous avons pu constater que la réponse médicale aux enfants atteints de troubles du développement sexué (T.D.S.) tend vers plus d'humanisme, bien que restant à la discrétion du pouvoir parental.

B . Une évolution optimiste de la pratique médicale

198 . Rien dans notre paysage juridique interne ne permet de justifier les actes d'assignation sexuelle systématiques, pourtant, ces pratiques ont toujours court aujourd'hui, même si elles deviennent de plus en plus dénoncées. D'autant plus que leur légitimité se trouve affaiblie par une absence de réglementation, doublée d'un manque de consensus auprès des équipes médicales[1062]. Malgré cela, nous pouvons constater que les traitements hormonaux et chirurgicaux demeurent la norme[1063], même si certaines équipes se démarquent par une approche plus humaine et plus modeste de la médecine. C'est l'échelle de Prader[1064] et le stade des 2,5 centimètres qui détermineront la marche à suivre. Ainsi, au-delà, il n'y a aucun doute et l'enfant sera un garçon, mais en deçà, il n'y a aucune certitude[1065] et

[1061] Arrêté du 29 mai 2008 modifiant l'arrêté du 12 juillet 2006 portant labellisation de centres de référence pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares, *JORF,* n°0132, 7 juin 2008 page 9379.
[1062] Contrairement à d'autres pays qui ont opté pour une réglementation spécifique par le biais de lois constitutionnelles qui interdisent les opérations comme dans les états américains de Columbia, Georgia, Hawaï, l'Illinois, Iowa, du Kentucky, la Louisiane, du Maryland, du Massachusetts, du Michigan, du Missouri, du Nebraska, de New Jersey, du New Hampshire ou encore du Nouveau-Mexique, ou par des lois qui au contraire les autorisent à l'image du Vermont et de la Californie.
[1063] J., PICQUART, *op. cit.*, p. 143.
[1064] A.P.H.P., *Fille ou garçon ? Le développement des organes génitaux. Livret d'informations,* p. 17.
[1065] Contre 2 centimètres selon cette même échelle aux Etats-Unis. V. A.P.H.P., *Ibid.*, p. 11 ; A., FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres,* Paris, La Découverte, 2012, p. 79-82.

l'opération sera réalisée, si les parents y consentent, aux alentours du 15ème mois[1066] (1). Aujourd'hui, du moins au sein de l'équipe du Pr. KALFA, l'échelle de Prader n'est pas l'outil exclusif pour tenter de déterminer le sens de l'évolution génitale. Ainsi, en plus de s'attarder sur l'apparence des organes génitaux, d'autres considérations sont utilisées, comme par exemple, la position de l'enfant lors de la miction, ce qui induit que le choix se fera 6 à 7 mois après la naissance[1067], se rapprochant de plus en plus des impératifs déontologiques (2).

1 . Évolutions de la prise en charge médicale

199 . Les orientations d'assignation ont également évolué au fil des années. Au XIXème siècle, il convenait d'assigner en garçon plutôt qu'en fille car il semblait inconcevable qu'un potentiel garçon ait ses entrées dans les pensionnats de jeunes filles[1068], puis la tendance s'inverse au XXème siècle où il devient préférable de créer des filles[1069], pour des raisons à la fois techniques et fonctionnelles[1070], mais surtout sexistes. En effet, il serait plutôt judicieux de créer un néo-vagin, organe passif reproductif, qu'un pénis qui ne fonctionnerait pas. Le sexe à choisir est le plus plausible, et généralement lorsqu'un garçon est mal formé il est préférable de le transformer en fille car il est plus acceptable d'avoir une femme stérile plutôt qu'un garçon inapte sexuellement et stérile[1071]. De même, la féminisation systématique est

[1066] F., BARGY et al., « Les ambiguïtés sexuelles », *Journal de pédiatrie et de puériculture,* 1991, vol. 4, n°2, p.72.
[1067] Entretien avec le Pr. N., KALFA, le 31 janvier 2017. Sur les différentes étapes du diagnostic, v. S., CABROL, G., AUDRY, « Attitude pratique devant un nouveau-né présentant une ambiguïté sexuelle à la naissance », *La revue du praticien gynécologie et obstétrique,* n°45, 15 septembre 2000, p. 26-28.
[1068] V. A., LUTAUD, « De l'hermaphrodisme au point de vue médico-légal », *Journal d'accouchements,* 1886, vol. 3, t. 7, p. 105-107 ; L., OMBREDANNE, *Les hermaphrodites et la chirurgie,* Paris, Masson et Cie, 1939 ; J., DE GANCK, *op. cit.*, 2012, p. 79.
[1069] C., CHILAND, « La problématique de l'identité sexuée », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 56(2008), p.330. ; J., PICQUART, *op. cit.*, p. 148 et s.
[1070] P., GUEZ, « Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite », note sous CA Versailles, 22 juin 2000, *JCP G,* n°39, 2001, II, 10595 ; U., KLÖPPEL, *XXOXY ungelöst. Hermaphroditismus, Sex und Gender in der deutchen Madizin. Eine historische Studie zur Intersxualität,* transcript, Bielfeld, 2010, p.25 ; B., DURAND, « Des personnes en quête d'héritage : les hermaphrodites », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*, p.35-45, pour l'intérêt patrimonial en matière de succession.
[1071] C., CHILAND, *Le transsexualisme,* Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2003 ; J., A., GREENBERG, *Intersexuality and the law,* New York University Press, 2012, p. 14.

soutenue par la nomenclature actuelle[1072] qui comporte six actes dans la partie « *correction des ambiguïtés sexuelles* », tous à vocation féminisante. Cette position machiste de l'assignation a été encouragée par les juridictions françaises, notamment par une décision de la Cour d'appel de Versailles en 2000[1073], qui, face à un enfant intersexe, ne constate pas l'insuffisance de féminité, mais bien l'insuffisance de masculinité, comme un mal plus insoutenable que le premier. Cette appréciation de l'assignation ne semble, heureusement, pas avoir court dans toutes les équipes pluridisciplinaires, à l'image de celle du Docteur MEYRAT à Lausanne et du Professeur KALFA à Montpellier, qui, s'ils doivent assigner, vont opter pour l'intervention réversible dans 95% des cas[1074], une masculinisation, avec conservation des gonades, sauf s'il existe un risque de cancer. En effet, la féminisation de l'enfant implique l'ablation du bourgeon génital, et la construction de la verge demeure une des limites de la science médicale et rien n'assurera qu'elle pourra être reconstruite quelques années plus tard. De plus, cette catégorie de praticiens insiste sur le caractère non urgent des interventions[1075], sauf lorsqu'il s'agit d'insuffisances surrénaliennes, et en dehors de ces cas il est pour eux « *inimaginable d'opérer un enfant d'un acte non urgent.* »[1076]. L'équipe du Dr. MEDJKANE[1077], pédopsychiatre au C.H.R.U. de Lille suit également cette approche, mais constate que même si la décision appartient aux parents, ces derniers ne trouvent pas normal que la décision du sexe de leur enfant leur appartienne et s'en remettent à la décision de l'équipe médicale. Ainsi même si la proposition faite aux parents comprend les trois possibilités d'assignation, la troisième qui correspond à l'absence d'assignation immédiate n'est généralement pas entendue[1078], à cause de la forte empreinte de binarité sexuelle dans notre société.

200 . Enfin, il serait erroné de penser que les membres des équipes pluridisciplinaires vivent ces assignations de manière sereine, et l'ouvrage du journaliste Julien PICQUART le prouve en apportant aux débats les témoignages de médecins spécialistes : un endocrinologue pédiatre, un chirurgien pédiatre et deux spécialistes en chirurgie viscérale[1079]. Ils parlent de la prise de « *décisions graves* »[1080] qui s'analysent, en réalité, comme étant les moins pires, car elles constituent une anticipation dans 80% des cas, dans la mesure où le génotype n'est d'un

[1072] Chapitre 8.7.1 de la nomenclature de septembre 2013. Correction des ambiguïtés sexuelles. Actes codés JMEA001, JMEA002, JMMA001, JMMA004, JZMA002, JZMA003.
[1073] CA Versailles, 22 juin 2000, n°7799-99.
[1074] Entretien avec le Pr. N., KALFA, le 31 janvier 2017.
[1075] « Ce n'est jamais une urgence », Entretien avec le Pr. N., KALFA, le 31 janvier 2017.
[1076] Entretien avec le Pr. N., KALFA, le 31 janvier 2017.
[1077] Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017
[1078] Jusqu'à aujourd'hui, aucun parent n'a demandé à bénéficier du délai de 2 ans.
[1079] J., PICQUART, *op. cit.*, p. 101 et s.
[1080] Témoignage recueilli par J., PICQUART, *op. cit.*, p. 102.

réel secours que dans 20% des cas[1081]. Dès lors, quelle que soit la tendance, « *l'opération* [va] *conditionner l'état psychique de l'enfant* »[1082], qui se verra attribuer un sexe d'élevage afin que son genre corresponde le plus possible au sexe choisi par ses parents.

201 . Cette notion de « *sexe d'élevage* », d'« *imprinting* », de «*sex of rearing* » ou encore de « *béhaviourisme endocrinologique* »[1083] démocratisée par John MONEY[1084], prône la supériorité de la culture sur la nature[1085]. Il « *est de façon substantielle et avec évidence un signe prédictif du rôle de genre et de l'orientation d'un hermaphrodisme que ne le sont le sexe chromosome, le sexe gonadique, le sexe hormonal, la morphologie accessoire des organes reproducteurs internes ou la morphologie ambiguë des organes génitaux externes* »[1086]. En d'autres termes, une fois le sexe choisi et assigné, il est conseillé aux parents de poursuivre cette normalisation *via* le sexe d'élevage, c'est-à-dire, d'inculquer avec force chez l'enfant les stéréotypes de son genre. Et puisque le genre se forge autour de la troisième année de l'enfant, il est nécessaire de réparer au plus tôt les organes génitaux pour débuter au plus vite l'*imprinting*[1087].

202 . L'arrivée de cette notion sur le plan médical constitue la porte d'entrée de la composante subjective du sexe dans la science médicale, puisqu'elle va faire partie intégrante de la réussite du processus d'assignation[1088]. Déterminer le sexe d'élevage est incontestablement « *un pari sur l'avenir* »[1089], proposé par une équipe pluridisciplinaire[1090] aux parents démunis. Mais ici encore, la pratique médicale n'est pas uniforme et le sexe d'élevage ne fait pas l'unanimité chez tous les professionnels de santé concernés. Le premier

---

[1081] Témoignage recueilli par J., PICQUART, *op. cit*.

[1082] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français,* Paris, CNRS Editions, 2014, p.38.

[1083] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p. 68 et 65.

[1084] Même si elle fut développée bien avant. V. G., MARANON, L'évolution de la sexualité et les états intersexuels, Paris, Gallimard, 1931 ; A.-P., CAWADIAS, Hermaphroditos. Le Humain Intersex, Londres, Heinemann, 1943 ; A., ELLIS, « The sexual psychologiy of human hermaphrodites », Psychosomatic Medecine, 1945, n°7, p.108-19.

[1085] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.69.

[1086] J., MONEY, J. et J., HAMPTON, « Imprinting and the establishment of gender role », *Archives of Neurology and Psychiatry,* 1957, n°77, p.333 ; B., LEVET, *La théorie du genre ou le monde rêvé des anges,* Paris, Grasset, 2012, p. 58.

[1087] C., NIHOUL-FEKETE, « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*, p. 6 ; S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *Ibid.*, p.37.

[1088] V. également CA Versailles, 22 juin 2000, JurisData n°2000-134595 ; *JCP G,* 2001, II, 10595, note Ph. GUEZ ; *RTD Civ.*, 2001, p. 849, J., HAUSER. Un enfant dont le sexe n'a pas pu être déterminé à la naissance subi un traitement hormonal pour accentué la masculinité qui se solde par un échec. La réunion de l'équipe pluridisciplinaire conclut à une ablation de l'appareil génital mâle et à la construction d'un néo-vagin (cavité vaginale existante), car selon eux, la féminisation était « prévisible », les parents acceptent et élèvent leur enfant en fille et demandent un changement de sexe à l'état civil, après un changement de prénom. Le TGI Nanterre, le 1er juin 1999 (inédit) refuse d'accéder à la demande de changement qui interviendrait après une castration, qui est interdite. Le TGI établit donc une interdiction par ricochet : puisque la pratique pour accéder au résultat est interdite par le Droit, le Droit n'a pas à en reconnaître les effets. Mais la Cour d'appel infirme cette position afin de ne pas faire échouer « la démarche médicale et psychologique » déjà entamée.

[1089] J., PICQUART, *op. cit.*, p. 138 ; C., NIHOUL-FEKETE, *op. cit.*, p. 60.

[1090] Composée de chirurgiens, endocrinologues, pédiatres, urologues, biologistes, psychologues et travailleurs sociaux.

à soulever son incohérence fut le Professeur Léon KREISLER à la fin du XXème siècle[1091]. Pour lui l'intersexualité est le résultat de facteurs « *disjoints et indépendants* », ce qui fait des hermaphrodites des êtres singuliers qui ne réagiront pas de la même manière. D'autant plus que cette méfiance fut confirmée par la tragique affaire de David/Brenda REIMER[1092], garçon canadien non intersexe, mais dont une circoncision ratée avait conduit à la réduction de son pénis. Ses parents ont alors consulté le Dr. John MONEY qui leur avait conseillé de réassigner leur fils en fille et de l'élever comme telle. À l'adolescence il reprend un genre de garçon, se mariera avec une femme, adoptera des enfants et se suicidera en 2004.

203 . En définitive, l'identité de genre est une construction personnelle indépendante des modifications médicales intervenues sur le sexe ou encore de l'éducation donnée par les parents[1093], cette affirmation a été le fondement de la remise en cause des pratiques.

2 . Une pratique actuelle en phase avec les règles déontologiques

204 . La prise en charge non humaniste des jeunes intersexes ne devrait pourtant plus être la norme pour au moins deux raisons : d'une part les règles déontologiques ne permettent pas de leur accorder plus de crédit, et d'autre part, plusieurs recommandations d'instances européennes et internationales les dénoncent.

205 . D'abord, l'étude des règles générales de la déontologie médicale suffit à envisager l'abstinence des assignations, même si elles ne s'adressent pas expressément à l'enfant[1094]. Ainsi, l'article 33 du Code de déontologie médicale précise que le médecin doit « *élaborer un diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire* », qui se définirait comme le temps que l'enfant puisse décider du sexe qui correspond à son genre. L'article précédent dispose que dans l'établissement du diagnostic comme dans la conduite du traitement, le médecin respecte les données acquises de la science, c'est-à-dire, les « *données*

[1091] L., KREISLER, « Les intersexuels avec ambiguïté génitale », *La psychiatrie de l'enfant,* 13, 1970, n°1, p.1-127.
[1092] Ph., REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G,* n°42, 17 octobre 2011, doctr. 1140 ; « Le notion juridique de sexe », *in* E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 308 ; B., LEVET, *Ibid.*, p.59.
[1093] Ph., REIGNÉ, *Ibid.*
[1094] V. D. et M., DUVAL-ARNOULD, *Droit et santé de l'enfant,* Masson, coll. « Droit médical pratique », 2002, p. 35.

les plus récentes dès lors qu'elles ont prouvé leur efficacité »[1095]. Or, aujourd'hui, il n'y aurait aucune donnée acquise dans ce domaine, tant les pratiques sont diverses et tant la position humaniste des pratiques tend à s'imposer[1096]. Dès lors, s'il ne peut y avoir de consensus, en vertu du principe *primium non nocere,* l'acte le moins invasif devrait être privilégié. Sur ce point néanmoins, il faut noter que le passage des « *données acquises de la science* » aux « *connaissances médicales avérées* » avec la loi du 4 mars 2002[1097], ne change rien à cette observation[1098].

206 . Enfin, il est une disposition qui devrait l'emporter sur toute autre : l'article 43 du Code de déontologie médicale qui érige le médecin en défenseur des intérêts de l'enfant « *lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage* ». Néanmoins, cette disposition comporte des difficultés dans son application car les parents, dans leur décision d'assigner, n'ont pas l'impression de porter atteinte à l'intérêt de la santé de leur enfant, ils sont animés par le désir de le voir accepté par une société qui ne connaît que le sexe binaire. Aussi, lors de notre entretien avec le Professeur KALFA, à aucun moment le terme « *déontologie* » et ses dérivés n'ont été prononcés, en faveur de termes plus humains comme « *intérêt de l'enfant* », « *écoute* » ou encore « *accompagnement* », ce qui nous prouve bien, une fois encore, que la prise en charge des très jeunes intersexes ne saurait être qu'une affaire de médecins. Par ailleurs, l'accompagnement proposé au C.H.R.U. de Montpellier ne débute pas au moment de la rencontre avec les parents du nouveau-né. En effet, le Pr. KALFA établit avec le reste de l'équipe, une liste des pour et des contre sur chaque décision possible c'est-à-dire, assigner en fille, en garçon ou ne pas assigner[1099], en justifiant ces réflexions par des raisons médicales mais aussi non médicales[1100]. Parmi les considérations non médicales un glissement du critère de la différence de sexe à celui de la différence de genre[1101] est effectué. Dès lors, si l'intervention est retardée, ce ne sera plus la différence de sexe qui sera prise en compte, mais tous les aspects de l'identité de genre, avec notamment, le comportement de l'enfant. Cette liste va constituer le faisceau d'indices qui

---

[1095] D. et M., DUVAL-ARNOULD, *ibid.*, p.36.

[1096] Civ. 13 mai 1959, *D.,* 1959, comm. 107 ; *Bull. civ.,* I., n°240, p. 202 ; Civ. 1ère, 27 oct. 1970, *Bull.,* n°283, p. 232 ; Civ. 1ère, 23 mai 1973, *Bull.,* n°180, p. 160 ; Civ. 1ère, 13 mai 1997 ; Civ. 4 janv. 2005, n° 03-14206 ; Sur des conférences de consensus, v. CAA Paris, 26 février 1998, *Méd. & Dr.,* 1999, n°35, p. 17.

[1097] Art. L 1111-5 du Code de la santé publique.

[1098] F., VIALLA, *Ibid.*, p.217.

[1099] Entretien avec le Pr. N., KALFA, le 31 janvier 2017.

[1100] Parmi les justifications médicales : examen du caryotype, qui n'est pas l'indice prédominant à Montpellier, le profil hormonal, les capacités en termes de fertilité ou encore les capacités techniques du médecin (la seule limite aujourd'hui est la construction de la verge). Le Pr. KALFA mentionne notamment dans les raisons non médicales, la capacité aux rapports sexuels.

[1101] D., BORILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p. 271.

aboutira à une proposition à destination des parents : assigner ou ne pas assigner. Quelle que soit la proposition faite, elle relèvera nécessairement du paradoxe. Que faire ? Assigner et prendre le risque de se tromper ? Ne pas assigner alors qu' « *on ne connaît pas les conséquences du choix de ne rien faire* » mais que l'on sait que plus une opération a lieu tardivement, plus elle peut devenir contraignante ? [1102]

207 . La prise de conscience des pratiques d'assignation sur les nouveau-nés intersexes est récente, et les normes les plus anciennes qui les concernent ne datent que de 2013 et émanent de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe[1103]. Elles réclament une plus grande sensibilisation et la mise en place de recherches sur les questions relatives aux cas d'intersexuation des enfants. Puis, l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.) s'est attelée à dénoncer les pratiques de stérilisation systématique[1104] et à prôner l'égal accès aux soins des intersexes[1105]. Les Hauts commissaires aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe et des Nations-Unies sont également venus souligner, en 2015, l'illégalité des interventions d'assignations sexuelles sur les jeunes enfants, les qualifiant de mutilations génitales occidentales[1106] et de traitements inhumains et dégradants[1107]. La France a par ailleurs, été rappelée à l'ordre par le Comité des droits de l'enfant et le Comité contre la torture de l'O.N.U. en 2016, préconisant de ne pratiquer aucune intervention tant que le consentement libre et éclairé de l'enfant ne puisse être recueilli. Ce qui implique que le sexe de ce dernier sera en suspens et que la position des instances supra nationales plaide « *en faveur d'un élargissement de la binarité* »[1108], voire de sa suppression.

208 . Les pratiques mutilantes sur les jeunes intersexes n'ont pas été sanctionnées en France[1109], alors qu'une double responsabilité civile et pénale pourrait aisément être

[1102] Entretien avec le Pr. N., KALFA, le 31 janvier 2017.
[1103] Résolution n°1952 et recommandation n°2023, 1er octobre 2013, sur le droit des enfants à l'intégrité physique de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
[1104] WHO/UN interagency statement on involuntary or coerced sterilisation, Organisation Intersex International Australia, 30 mai 2014.
[1105] WHO, Sexual heAlth, human rights and the law, Genève, 2015.
[1106] Zwischengeschlecht.org, « Western mutilation a.k.a. Cosmetic genital surgery performed on children », *Switzerland 14th Universal periodic review*, 2012.
[1107] T., HAMMARBERG, *Droit de l'homme et identité de genre,* Document thématique, Conseil de l'Europe, octobre 2009.
[1108] A., GOGOS-GINTRAND, *op. cit.*, p. 920.
[1109] B., MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit,* Mémoire de master droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, n°s 25 et s ; A., GOGOS-GINTRAND, *op. cit.* ; Commission nationale d'éthique pour médecine humaine (NEK-CNE, Suisse), 2012.

envisagée. Surtout lorsque l'on sait que la Cour européenne des Droits de l'Homme estime qu'une intervention chirurgicale même insignifiante porte atteinte à la vie privée[1110].

La chirurgie d'assignation peut être perçue comme une sorte de « *management global de l'enfant et sa famille* »[1111] dans le but de fabriquer les « *corps intelligibles* »[1112] que commande le système binaire[1113]. Qu'il s'agisse du transsexualisme ou de l'intersexuation physique, la médecine agit dans le cadre d'une véritable « *réification du corps considéré comme une machine que l'on peut réparer* »[1114], même si les initiatives sont différentes. En effet, d'une part, la personne transsexuelle décide réellement de subir les interventions, la souffrance ressentie devenant insoutenable, d'autre part, les pressions sociales, légales[1115] et souvent médicales, poussent les parents à opter pour une assignation[1116].

La médecine vient au secours des mauvais corps et la légitimation de ces interventions, sur le plan des pratiques a suscité le débat. Mais le caractère approprié ou non de la pratique médicale n'est pas le seul à prendre en compte pour affirmer leur légitimité. En effet, la relation médicale, par nature déséquilibrée, doit pouvoir être consentie librement et en connaissance de cause par les seules personnes concernées.

[1110] CEDH, 22 juillet 2003, *Y. F c/ Turquie,* req. n°24209/94.
[1111] C., NIHOUL-FEKETE, *op. cit.*, p. 61.
[1112] A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p. 90.
[1113] Anne FAUSTO-STERLING parle même de « chausse-pied chirurgical », v. A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p.25.
[1114] D., THOUVENIN, « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.,* 1991, p. 221.
[1115] *Rapport n°441 d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions,* Sénat, le 23 février 2017, p. 34.
[1116] M., FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969. Rééd 1980, p. 107.

SECTION SECONDE : L'INEXISTENCE DES BASES DU COLLOQUE SINGULIER[1117]

« *Il n'y a pas de soins sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret* »[1118].

209 . Avant tout acte médical, et hors les cas d'urgence, le médecin se trouve dans l'obligation de recueillir le consentement de son patient. Ce principe affirmé aussi bien en droit interne[1119] qu'en droit international[1120], découle du respect de l'autonomie de la volonté et de l'inviolabilité du corps humain[1121], mais aussi de la vie privée[1122].

L'obligation de recueillir le consentement du patient est le prolongement du devoir d'information qui incombe au médecin, si bien que ces deux étapes sont indissociables, d'autant plus que l'information est un principe à valeur constitutionnelle[1123]. De même que leur présence ne suffit pas à les caractériser, les textes imposent qu'ils remplissent certains caractères, ainsi, le consentement doit être libre, éclairé et révocable[1124], tandis que l'information doit être complète, délivrée dans le cadre d'un entretien individuel, claire, loyale et appropriée à l'état du patient[1125]. Ces principes constituent « *une obligation déontologique… La jurisprudence veille strictement au consentement libre et éclairé du*

[1117] G., DUHAMEL *in Paroles de médecin,* 1946 ; H., PEQUIGNOT*, Médecine et mode moderne,* Les éditions de minuit, coll. « L'homme et la machine », 1953.

[1118] B. HOERNI « Ethique et déontologie médicale », 2ème édition Masson – Juin 2000.

[1119] Arts. 16-3 al. 2 du Code civil et L 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique.

[1120] 1er principe du Code de Nuremberg ; Art. 5 de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain eu regard des applications de la biologie et de la médecine. V. aussi N., LENOIR, B., MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique,* « Que sais-je », n°3358, PUF, 1998.

[1121] Ainsi, nul ne peut être contraint à subir une intervention chirurgicale, Civ. 2ème, 19 mars 1997, *RTD Civ,* 1997, p. 632, obs J., HAUSER.

[1122] CEDH, 22 juillet 2003, *Y. F c/ Turquie,* req. n°24209/94. Une intervention chirurgicale même insignifiante porte atteinte à la vie privée.

[1123] Civ. 1ère 9 oct. 2001, *Bull. civ.,* I, n°249 ; *D.,* 2001, 3470, rapp. SARGOS, note THOUVENIN ; *RTD Civ.,* 2002, 176, obs. LIBCHABER.

[1124] L 1111-4 al. 4 du Code de la santé publique.

[1125] L 1111-2 CSP et art. 35 du Code de déontologie médicale.

malade aux soins, après qu'il ait reçu une information, aussi précise que le permettent ses capacités et son état, sur le traitement proposé et ses risques non exceptionnels »[1126].
Même si ces deux préalables constitutifs de la décision médicale nous semblent acquis de manière générale, ils ne retentissent pas de la même manière concernant leur application aux parents de très jeunes intersexes (II) ainsi que chez les personnes transsexuelles (I).

I . L'ambivalence du consentement et de l'information pour les personnes transsexuelles

210 . La personne transsexuelle doit être traitée comme un usager du service de santé et donc doit pouvoir bénéficier de tous les droits et devoirs qui sont associés à ce statut, notamment le droit à l'information et le pouvoir de codécision[1127]. Cependant, d'autres grands principes du droit des malades ne leurs sont pas certainement assurés[1128], à l'image de la liberté de choix du médecin et des traitements, pourtant assurée par l'article L1110-8 du Code de la santé publique[1129]. Pour les transsexuels ce droit devient « *résiduel* » pour deux raisons : la présence d'équipes pluridisciplinaires auto-proclamées officielles et l'obligation de passer par une phase psychiatriques[1130]. Concernant l'information, elle doit nécessairement être délivrée à chaque atteinte au corps envisagée. Elle va permettre au patient de donner le consentement, clé de voute de l'acte médical. Dans le cadre du transsexualisme, aucune difficulté particulière n'apparait lorsque l'on s'attarde sur certaines caractéristiques (A), cependant, dans leur application, elles peuvent apparaître plus complexes au regard, notamment des diverses influences qui peuvent le toucher (B).

[1126] D., TRUCHET, J., MOREAU, *Droit de la santé publique,* Dalloz, coll. « Mémentos », 1990, p. 126, 188.
[1127] Sur la décision médicale A., LAUDE, « Le patient, nouvel acteur de santé », *D.,* 2007, 1151 ; S., DELIANCOURT, « Les nouveaux droits de l'usager du service public hospitalier en font-ils un véritable acteur-décideur ? », *RRJ,* 2007, p. 409 ; P., LOKIEC, « La décision médicale », *RTD civ.,* 2004, p. 641 ; D., ROMAN, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS,* 2005, p. 423.
[1128] D., ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison publique,* 15 mars 2012, [En ligne : http://www.raison-publique.fr/article530.html] Consulté le 24 octobre 2016.
[1129] M., DUPONT, « Le libre choix du médecin : son évolution depuis la loi du 4 mars 2002 », *RDSS*, 2007, p.759.
[1130] Par « phase psychiatrique » il faut comprendre le suivi obligatoire avant d'entrer matériellement dans la transition. D., ROMAN, *Ibid.*

A . Les conditions particulières de l'information relative au processus de transition

211 . Comme pour sa délivrance dans un rapport médecin/patient classique, l'information est donnée à l'occasion d'un entretien individuel qui a la particularité de durer au minimum pendant deux ans. Son contenu ne pose aucun problème puisqu'il porte sur les risques, les avantages[1131] et les alternatives au traitement proposé[1132], comme pour n'importe quel autre diagnostic[1133]. L'information doit également être claire, loyale et appropriée[1134]. Le critère de loyauté implique, entre autres, que le médecin ne doit pas faire naître dans l'esprit de son patient de faux espoirs, comme, par exemple, faire croire à un transsexuel FtM qu'il pourra avoir des rapports sexuels « *normaux* » ou que la personne après l'opération sera du sexe opposé dans toutes ses composantes (nous savons que le sexe chromosomique est immuable)[1135].

212 . Cependant, l'information délivrée se trouve limitée. En effet, elle demeure fonction de l'étendue du consentement de la personne transsexuelle, qui lui-même est borné sur ce que l'équipe pluridisciplinaire ou le professionnel de ville décide de mettre en œuvre comme traitement. Dès lors, l'information sur les alternatives thérapeutiques se trouve limitée par les probables contre-indications médicales aux interventions voire même aux hormonothérapies, comme nous l'explicitait le Docteur BOULON, psychiatre à la SoFECT de Bordeaux[1136]. De plus, le champ des alternatives n'est pas si large puisque si le diagnostic différentiel révèle un cas de transsexualisme, seule l'hormonothérapie et la chirurgie sont efficaces.

213 . Enfin, il faut souligner que l'essor des nouvelles techniques de communication fait parvenir les informations relatives au processus de transition bien avant que la personne décide de se diriger vers un psychiatre, puis une équipe pluridisciplinaire, ou divers

---

[1131] Cass. 28 janvier. 1942, *Parcelier c/ Teyssier, GADS,* 1ère éd., Dalloz, 2016, n°4. Sur les risques graves Civ.1ère , 14 oct. 1997, *Bull. civ.,* I, n°278 ; *GADS,* 1ère éd., Dalloz, 2016, n°7 ; *JCP,* 1997, II, 22942 ; CE Sect., 5 janv. 2000, *Consorts Telle et AP-HP,* req. n°181899 et n°198530 ; Civ. 1ère 19 avril 1988, *Bull. civ.,* n°107 ; CEDH, 2 juin 2009, *Cadarcea c/ Roumanie,* req. n°31675/04, §101. Sur les risques connus : Civ. 1ère, 26 sept. 2012, n°11-22.384 ; Civ. 1ère, 7 juillet 1998, n°96-19.927.
[1132] Civ. 1ère, 3 mars 1998, n°96-11.054.
[1133] Art. L 1111-2 du Code de la santé publique.
[1134] Art. 35 du Code de déontologie médicale ; F., VIALLA, « La faute d'humanisme », *RGDM,* n°17, 2013, p. 61-81.
[1135] Civ. 1ère, 6 fév. 2013, n°12-17.423, *RCA,* 2013, comm. 215, note BLOCH ; *LPA,* 5 juin 2013, n°112, p. 17, note VIALLA.
[1136] Notamment, qu'au-delà de 65 ans la prescription d'hormones féminines est autant soit peu évitée car elle provoque des risques d'accidents vasculaires cérébraux.

professionnels de ville, faisant de l'information délivrée pendant l'entretien individuel une simple formalité dans l'esprit du patient, mais qui demeure une obligation ne déchargeant pas le médecin de son devoir[1137].

214 . Concernant le consentement, même s'il est « *l'élément essentiel* »[1138] du colloque singulier, il n'en demeure pas moins complexe dans son application au transsexualisme. En effet, dans ce cas de figure précis, il ne peut décemment pas être considéré comme un droit du patient mais comme une simple faculté. Nous affirmons également, à titre subsidiaire, que dans la plupart des cas, le consentement se déduit de la démarche même de consultation, devenant ainsi l'instrument de légitimation des interventions stérilisantes.

B . L'instrumentalisation du consentement

215 . L'illusion de consentement laissée par l'équipe disciplinaire ou les professionnels de ville consultés, vient du fait que la décision du patient dépendra uniquement du diagnostic différentiel élaboré par le psychiatre, qui estimera jusqu'où la personne est objectivement et subjectivement capable d'assumer sa transition. C'est donc l'avis de ce dernier qui déterminera si oui ou non le patient est apte à consentir aux soins qui lui seront proposés.

216 . D'autres interrogations entourent le consentement, notamment en ce qui concerne son instrumentalisation pour légitimer les actes stérilisants (castration chimique et chirurgicale) et en faire un fait justificatif des actes de stérilisation, sans s'attarder sur les problèmes éthiques[1139]. Or, le « *droit commun* » des actes de stérilisation n'érige pas le

[1137] CAA Nantes, 31 mars 2011, *CHU de Nantes,* req. n°09NT02420 : Même en cas d'autodiagnostic du patient, les informations que ce dernier peut recueillir sur les risques du traitement ne déchargent pas l'établissement de son devoir d'information.
[1138] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 447.
[1139] Nous attendons toujours à ce jour une position du CCNE à ce sujet.

consentement au rang de fait justificatif si l'acte n'a pas un but purement curatif[1140], sauf à justifier d'une « *nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient* »[1141], ce qui n'est pas le cas pour le transsexualisme. Néanmoins, la stérilisation est inévitable, lorsqu'elle n'est pas contre-indiquée, la chirurgie et l'hormonothérapie sont donc médicalement nécessaires parce qu'elles demeurent le seul moyen d'apaiser les souffrances.

217 . Le caractère libre et éclairé du consentement suscite aussi l'interrogation au regard d'une idée reçue qui consiste à considérer que le consentement aux actes de stérilisations est vicié par contrainte[1142]. En effet, avant la loi dite « *J21* » du 18 novembre 2016[1143], une majorité de tribunaux demandaient que la personne soit opérée afin d'accéder à la modification de son sexe à l'état civil[1144]. Or, la suite logique du processus de transition tient dans le changement d'état civil afin d'assurer la reconnaissance officielle du nouveau sexe, puisque c'est bel et bien son absence de reconnaissance qui est source de souffrance chez les personnes transsexuelles. La conséquence de cette pratique jurisprudentielle fâcheuse est que les personnes se voyaient contraintes aux interventions. D'autant plus que toutes les juridictions n'appliquaient pas ce principe, ce qui a eu pour autre conséquence de créer une discrimination entre des personnes qui se trouvaient dans une situation objectivement identique (réalité du syndrome) mais subjectivement différente (compétence *materiae loci*, et état de santé qui ne permet pas de pouvoir procéder aux interventions). De fait, la nécessité médicale qui pouvait entourer le fait justificatif du consentement à la stérilisation s'efface, puisque le consentement aux actes n'est pas libre, car subissant une contrainte indirecte, or, nul ne peut être contraint à subir une intervention chirurgicale[1145]. L'atteinte au corps des personnes transsexuelles était donc imposée[1146], au même titre que les obligations ou les injonctions de soins[1147]. C'est ce qui a sans doute poussé Mme le Garde des Sceaux, à diffuser une circulaire en 2010[1148] pour guider les juges dans leur appréciation des conditions au

---

[1140] G., MÉMETEAU, « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois bioéthiques », *JCP,* 1995, I, 3838 ; B., PY, *Le sexe et le droit,* PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999, p. 25. V. CE, 29 janvier 1988, *JCP,* 1989, II, 21222 pour une ligature des trompes sans consentement ; Crim. 1er juil. 1937, *S,* 1938, 1, 193, note TORTAT ; *JCP,* 1937, II, 440.

[1141] Civ. 1ère , 11 octobre 1988, *D.,* 1988. IR. 247 ; *Gaz. Pal.,* 1988, 268.

[1142] Mais une autre idée reçue émanant de la doctrine juridique éludait totalement la question car pour ces auteurs, il ne pouvait y avoir de contrainte car le transsexuel aspirait nécessairement à la chirurgie, or, certaines décisions relataient des cas dans lesquels le demandeur ne souhaitait pas procéder aux interventions. Pour la doctrine : Ph. REIGNE, « Changement d'état civil des personnes trans : la double impasse », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

[1143] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF,* n°0269, 19 novembre 2016.

[1144] Civ.1ère ,3 mars 1987, *D*. 1987. 445, note P. JOURDAIN ; Civ. 1ère, 3 mars 1987, n°54.15.691, *Bull.* 1, n°79, p.59 ; Civ. 1ère, 31 mars 1987, *Bull.* 1, n°116, p.87 ; *D*., 1987, 445 ; R., NERSON, obs., *RTD civ.,* 1976.121.

[1145] Civ. 2ème, 19 mars 1997, *RTD Civ,* 1997, p. 632, obs J., HAUSER.

[1146] D., ROMAN, *op. cit.*

[1147] F., VIALLA « Du sexe au genre ? », *JCP G,* 2012, VI, 122.

[1148] Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.

changement de sexe et afin qu'ils cessent de prendre en compte l'absence des interventions chirurgicales pour statuer sur le caractère irréversible des modifications. Il en fallait cependant plus pour que les juges de la Cour de cassation changent leurs habitudes. Il faut en effet rappeler qu'il ne s'agit que d'une circulaire qui ne revêt pas le caractère impératif[1149], même si elle ne vient en interprétation d'aucune autre norme. Et c'est sans doute sous la pression des normes supra nationales dénonçant la stérilisation comme condition au changement de sexe juridique[1150], que le législateur est enfin intervenu avec la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, dite « *J21* » en novembre 2016[1151]. En effet, cette loi intègre notamment dans le Code civil, l'article 61-6 alinéa 3 qui dispose que « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* » de changement de sexe. Peut-on pour autant affirmer que ce garde-fou est une garantie suffisante permettant d'assurer un retour vers un consentement réellement libre ? La demande de changement de sexe s'apprécie à l'aide d'un faisceau d'indices, principalement composé d'éléments relatifs au sexe psychosocial, c'est-à-dire, au genre. Il est cependant facile d'imaginer que ces « *principaux faits* »[1152] ne suffisent pas à emporter la conviction des juges et que les opérations chirurgicales, stérilisantes ou non, deviennent un élément déterminant, sans être principal, pour accéder ou non aux demandes de changement de sexe. Une décision de la Cour d'appel de Montpellier du 15 mars 2017 a pourtant fait prévaloir les preuves de la reconnaissance sociale pour procéder au changement de sexe d'une jeune transsexuelle MtF, les faits médicaux (existence du syndrome et caractère irréversible des modifications) étant des indices subsidiaires[1153].

218 . Cas particulier du transsexuel mineur. Enfin, les développements précédents n'ont court que lorsque la personne est un transsexuel majeur, et il est évident que le syndrome de Benjamin n'immunise pas les sujets mineurs. La difficulté qui gravite autour du transsexualisme chez les mineurs, tient dans le manque de littérature à ce sujet mais également dans l'absence d'un protocole spécifique répondant aux caractéristiques des soins

[1149] M., GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G,* n°25, 716, 1223
[1150] Les principes de Jogjakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, Mars 2007 ; T., HAMMARBERG, *op. cit.*
[1151] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016.
[1152] Art. 61-5 du Code civil.
[1153] CA Montpellier, 15 mars 2017, n°16/02691, P., Le MAIGAT, *Gaz. Pal.,* n°16, 2017 ; F., VIALLA, *D.,* 2017, 816.

sur des personnes mineures[1154]. De fait, la prise en charge des mineurs transsexuels n'est pas homogène, à titre d'exemple, le Docteur BOULON de la SoFECT de Bordeaux réoriente les jeunes demandeurs vers des pédopsychiatres de ville jusqu'à l'aube de leur majorité où elle les accueille pour débuter les entretiens individuels, de sorte que, même s'ils n'ont pas atteint l'âge de 18 ans, ils les auront à la fin de la période de deux ans. Tandis que le Docteur LAFAYE DE MICHAUX, de la SoFECT de Montpellier, accepte toutes les demandes des sujets mineurs[1155], sans pour autant suivre un protocole défini. Deux pratiques différentes au sein d'un même groupe qui a pourtant mis en place une Charte dont une partie traite de la marche à suivre concernant les enfants et adolescents transsexuels[1156]. Contrairement au Docteur Jean CHAMBRY de l'hôpital Robert DEBRÉ qui est en train de mettre au point un protocole spécifique pour les transsexuels mineurs[1157]. Il estime que les conditions liées au degré de maturité du mineur dans le cadre du consentement aux actes médicaux sont nécessairement remplies puisque le simple fait de se poser des questions sur son appartenance ou non au sexe d'assignation serait déjà un signe de maturité[1158]. En attendant que des interventions puissent être menées, avec le consentement des parents, la suspension de la puberté par les traitements bloqueurs constitue une mesure d'attente [1159], ce qui correspond effectivement avec l'objet même de la prise en charge du jeune transsexuel : « *l'accompagner de la façon la plus ouverte dans les représentations de leur orientation identitaire* »[1160].

219 . Information et consentement subissent une mutation lors du processus de transition. Le consentement aux actes de stérilisation intervient bien en amont, dès que la personne prend la décision de débuter sa transition. C'est ce qui explique certainement que le consentement aux actes proprement dits n'est que secondaire et s'apparente à une simple formalité. Néanmoins, tous les transsexuels ne souhaitent pas subir de réassignation chirurgicale, de même que toutes les personnes débutant une transition ne seront pas systématiquement éligibles à ces interventions. Si bien que dans ce second cas, le consentement donné au début de la transition ne pourra pas être transposé au moment où le

[1154] Alors que le DSM-IV-TR et la CIM évoquent les cas des transsexuels mineurs, v. J., DRESCHER, B., WILLIAM, *Treating Transgender children and Adolescents : an interdisciplinary discussion,* Routledge, 2013.
[1155] Elle nous confiait recevoir un mineur de 5 ans.
[1156] *Charte de la So.F.E.C.T.,* Ass. Générale des membres, 7 nov. 2015, p. 11 et s.
[1157] Auparavant, il était psychiatre à la Fondation Vallée, il nous confiait dans un entretien téléphonique du 15 mars 2017, que son départ de la Fondation était en partie dû à la réticence de l'établissement à la mise en place d'un protocole de soin pour les transsexuels mineurs.
[1158] Interview du Docteur Jean CHAMBRY, *Devenir « il » ou « elle »,* France 5, émission du 10 janvier 2017.
[1159] N., GALLUS, « Etat civil et transidentité en droit belge, in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité »
[1160] J., CHAMBRY, *Entretien téléphonique,* 15 mars 2017.

patient sera informé de l'impossibilité pour lui de subir les opérations de réassignation. La prise en charge médicale des personnes transsexuelles comporte des écueils dont l'absence de prise en compte des sujets mineurs[1161]. Sur ce point, la France est en retard sur les pays nordiques comme les Pays-Bas, qui ont démocratisé l'utilisation de bloqueurs de puberté sur les jeunes transsexuels, le temps que leur identité de genre se forge profondément, et surtout, qu'ils puissent eux-mêmes consentir aux traitements hormonaux et aux interventions chirurgicales, à l'instar du projet et de la pratique du Dr. Jean CHAMBRY.

Tel n'est pas le cas pour la prise en charge de l'intersexuation physique, pour laquelle le spectre de la binarité presse l'assignation à la naissance, retirant ainsi à l'enfant le droit d'être informé sur son état et les manières d'y remédier, mais également de pouvoir consentir aux mutilations sexuelles qui peuvent être pratiquées.

II . Information et consentement dans la prise en charge des personnes intersexes : le choix inopportun des acteurs du colloque singulier

220 . Ce sujet fait ressortir une double problématique car les destinataires de l'information et la personne qui consent ne sont pas identiques. En effet, dans la plupart des cas, la personne concernée est un sujet mineur ou un nouveau-né. Face à cette situation de minorité, le droit a mis en place un mécanisme de représentation par les parents, ou les représentants légaux, autour de la notion d'autorité parentale qui vise, entre autres, à protéger le mineur « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* »[1162] (B). Le mineur n'est cependant pas exclu des décisions qui le concernent puisque le troisième alinéa de l'article 371-1 du Code civil dispose que sa volonté doit être prise en compte selon « *son âge et son degré de maturité* » afin que ce dernier puisse être associé à la décision (A). Dans ce cas, on assiste à un glissement dans la délivrance de l'information et par voie de conséquence dans le recueil

[1161] A., ALESSANDRIN, *Mineurs trans : de l'inconvénient de ne pas être pris en compte par les politiques publiques*, L'Harmattan, coll. « Agora débats/jeunesse », 2016, [En ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01326833].
[1162] Art. 371-1 al. 2 du Code civil. V. F., VIALLA, « Relation de soin et minorité », *LPA,* 2015, n°57, p. 4.

du consentement, dont le seul but est d'assurer la protection d'un être dont la vulnérabilité n'est justifiée que par son âge. Mais cet état de vulnérabilité n'en fait pas moins un sujet de droit à part entière[1163] et cette qualité doit être prise en compte par deux moyens. D'une part, par la nécessité de délivrer une information quand cela est possible, c'est-à-dire, en fonction de l'âge et du degré de maturité de l'enfant, et d'autre part, avec la nécessité de l'associer à la décision de ses parents[1164]. Mais ici encore, une nuance doit être apportée, car ces associations dépendent de notions non définies juridiquement que sont le degré de maturité et le discernement.

A . L'acteur secondaire : le mineur

221 . L'article 371-1 al. 3 du Code civil conditionne la délivrance de l'information au mineur en fonction de son âge et de son degré de maturité. Si la notion d'âge ne pose pas de problème pour sa compréhension, son application dans ce cas pourrait rendre perplexe. En effet, la référence à l'âge laisse penser qu'il existerait un âge-plancher, comme en matière pénale, mais transposé à la prise de décisions médicales. Il n'en est rien, du moins de manière générale[1165], puisque qu'il existe des zones d'objectivisation prévues par le Droit, notamment en matière de contraception[1166], d'interruption volontaire de grossesse[1167] ou encore de don d'organe[1168], voire de circoncision[1169]. Hors ces cas, c'est le critère subjectif de la maturité qui va permettre de jauger le degré d'implication de l'enfant dans la décision (1). Degré

[1163] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs,* Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 2ème éd., 2014, p. 79 et 80.
[1164] Art. L1111-4 al. 7 du Code de la santé publique.
[1165] Contrairement à d'autres pays, comme la province de Québec (Art. 14 du Code civil du Québec qui dispose que le mineur de 14 ans peut consentir seul aux soins) et du Manitoba au Canada (Art. 25(9)a) de la loi sur les services à l'enfant et à la famille : 16 ans) ou encore en Angleterre (Section 8(1), *Family Law Reform Act,* 1969). V. P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *Ibid.*, p.742 ; N., GALLUS, *Ibid.*
[1166] Art. L5134-1 du Code de la santé publique.
[1167] Art. L 2212-7 du Code de la santé publique.
[1168] Art. R 1232-6 du Code de la santé publique.
[1169] Ici, c'est la jurisprudence qui a arrêté l'âge de 11 ans. V. CA Lyon, 2ème civ., 25 juill. 2007, *JCP,* 2008, IV, 1028 ; *RTD Civ,* 2008, 99, obs. J., HAUSER.

d'implication qui devrait se manifester par le recueil « *systématique* » de son consentement (2).

1 . L'âge et le degré de maturité : des notions à contenu variable

222 . La maturité, du latin « *maturare* » (mûrir) désigne le stade optimal d'un état[1170]. L'Académie nationale de médecine la définit comme la « *phase de la vie où un individu adulte a atteint généralement le sommet de ses ressources intérieures et sociales* »[1171], tandis que l'Académie française parle d'un « *état de développement complet des forces physiques et intellectuelles* […], *fermeté, autorité dans le jugement, auquel on parvient avec l'âge et l'expérience* »[1172]. Si l'Académie de médecine semble limiter la maturité à « *l'adulte dans la force de l'âge* »[1173], nous retiendrons l'appréciation qu'en font les immortels pour en retirer son « *caractère éminemment subjectif* » [1174]. Dès lors, la notion de « *mineur mature* »[1175] est fonction du niveau d'intelligence et de compréhension de l'enfant qui vont lui permettre de consentir en deçà de l'âge requis, c'est-à-dire lorsque ce dernier est capable de comprendre « *ce qui est bien pour lui et d'exprimer des désirs raisonnables* »[1176].

223 . À côté de la maturité dont il est question dans le Code civil et la Convention internationale des droits de l'enfant (la C.I.D.E.), son homologue en santé publique préfère parler de discernement[1177], sans pour autant le définir. De manière générale, le discernement désigne la faculté de juger sainement, d'apprécier avec netteté et justesse[1178], il s'agit de « *la possibilité pour le mineur d'élaborer une stratégie d'action ou de représentation* »[1179] qui consiste en une « *opération déductive* [dont le but est de] *prévoir ce qui se passe lorsque*

[1170] F., VIALLA, « Relation de soin et minorité », *LPA,* n°57, p. 4.
[1171] [En ligne :] http://dictionnaire.academie-medecine.fr.
[1172] [En ligne :] http://atilf.atilf.fr.
[1173] F., VIALLA, *Ibid.*
[1174] L., CLUZEL-MÉTÉYER, « Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS,* 2012, p. 442.
[1175] *Lords' Chamber,* [1985] 3, All ER 402, *Gillick v/ West Norfolk ans Wisbech Area Jealth Authority.*
[1176] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.724.
[1177] Art. L 1111-2 al. 5 du Code de la santé publique ; Art. 12 de la C.I.D.E.
[1178] [En ligne :] http://atilf.atilf.fr.
[1179] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.86.

telles conditions sont données »[1180]. En d'autres termes, le discernement est une notion purement subjective, laissée à l'appréciation souveraine du médecin, qui, pour le déterminer aura nécessairement recours à un faisceau d'indices tels que la volonté consciente[1181] ou encore le développement intellectuel de l'enfant[1182]. Le Code civil suisse pose une définition négative du discernement qui touche « *toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison* [notamment] *de son jeune âge* »[1183], et l'article 19 du même Code de préciser que, pour toute personne, le consentement doit rester autonome dès qu'il est question d'exercer des droits strictement personnels, comme ceux qui concernent le corps humain par exemple. Il serait judicieux de s'en inspirer.

224 . En dépit de l'absence de leur définition et de leur caractère éminemment subjectif, ce sont les notions de discernement et de maturité qui vont permettre au mineur d'accéder, non pas à la prise de décision, mais au statut d'associé non majoritaire dans la relation entre son médecin et ses parents. Il est possible de déplorer l'inexistence d'une limite d'âge légale pour les décisions médicales[1184], cependant, ce système de subjectivisation va permettre au médecin et aux parents de procéder à une appréciation *in concreto* des indices relatifs à la maturité et au discernement de l'enfant, offrant ainsi une approche plus souple et, il faut l'espérer, plus proche de la réalité[1185].

225 . Une fois discernement et maturité révélés lors de l'information du jeune intersexe, le consentement de ce dernier doit être « *systématiquement recherché* »[1186] selon ses aptitudes pour comprendre l'enjeu de l'acte en question, c'est-à-dire, en fonction des capacités qui auront été découvertes lors de la phase d'information. Néanmoins, l'emploi du mot consentement dans cette disposition peut paraître inapproprié lorsque l'on sait que le mécanisme de l'autorité parentale donne le dernier mot aux parents, et que rien ne garantit que l'avis de l'enfant sera effectivement pris en compte.

[1180] J., PIAGET, *Le jugement et le raisonnement chez l'enfant,* Delachaux et Niestle, 8ème éd., 1993, p. 78.
[1181] CA Paris, 19 février 1945, *Gaz. Pal.,* 1945, II, p. 226.
[1182] Crim. 13 déc. 1956, *D.,* 1957, 349, note PATIN. V. P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.87.
[1183] Art. 16 du Code civil suisse.
[1184] L., BRUNET, « Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personnes intersexes », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 64, 2016, p. 261.
[1185] J.-L., VIAUX, « L'enfant et l'infraction », *in Colloque, Les enfants de 7 à 13 ans en justice,* Septièmes entretiens juridiques annuels de l'ANPASE, Paris, 15, 16 et 17 mars 1994 ; *Contra :* G., CORNU, « L'âge civil », *in Mélanges en l'honneur de P., ROUBIER,* Dalloz, 1961, t. II, p. 18.
[1186] Art. L 1111-4 al. 7 Code de la santé publique.

2 . L'ambivalence de la recherche systématique du consentement du mineur

226 . Si le consentement se définit comme la « *manifestation de volonté par laquelle une personne s'engage dans un acte juridique* »[1187], il est évident qu'il n'en est pas réellement question, et que l'article L 1111-4 al. 7 du Code de la santé publique parle plutôt d'un assentiment à l'acte, entendu comme le fait de se tenir en bonne disposition pour subir l'acte imposé[1188]. Mais il est possible d'inverser cette tendance selon l'acception de l'adverbe « *systématiquement* » utilisé dans ces dispositions. En effet, deux interprétations nous semblent possibles selon que l'on rattache ce mot à l'acte médical ou au mineur.

D'abord, systématiquement peut s'apprécier au moment de la prise de décision, de sorte que dès qu'une information et un consentement doivent être donnés, ils seront inéluctablement recherchés et donc aléatoirement trouvés. Dans cette optique, systématiquement renvoie « *à l'idée d'une recherche méthodique, inéluctable, automatiqu*e »[1189] au moment où l'acte doit être posé. Alors que la seconde appréciation, se fonde sur l'auteur du consentement (et donc destinataire de l'information) et impose que les actes médicaux dont il est question ne relèvent pas de l'urgence médicale. Ici, il s'agit de différer l'information et le consentement jusqu'au moment où l'enfant devient apte à consentir, cela va impliquer, nécessairement une réitération des visites individuelles[1190] pour que soit délivrée l'information. Or, les dispositions relatives à cette première phase de la relation médicale n'imposent pas que l'information soit systématiquement délivrée, mais puisqu'elle est condition de la validité du consentement, un parallélisme des formes de recueil du consentement et de délivrance de l'information devra nécessairement être observé.

227 . Quelle que soit l'interprétation choisie, l'aptitude au discernement demandée sera jugée au cas par cas par les médecins et les parents, mais l'absence de critères légalement déterminés va doubler le poids de la subjectivité dans cette action. Car les juges de la maturité et du discernement ont leur propre approche de ces notions, leurs propres indices et leurs

---

[1187] R., CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2016,* 7ème éd., LexisNexis, 2015, p. 136.
[1188] V. P., VÉRON, *La décision médicale,* Thèse, Faculté de droit de Montpellier, 2015 ; B., MATHIEU, *La bioéthique,* Dalloz, coll. « Connaissances du Droit », 2009.
[1189] F., VIALLA, *op. cit*.
[1190] Qui sont en fait collectives puisque les parents y seront présents.

propres critères, ce qui ne permet pas de créer un site sécurisé pour les mineurs intersexes. Ne peut-on pas trouver d'autres critères qui puissent être appréciés de manière moins subjective ?
Il faut se référer aux dispositions du Code civil relatives à l'exercice de l'autorité parentale, notamment à l'article 372-2, qui dispose que l'accord des deux parents n'est pas requis pour les actes usuels[1191] en opposition aux actes graves pour lesquels l'accord des deux parents est nécessaire. Si les actes usuels sont ceux qui relèvent d'un usage courant[1192], il est évident que les actes médicaux qui intéressent la prise en charge des enfants intersexes ne le sont pas. En partie, eu égard au nombre de personnes concernées, mais également des opérations qui peuvent s'avérer irréversibles. Dans le cadre de cette dichotomie, c'est une approche objective[1193] qu'il convient d'opérer en fonction des atteintes portées par l'acte. C'est ainsi que la jurisprudence s'est prononcée en affirmant que la circoncision rituelle n'était pas un acte usuel puisqu'il portait atteinte à l'intégrité physique de l'enfant[1194]. Un parallèle peut être fait entre le choix du sexe et le choix de la religion par les parents[1195] à titre d'ultime illustration seulement, car la religion peut être désavouée par la simple volonté, révélatrice de l'autodétermination de la personne, sans autre intervention extérieure, si ce n'est la grâce divine[1196], tandis qu'aller à l'encontre du sexe choisi nécessite le recours aux médecins.
En pratique cependant, l'équipe du C.H.R.U. de Lille recueille systématiquement l'avis de l'enfant dès que ce dernier peut « *s'exprimer* », c'est-à-dire, dès qu'il a des réactions en fonction de son environnement (aux environs de 6 ou 7 mois). Ainsi s'il réagit mal à une hospitalisation, elle sera écourtée et vaudra motif médical d'interruption des traitements en établissement. Lorsque l'enfant est plus âgé, son avis devient de plus en plus prépondérant et s'il démontre des réactions hostiles à un traitement, l'équipe statue en défaveur du traitement ou de la chirurgie[1197].

228 . La voix du mineur semble avoir une place dans le dispositif juridique, mais son application suscite bon nombre d'interrogations, tant les conditions de délivrance de l'information et de recueil du consentement sont soumises à interprétation. De plus, les

[1191] Sur la notion d'actes usuels v. A., KIMMEL-ALCOVER, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS,* 2005, p. 268.
[1192] [En ligne :] http://larousse.fr.
[1193] Bien que la doctrine affirme que le Conseil d'État a récemment procédé à une analyse *in concreto* pour la prescription d'antidépresseurs chez une jeune mineure, nous ne nous permettrons pas d'en être aussi certain puisqu'il est avéré que la prise d'antidépresseurs peut générer une accoutumance, d'autant si elle intervient tôt. V. CE, 7 mai 2014, n°359076, inédit ; *JCP G,* 2014, n°38, doctr. ; *Méd. Et Dr.,* 2014, éditorial, p. 81-82 ; *AJ Fam,* 2014, p. 451, F., VIALLA, *RDS,* 2014, n°63.
[1194] CA Paris, 20 sept. 2000, *D.,* 2000, 1585, note DUVERT ; CA Lyon, 25 juillet 2007, Juris-Data, n°2007-346158, *JCP G*, 2008, IV, 1028 ; CA Paris, 29 septembre 2000, *D.,* 2001, p. 1585, obs., C., DUVERT.
[1195] Comp. J., PICQUART, *op. cit*, p. 190.
[1196] Ph., REIGNÉ, *op. cit*.
[1197] Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017

circonstances font que, même si une recherche scrupuleuse du consentement est entamée, elle ne saurait aboutir, eu égard au très jeune âge d'un certain nombre de sujets concernés. Dans ce cas, ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui prendront une décision immédiate, alors qu'aucune urgence ne semble la justifier.

B . Les acteurs principaux : les parents ou représentants légaux

229 . De plus en plus, les équipes pluridisciplinaires prenant en charge les nouveau-nés intersexes proposent aux parents de patienter pour assigner sexuellement leur enfant. Cette option leur paraissant souvent inacceptable, ils se dirigent vers la voie de l'assignation, et donc consentent aux mutilations génitales[1198]. Mais des doutes peuvent émerger quant à la validité du consentement et de l'information délivrée en amont au regard de leurs critères. En effet, les pressions mutuelles subies par les médecins et par les parents permettent de douter de la loyauté et de la clarté de l'information qui sera délivrée puis comprise, et par voie de conséquence, le consentement en sera affecté (1). De plus, le forçage de ces règles de droit entre en totale contradiction avec les principes déontologiques généraux et spéciaux (2).

[1198] Le Professeur Nicolas KALFA a pu remarquer que certains parents refusent le non choix, c'est-à-dire la possibilité de ne pas assigner. Il relate, notamment, un rendez-vous au cours duquel les parents avaient demandé que sur le courrier soit effacée la possibilité de ne pas assigner de peur du regard de la société sur eux ainsi que sur leur enfant.

1 . Des conditions de délivrance de l'information et de recueil du consentement douteuses

230 . Premièrement, le critère de loyauté de l'information comporte un caractère ambivalent certain selon que l'information est délivrée par une équipe à tendance humaniste ou « *pro assignation* », mais aussi, selon que l'état d'intersexuation est susceptible de causer ou non des risques sur la santé de l'enfant. Ainsi, dans cette hypothèse, l'information sera effectivement loyale si l'opération ou l'hormono-substitution sont médicalement nécessaires. En revanche, en dehors de ce cas de figure, les pratiques montpelliéraines et helvétiques[1199] démontrent que les assignations hormono-chirurgicales ne sont pas nécessaires. Toujours au regard de la loyauté, il convient de remarquer que le Comité consultatif national d'éthique (le C.C.N.E.) encourage la pratique de certains médecins à garder secret l'état d'intersexuation au patient et aux parents de peur des « *perturbations psychologiques graves* » qu'une telle annonce est susceptible d'engendrer[1200]. Cette pratique n'a plus court aujourd'hui, tout simplement parce que le Code de déontologie médicale, qui l'autorisait auparavant, l'a exclu des dispositions de son article 35[1201] depuis le décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale[1202]. Néanmoins, les patients qui n'ont pas pu bénéficier de cette disposition se retrouvent face à un véritable vide médical leur concernant, allant de l'*omerta* familiale en passant par perte fortuite du dossier médical[1203], et pourraient même prendre connaissance de leur état à la suite d'une succession d'échec de procréations médicalement assistées.

[1199] Entre autres.

[1200] Avis n°30 du 27 janvier 1992, *Questions éthiques posées par l'obligation de tests génétiques pour les concurrentes des jeux d'Albertville*, C.C.N.E. Ainsi, les médecins n'indiquaient au patient et à sa famille la possibilité d'une stérilité et la simple apparition de menstruations sur un sujet déclaré mâle, ce qui avait, *a priori,* tendance à éviter les risques de perturbations psychologique. Nous ironisons. V. J., LEPRAT, « Le pseudo-hermaphrodisme masculin », *La revue du praticien,* 1961, tome XI, n°7, p.705 ; P., PEDROT, « À propos de la santé de l'enfant. Les lois du 4 mars 2002 : convergence ou divergence ? », *in Le droit et les droits de l'enfant,* L'Harmattan, coll. « champs libres », 2007, p.142.

[1201] Dont l'alinéa 2 disposait que « sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination ».

[1202] Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, *JORF*, n°0108, 8 mai 2012 p. 8479.

[1203] E., SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective,* Conseil de l'Europe, nov. 2013, p. 34 ; A., KOLBE, *Intersexualität, Zweigesclechtlichkeit und Verfassungsrecht. Eine interdisziplinäre Untersuchung,* Nomos, 2010, p. 136-137 ; Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.

231 . Deuxièmement, l'information doit être claire et appropriée et ces caractères ne devraient pas poser de problèmes dès lors que cette information est délivrée au mineur pour lequel une investigation sur sa maturité et son discernement aurait été diligentée. La réciproque n'est pas évidente lorsqu'il est question de s'adresser à des parents venant d'apprendre l'ambiguïté de leur enfant, qui n'ont pas été préparés à cette éventualité et qui pensent devoir assigner coûte que coûte leur enfant. Ajouté à cela le discours médical souvent incompréhensible qui peut leur être donné[1204], nous pouvons douter que ces derniers caractères soient à chaque fois remplis, de sorte que les médecins deviennent à dessein ou malgré eux, les véritables décisionnaires[1205].

232 . Cependant, ces doutes révélés sur l'information n'empêchent pas le consentement. Et lorsque nous parlons de consentement, il faut comprendre qu'il s'agit de celui des parents, puisque seul l'assentiment de l'enfant peut être requis, et que les parents n'y sont pas tenus[1206]. Cette seule constatation permet d'affirmer d'emblée que le consentement ne peut être éclairé dès lors que l'avis du principal intéressé est écarté. De plus, même si la faculté du médecin de ne pas informer son patient s'est éteinte en 2012, la prescription décennale suspendue pendant la minorité de l'enfant[1207] pourra quand même s'appliquer dès que le dommage lié à son assignation forcée sera consolidé[1208].

233 . Quant au critère de liberté du consentement, il semble qu'il fasse également défaut, d'une part parce que les options proposées aux parents ne font pas toujours état du choix de ne pas assigner et d'autre part, le choix de l'assignation peut apparaître comme résultant d'une double contrainte, à la fois médicale mais aussi sociale. Médicale, car certains médecins n'hésitent pas à parler d'urgence médicale pour précipiter le consentement des parents. Or, dans ces circonstances l'« *urgence médicale est synonyme d'urgence morale* »[1209] qui rend les parents « *psychologiquement extrêmement fragilisés* »[1210], vulnérables, et donc

---

[1204] J., PICQUART, *op. cit.*, p. 147.

[1205] L., BRUNET, compte rendu du 25 mai 2016 *in* M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p. 82 ; D., BORILLO, *Ibid.*, p. 268.

[1206] F., TERRÉ, D., FENOUILLET, *Les personnes, les incapacités, la famille,* 7ème éd., Dalloz, 2005, n°996.

[1207] Art. 2235 du Code civil.

[1208] L 1142-28 du Code de la santé publique.

[1209] J., PICQUART, *op. cit.*; Ou d'« urgence néonatale », S., CABROL, G., AUDRY, *Ibid.* ; L., BRUNET, compte rendu du 25 mai 2016 *in* M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p. 82, qui va même jusqu'à affirmer que les véritables décisionnaires sont les médecins.

[1210] J., PICQUART, *op. cit.*, p. 146-147.

incapables de consentir librement. La pression est également sociale, et juridique[1211] puisque ces deux entités ne connaissent que le binaire et ne sont pas adaptées pour l'accueil d'individus mixtes[1212]. Par ailleurs, que ces derniers aient été assignés ou non, rien n'assure que les inquiétudes des parents seront calmées par une assignation[1213].

2 . La contradiction des normes légales et déontologiques

234 . En définitive, nous pouvons remarquer que le processus normal de l'information et du consentement à l'acte médical est totalement biaisé. En effet, « *les droits parentaux* [cèdent] *le pas aux droits de l'enfant de prendre ses propres décisions dès qu'il développ*[e] *un degré de compréhension et d'intelligence lui permettant de se forger sa propre opinion sur la décision en question* »[1214]. Or, nous ne pouvons que soulever le caractère pléonastique de cette citation car comment les droits parentaux cèdent le pas aux droits de l'enfant de prendre ses propres décisions alors qu'il ne s'agit pas de prendre *stricto sensu* la décision médicale mais de « *forger sa propre opinion* » ? La consultation de l'enfant ici ne s'effectue que dans un but de préparation à l'acte et d'adhésion à ce dernier[1215]. Seulement, les dispositions de l'alinéa 3 de l'article R 4127-42 du Code de la santé publique, ou de l'article 42 du Code de déontologie médicale, précisent qu'à partir du moment où l'intéressé donne son avis, il doit être suivi par le médecin dans la mesure du possible, c'est-à-dire, lorsque l'absence d'assignation ne fait courir aucun risque sur la santé de l'enfant. Cet avis peut aller dans le

[1211] *Rapport n°441 d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions,* Sénat, le 23 février 2017, p. 34.
[1212] B., MORON-PUECH, *Ibid.*, p. 32 ; M. PICHARD souligne parfaitement cette idée de regard et de cruauté sociale lorsqu'il affirme que « le collège c'est l'enfer du genre » à l'occasion de l'intervention de N., GALLUS, « Etat civil et transidentité en droit belge, in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».
[1213] J., FRADER, « A pediatric view », *Narrative Inq. Bioeth.,* 2015 ;5(2) :139-42.
[1214] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op.cit.*, p.732.
[1215] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.729-730.

sens des parents mais peut également se manifester par le refus des soins projetés[1216], qui ne saurait constituer un véritable frein à l'acte médical puisque le mineur n'est pas le décideur[1217]. Néanmoins, agir à l'encontre de l'avis du mineur pourrait être taxé de faute déontologique, puisque le médecin qui pratique un acte sur une personne « *discernante* »[1218] s'y opposant porte atteinte à sa dignité et à sa vie privée, notions qui englobent l'intégrité physique[1219].

235 . Reste enfin l'option de l'article L 1111-5 du Code de la santé publique qui donne la possibilité à l'enfant de garder le secret sur sa situation de santé et lorsqu'il s'agit de prendre des mesures pour le préserver. Même si depuis 2016 le remboursement des actes médicaux entrant dans cette catégorie est gardé secret aux parents[1220], ces derniers s'inquièteront du changement ou du non changement physique de leur enfant et iront consulter, peut-être, d'eux-mêmes un médecin. Cependant, cette disposition sert avant tout à sauvegarder la santé de l'enfant, but qui nous semble légitime dès qu'il est possible de supposer qu'à la connaissance de l'ambiguïté les parents pourraient vouloir opérer.

236 . Il semblerait que le seul moyen de conjuguer ces normes légales et déontologiques est de réellement prendre en compte l'avis du mineur discernant et qu'en cas de divergence entre cet avis et le choix des parents, il soit procédé au report de la décision. Sans cela une atteinte au droit de la vie privée et de toutes ses composantes est caractérisée, sans qu'une protection efficace ne puisse être mise en place pour différentes raisons pratiques. Tout d'abord, il faudrait savoir contre qui protéger l'enfant. Le médecin, qui ne fait que proposer et qui se soumet au choix des parents, mais qui a également la possibilité de se retirer[1221] afin de remplir sa mission de défenseur des intérêts de l'enfant[1222] ? Ou bien, les parents qui pourraient se voir retirer l'autorité parentale pour avoir commis un acte de torture ou de barbarie envers leur enfant ?[1223] Ou qui pourraient se voir dénoncer par une personne soumise au secret médical mais à qui l'article 226-14 1° du Code pénal offre une possibilité de briser ce secret ?[1224] Se pose également, la question du juge compétent[1225] qui oscille entre

---

[1216] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 79 et 80.
[1217] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p. 732.
[1218] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.733.
[1219] CEDH, *X et Y c/ Pays-Bas,* 26 mars 1985 ; *MC c/ Bulgarie,* 4 déc. 2003.
[1220] Le secret des remboursements instauré par la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016 ne concerne que les actes relatifs à la grossesse ou au dépistage et traitement des infections sexuellement transmissibles.
[1221] Art. 47 du Code de déontologie médicale : Clause de conscience.
[1222] Art. R 4127-43 du Code de la santé publique.
[1223] Sur le retrait de l'autorité parentale : Art. 378 du Code civil. Sur l'incrimination de torture et d'actes de barbarie : Art. 222-1 et s.
[1224] Art. 226-14 1° du Code pénal : « *L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes «ou mutilations» sexuelles, dont il a eu*

le juge aux affaires familiales et le juge des enfants, limité par la prise de mesures d'assistance éducatives si la santé de l'enfant est en danger, mais qui ne peut s'immiscer dans la prise de décision sur l'autorisation ou la non intervention[1226]. Ce pourrait être, par ailleurs, le juge administratif dans le cadre d'un référé-liberté à l'encontre de l'établissement de santé prenant alors la forme de préposé des donneurs d'ordre que sont les parents[1227]. Enfin, la question du fondement juridique est à évacuer, car bien entendu, toutes les incriminations pénales qui ont trait aux violences, tortures et actes de barbarie pourront être invoquées. Cependant, le fondement issu du droit au respect de la vie privée, qui comporte l'intégrité physique, paraît utopique, puisqu'il s'agit de penser que l'autorité parentale puisse être stoppée par l'invocation de ce droit par le mineur[1228].

---

connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ».

[1225] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.439 – 440.

[1226] Art. 375 al.1 du Code civil.

[1227] Art. L 521-2 du Code de justice administrative.

[1228] Il existerait par ailleurs un conflit entre la protection de la vie privée assurée par l'article 8 de la C.E.D.H. et par l'article 16 de la C.I.D.E., puisque selon C., NEIRINCK, la notion de vie privée ne bénéficie pas d'un contenu différent selon que la personne concernée est mineure ou majeure, v. *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies,* Delmas, coll. « Encyclopédie Delmas », 1993, n°284.

CONCLUSION DU
CHAPITRE PREMIER

237 . La médecine a répondu dans la précipitation à une demande particulière de soins concernant le sexe, qui lui-même a la particularité d'être un élément incontestable du corps humain trouvant également écho en Droit *via* son inscription sur les actes de l'état civil.
Néanmoins, les motivations des personnes transsexuelles et intersexes ne sont pas les mêmes et n'évoluent pas de la même manière. D'un côté, les transsexuels manifestent leur volonté incompressible de faire reconnaître leur véritable sexe au Monde, de l'autre les personnes à la sexuation ambiguë ont subi la contrainte sociale qui a poussé leurs parents à vouloir qu'ils rentrent dans le moule. S'y ajoute un sentiment d'impuissance qui rend ces personnes, malgré leur assignation, incapables de s'identifier à la catégorie binaire dont ils relèvent. Dans les deux cas, il est question de normalisation, vécue de manière distincte : elle est subjective pour les transsexuels qui souhaitent recouvrir leur propre normalité dans le sexe opposé, et objective pour les intersexes qui se voient imposer une normalité reconnue par le plus grand nombre. Mais cette normalisation touche un sujet sensible en droit français et européen : la protection du corps humain, devenue une préoccupation majeure en raison, d'une part, des atteintes subies notamment pendant la Seconde Guerre Mondiale et les évolutions biotechnologiques[1229], et d'autre part, en raison de la nature complexe du lien entre la personne et son corps[1230]. Plusieurs doctrines et plusieurs théories se sont intéressées à ce lien[1231] et il semblerait que la théorie la plus appropriée aujourd'hui lorsqu'il s'agit des liens d'interdépendance entre la personne et son corps, soit la thèse dite réaliste[1232] selon laquelle l'homme dispose d'un droit réel sur le corps dont il est propriétaire. Mais ce corps a quand même une spécificité, c'est qu'il est maintenu hors du commerce[1233]. Cette approche à mi-

[1229] J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, p. 18.
[1230] J., ROCHFELD, *Ibid.*, p.19.
[1231] J., ROCHFELD, *op. cit.*, p.20 et s.
[1232] R., LIBCHABER, « Le recodification du droit des biens », *in, Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire,* Dalloz-Litec, 2004, p. 343 ; J.-P., BAUD, *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps,* Paris, Éd. du Seuil, Coll. « Des Travaux », 1993, p. 77 et s. ; I., MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique,* LGDJ, 1997.
[1233] Pour les autres théories (réaliste et « hybride ») v. S., PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps,* LEH, 1999, p.12 ; J., CARBONNIER, *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille,* PUF, Quadrige, 2004, §196, p. 382 ; G., CORNU, *Les personnes,* 13ème éd., Montchrestien, 2007, n°15, p. 29.

chemin entre la thèse réaliste et la thèse « *hybride* »[1234] ou libérale n'est pourtant pas suffisante pour assurer à la personne une protection optimale de son intégrité corporelle. C'est pourquoi il était nécessaire d'établir des règles supplémentaires et d'ériger l'information et le consentement aux actes médicaux au rang de principes fondamentaux du colloque singulier. Cependant, la particularité des actes d'assignation et de réassignation sexuelle est telle que ces principes n'ont pas vocation à s'appliquer de façon cohérente, soit parce qu'il n'existe aucun consensus sur la manière de faire, soit que l'information délivrée n'est pas appropriée et vient biaiser le recueil du consentement. Ce qui permet d'affirmer qu'il existe un droit de propriété de l'homme sur son corps[1235] qui subit des restrictions, comme il en existe pour le droit de propriété sur les biens[1236]. Mais l'état civil doit-il reconnaître et prendre en compte ce droit ?

238 . Après leur transition, les transsexuels « *demandent* […] *au juge de parfaire, au plan social, l'œuvre corporelle obtenue du médecin* »[1237] et il apparaitrait alors incohérent de ne pas faire correspondre l'état civil à l'apparence de la personne[1238]. Du côté des personnes intersexes, le droit de propriété sur le corps ne s'analyse pas comme une faculté d'action sur ce dernier, mais comme la faculté de ne rien faire, faculté qui leur est généralement retirée par l'exercice des droits parentaux.

239 . En définitive, on constate une évolution à deux vitesses dans la prise en charge des états d'intersexuation. D'une part, pour l'intersexuation psychique, la question de sa pathologisation ne se pose plus et les problématiques liées au consentement pourraient être réglées avec la nouvelle loi[1239]. Alors que pour l'intersexuation physique, d'autre part, tout reste à faire, ou du moins, il suffirait de faire preuve de patience pour les assignations, d'autant plus que le taux d'erreur d'assignation oscille entre 8,5% et 40% en fonction du type d'intersexuation[1240]. Ce qui rend plus compréhensive l'injonction faite de ne pas céder aux pressions médicales et sociétales qui pèsent sur les épaules des parents, à la suite de l'annonce

---

[1234] Nos mots.

[1235] B., LEMENNICIER, « Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi ?, *Droits,* 13, 1991, pp. 111-122 ; M., LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH,* 1999, n°39, p.671.

[1236] À titre d'exemple : Art. 544 du Code civil sur les usages prohibés par les lois et les règlements ; Les dispositions du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Arts. L126-1 et s. du Code de l'urbanisme sur les servitudes d'utilité publique.

[1237] J., PENNEAU, note sous CA Paris, 1ère ch. sect. C, 24 février 1978, *JCP,* II, 1979, 19202.

[1238] *SIREY,* 1974, JP, 196, cocl. GRANJON sous CA Paris, 18 janvier 1974, p. 197.

[1239] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF*, n°0269 du 19 novembre 2016.

[1240] A., TAMAR-MATTIS, *Report to the UN special rapportuer on torture : Medical treatment of people with intersex conditions as torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment,* 2012, [En ligne : http://aiclegal.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/10/AIC-Testimone-to-the-United-Nations-to-special-rapporteur-ontorture_December2012.pdf ?utm_source=Intersex+Awareness+Day+2013&utm_campaign=fa26effb2e&utm_medium=email&utm_term=0_11149b9b66-fa26effb2e-418576929].

de l'ambiguïté qui peut être perçue comme un véritable « *tsunami familial* »[1241]. Car en effet, il ne faut pas l'oublier, « *le mineur demeure la seule personne impliquée* »[1242], lui seul ressentira directement les conséquences des actes de ses parents. Mais la pratique actuelle place les droits du mineur au rang de droits subsidiaires à ceux de ses parents[1243], de sorte que le discernement et la maturité dont il doit faire preuve pour l'exercice de ces droits ne fait que réduire sa sphère de volonté à une simple « *autonomie participative* »[1244].

240 . Enfin, les problématiques liées à la reconnaissance de ces états d'intersexuation ne se situent pas non plus aux mêmes stades. En effet, là où la personne qui a subi un changement de sexe souhaite que le Droit la reconnaisse comme appartenant à ce nouveau sexe, l'intersexe se situe plus en amont dans le processus de détermination puisqu'il conteste l'organisation binaire et excluante de l'état civil. Ces deux revendications n'ont pas été prises en compte de manière homogène en droit interne, qui a longtemps résisté pour récemment céder face aux requêtes des personnes transsexuelles, mais résistant encore en maintenant un système binaire inapproprié pour les corps mixtes.

[1241] V., GUILLOT, « L'intersexuation, une urgence médicale ? Enjeux d'une annonce positive aux parents. Support du workshop pour sages-femmes/accoucheurs et pédagogues curatifs », *Congrès « La normativité de genre et ses effets sur l'enfance et l'adolescence »,* Organisé par l'Université du Luxembourg et Transgender Luxembourg, 2012.
[1242] F., VIALLA, *op. cit.*, p. 4.
[1243] A., LAUDE, B., MATHIEU, D., TABUTEAU, *Droit de la santé,* Thémis Droit, PUF, 3ème éd., §332 ; G., MÉMETEAU, *Cours de droit médical,* LEH, 2011, 4ème éd., §474 et s.
[1244] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.731.

CHAPITRE SECOND :
LA RELATIVE RÉSISTANCE DU DROIT FACE AUX DEMANDES CONCERNANT LE SEXE

240 . La relativité de la résistance dont il sera question tient dans le fait que les difficultés ne sont – n'étaient – pas les mêmes concernant les transsexuels et les intersexes. Pour ces derniers, la question même du changement de sexe ne se pose pas, puisqu'il ne s'agit pas d'un véritable changement mais d'une simple rectification de l'acte de naissance pour erreur, comme le prévoit l'article 99 du Code civil. Néanmoins, la problématique de l'intersexuation physique n'est pas simple, et parfois, il arrive que les options proposées en cas de changement ne reflètent pas le sentiment d'identité de genre de la personne qui pourrait ne se sentir, ni homme, ni femme. Mais puisque l'assignation est obligatoire, il faudra choisir. Dès lors, l'état civil n'est plus le lieu de la vérité sur l'état des personnes, mais un lieu de fiction imposé par des impératifs juridiques à la légitimité douteuse (SECTION PREMIÈRE).
En revanche, pour les transsexuels, le changement d'état civil vient compléter et achever le processus de transition, après les remodelages corporels qui ont contribués à réduire un conflit identitaire[1245].
Les demandes devant les tribunaux se sont donc multipliées, mais l'absence de loi fut créatrice d'insécurité juridique, car même si des critères jurisprudentiels avaient été mis en place, ces derniers n'étaient pas appliqués de manière uniforme. Aujourd'hui, et à l'instar de bien d'autres pays[1246], la France s'est dotée de nouvelles dispositions dans le Code civil relatives aux conditions légales de changement de sexe à l'état civil (SECTION SECONDE).

[1245] S. SENGENES, « D'un genre à l'autre », *Terrain,* [En ligne : http ://terrain.revue.org/1748 ;Dol :10.4000/terrain.1748].
[1246] Loi suédoise du 21 avril 1972, loi allemande du 10 septembre 1980, loi des Pays-Bas du 24 avril 1985, loi italienne du 14 avril 1982, loi de Grande Bretagne de 2004, loi espagnole du 15 mars 2007 et loi belge du 10 mai 2007.

SECTION PREMIÈRE : DES CONDITIONS D'ASSIGNATION RÉVÉLATRICES DE FICTIONS

« *En droit, l'hermaphrodite n'existe pas* »[1247].

241 . « *En l'état actuel de la science, le sexe se définit à l'aide de plusieurs éléments : caryotype, physiologie, apparence, sexe cérébral, comportement. Il faut tenir compte de chacun de ces éléments pour rattacher une personne à l'un des deux sexes* »[1248]. Cette proposition, aussi claire qu'elle puisse être, est cependant révélatrice d'un paradoxe. En effet, s'il est nécessaire de prendre en compte toutes les composantes du sexe pour assigner, et si l'assignation doit avoir lieu dans les cinq jours qui suivent la naissance, comment déterminer le sexe comportemental, c'est-à-dire, le genre d'un individu qui n'a à peine une semaine d'existence ? Ou alors, conviendrait-il de ne retenir qu'une majorité de concordance entre ces éléments pour assigner, et cette majorité correspondrait nécessairement aux composantes objectives, qui n'auront peu ou prou pas vocation à évoluer. Or, l'essor des corolaires du droit au respect de la vie privée, et surtout celui du droit à la construction et à la reconnaissance de son identité personnelle, deviennent incompatibles avec une conception aussi restreinte des composantes du sexe d'une part, et des choix sexués possibles, d'autre part. D'abord, les délais de déclaration ne permettent pas qu'une assignation raisonnable puisse être faite, les cinq jours requis ont pour effet principal de presser les parents à prendre des décisions mutilantes à l'égard de leur enfant (II).

Enfin, des décisions du Tribunal de Grande Instance de Tours, de la Cour d'appel d'Orléans et de la Cour de cassation, largement commentées[1249]n ont mis au jour la problématique d'une

[1247] R., NERSON et J., RUBELLIN-DEVICHI, *RTD civ.,* 1982, p.841.

[1248] TGI Nanterre, 21 avril 1983.

[1249] TGI Tours, 25 aout 2016, juris-data n°2015-022399, F., VIALLA, « Hic, Haec, Hoc ? », *RDS,* n°69, 2015, p. 90-92 ; *D.,* 2015, 2295 ; CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281, E., MARTINEZ et F., VIALLA, « Hic, Haec, Hoc… suite », *RDS,* n°71, 2016, p. 427-429 ; J., HAUSER, *RTD Civ.,* 2016, 318 ; Ph., REIGNÉ, *D.*, 2016, 1915 ; J.-R., BINET, *Dr. Fam.,* n°5, 2016, étude 8 ; F., VIALLA, *JCP G,* n°17, 2016, 492 ; B., BLOQUEL, *Gaz. Pal.,* n°26, 2016 ; M., PÉRON, *Petites Affiches,* n°87, 2016 ; Civ. 1ère, 4 mai

personne intersexe qui ne se sentait ni homme ni femme, bien qu'ayant l'apparence d'un homme, qui voulait que cette non appartenance au modèle binaire soit reconnue sur son état civil. Cette occasion concrète permet de nous interroger sur la pertinence du système binaire en droit interne (I).

I . La remise en cause de la binarité sexuée

242 . Débattre sur la remise en cause de la binarité sexuée homme/femme revient à s'attarder sur son origine et son application. Ainsi, même si la conscience collective n'a connu que la différenciation entre le masculin et le féminin, rien de tangible ne justifie que l'espèce humaine ne doive se composer uniquement de ces deux acceptions du sexe. Dès lors, les modèles culturels et légaux se sont développés autour de cette dichotomie, sans qu'aucune source juridique, toute valeur confondue, ne se soit donnée la peine de l'inscrire dans la loi (A). La remise en cause de cette binarité objectivement injustifiée, est opérée par la communauté des personnes intersexes, mais trouve ses limites dans l'absence de marge de manœuvre des exécutants que sont les officiers d'état civil (B).

2017, n°16-17.189, *D.* 2017, 981 ; *JCP Not. Imm.*, n°19, 2017, 542 ; *JCP G,* n°13, 2016, 356 ; C., BERLAUD, *Gaz. Pal.,* n°20, 2017.

A . L'absence de fondement légal de la binarité sexuée

243 . Le terme « *légal* » ici est à prendre dans son acception la plus large comme concernant le Droit et non uniquement la loi au sens formel. Ainsi de manière globale, l'exigence d'une stricte binarité est absente du panorama juridique, même si la jurisprudence affirme qu'elle est « *nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* »[1250], qu'il s'agisse de la loi dans son acception stricte (1), des actes administratifs (2) ou des interprétations jurisprudentielles (3).

1 . Le silence du Code civil

244 . La loi n'a pas défini le sexe[1251]. Cette lacune du législateur ne semble pas perturber outre mesure la doctrine qui relève le caractère normal de cette absence pour la simple raison que le sexe est une notion « *indiscutablement d'ordre médical* »[1252] et nullement juridique. Dès lors la charge de sa définition incombe inévitablement à la science[1253]. Cette absence de définition légale en fait une notion indéterminée[1254], au même titre que l'ordre public. Néanmoins, de nombreux textes y font référence[1255], notamment, pour le sujet qui

[1250] Civ. 1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189, M., GOBERT, *Ibid.* ; D., MAZEAUD, « Sexe neutre à la Cour de cassation : rejet ! », *JCP G*, 2017, 663, 1129 ; *D.* 2017, 981 ; *JCP Not. Imm.*, n°19, 2017, 542 ; *JCP G,* n°13, 2016, 356 ; C., BERLAUD, *Gaz. Pal.,* n°20, 2017 ; J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.,* 2017, p. 1373 ; P., LE MAIGAT, *op. cit*. ; B., MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *D.,* 2017, p. 1404 ; *D.* 2017, 981.
[1251] M.-L., RASSAT, *Ibid* ; M., GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G,* n°25, 716, 1228.
[1252] TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979, *D.,* 1981, p.217.
[1253] TGI Saint-Etienne, *op. cit* ; M.-L., RASSAT, *op. cit..*, p.655 ; J., CARBONNIER, *Les personnes,* PUF, n°75.
[1254] *Les petites affiches,* 30 juillet 1986, n°91, p.41-42.
[1255] Sur les occurrences du mot « sexe » en droit positif : Code de l'action sociale et des familles : 37 ; Code des associations et des fondations : 11 ; Code des assurances : 8 ; Code de l'aviation civile : 2 (sur les indemnités versées aux ascendants du *de cujus* personnel de l'aviation) ; Code des baux : 4 ; Code du cinéma et de l'image animée : 1 (concernant les scènes de sexe) ; Code civil : 77 ; Code de commerce : 21 ; Code de la consommation : 1 (sur les agences matrimoniales) ; Code constitutionnel et des droits fondamentaux : 61 ; Code de la construction et de l'habitation : 2 ; Code de la copropriété : aucun article recensé dans les dispositions du Code sauf dans une note bibliographique ; Code de la défense : 4 ; Code des

nous concerne, l'article 57 du Code civil, dont l'alinéa premier dispose que « *l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant* ». En l'absence de précision quant au caractère binaire du sexe à inscrire[1256] il convient de rechercher dans le *corpus* juridique français les indices qui tendent vers une inscription exclusive des sexes féminin et masculin sur les actes de l'état civil. Ainsi, nous pouvons nous référer à d'autres dispositions du Code civil, comme par exemple l'article 388 alinéa 1er qui fait plus que sous-entendre la binarité en précisant que « *le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* », ou encore l'article 143 du même Code qui dispose que le mariage peut être contracté entre des personnes de sexe différent ou de même sexe. À ce sujet, Michèle GOBERT nous rappelle que l'adjectif différent n'implique pas nécessairement une binarité mais surtout une altérité[1257].

2 . L'inutilité de l'instruction générale relative à l'état civil

245 . Face à l'absence d'information dans le Code civil, notre premier réflexe a été de se tourner vers la circulaire de l'instruction générale relative à l'état civil (l'I.G.R.E.C.),

douanes : 12 ; Code de l'éducation : 46 ; Code électoral : 58 ; Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : 23 ; Code de l'environnement : 9 ; Code de la fonction publique : 31 ; Code général des collectivités territoriales : 24 ; Code général des impôts : 7 ; Code la juridiction administrative : une seule référence dans les notes jurisprudentielles ; Code des marchés publics et autres contrats : 4 ; Code monétaire et financier : 10 ; Code de la mutualité : 3 ; Code de l'organisation juridique : 1 ; Code pénal : 34 ; Code des pensions civiles et militaires de retraite : 6 ; Code des postes et des communications électroniques : 1 ; Code de procédure civile : 9 ; Code de procédure fiscale : 4 ; Code de procédure pénale : 63 ; Code de procédures civiles d'exécution : 3 ; Code de la propriété intellectuelle : 7 ; Code de la recherche : 4 ; Code des relations entre l public et l'administration : 4 ; Code de la route : 10 ; Code rural et de la pêche maritime : 19 ; Code de santé publique : 23 ; Code de la sécurité intérieure : 7 ; Code de la sécurité sociale : 34 ; Code du service national : 5 ; Code des sociétés : 11 ; Code du sport : 23 ; Code des transports : 9 ; Code du travail : 84.

[1256] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p. 660 ; J., HAUSER, « Le mystère du chevalier d'Eon », *JCP G.,* 2015, 1157 ; F., VIALLA, note sous CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, *JCP G,* n°17, 25 avril 2016, 492, p. 852-855.

[1257] LITTRÉ et ROBERT ; M., GOBERT, *Ibid*.

véritable *vade-mecum* de l'officier d'état civil pour la rédaction des divers actes[1258], mais rien de concluant n'en est ressorti. En effet, les seules références à la nécessité d'un sexe féminin ou masculin inscrit sur les actes de l'état civil, ne concernent que les naissances gémellaires, la délivrance d'extraits plurilingues destinés à l'étranger et la délivrance de certificats de diversité de nom de famille[1259].

La section relative à la rédaction des actes de naissance du Chapitre premier du Titre III de l'I.G.R.E.C., n'offre aucune indication quant aux mentions à indiquer. Même les dispositions relatives au « *sexe incertain* », recommandant à l'officier d'état civil de ne pas inscrire « *sexe indéterminé* », ne l'obligent[1260] pas à inscrire une mention « *sexe masculin* » ou « *sexe féminin* », mais proposent aux parents d'opter pour « *un prénom pouvant être porté par une fille ou un garçon* » : voici là les seules traces d'une binarité sous-entendue[1261] que nous ayons trouvées dans la loi.

246 . De plus, la légalité de la circulaire est contestable car elle est en conflit avec une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure[1262]. En effet, l'alinéa 2 de l'article 288 de l'I.G.R.E.C., ou le point n°50 de sa version de 2011[1263] permet, sous autorisation du Procureur de la République, de ne rien inscrire sur l'état civil pendant une durée maximum de 2 ans. Or, l'article 57 du Code civil oblige l'officier d'état civil à inscrire un sexe[1264]. Enfin, il a été reproché à l'I.G.R.E.C. d'avoir été abrogée pour non publication[1265] mais son actualisation partielle de 2011, publiée au Bulletin officiel du Ministère de la Justice[1266] renverse cet

---

[1258] Instruction générale relative à l'état civil, 11 mai 1999, *JORF*, n° 172 du 28 juillet 1999 dans sa version amendée des 29 mars 2002 (*JORF* n°100 du 28 avril 2002, p. 7719) et 2 novembre 2004 (*JORF* n°272 du 23 novembre 2004, p. 19696). L'IGREC a été précisée par deux circulaires : Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation ; Circulaire du 23 juillet 2014 relative à l'état civil.

[1259] Respectivement ces dispositions se situent dans le Titre III « Règles particulières aux divers actes de l'état civil », Chapitre premier « Actes de naissance », Section 3 « Actes de naissance dressés dans des cas spécifiques », Sous-section 1 « Jumeaux » ; Titre IV « Aspects internationaux de l'état civil », Chapitre V « Accords internationaux relatifs à l'état civil », Section 2 « Liste thématique des accords internationaux », Sous-section 3 « Conventions relatives à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil destinés à l'étranger, article 5 ; Sous-section 4 « Convention relative aux changements de nom et de prénom », article 7.

[1260] Nous précisons que l'I.G.R.E.C. n'est absolument pas contraignante, elle a valeur d'une circulaire, non impérative, qui ne saurait, par définition avoir de valeur contraignante.

[1261] Circ. 28 oct. 2011, relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.

[1262] Sur la hiérarchie des actes administratifs v. CE, *Mme Duvignères*, 28 décembre 2002, GAJA, n°118 : Un recours pour excès de pouvoir est possible s'il est démontré que la circulaire est en réalité une règle impérative à caractère général contraire à une valeur supérieure au règlement, ou comme en l'espèce, à la circulaire ; A., MARAIS, compte rendu du 13 déc. 2016 *in* M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *Ibid.*, p. 81 ; M., GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G,* n°25, 716, 1223.

[1263] Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.

[1264] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 14 et s.

[1265] Décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008, art. 2, al.1 : « les circulaires et instructions déjà signées sont réputées abrogées si elles ne sont pas reprises sur le site mentionné à l'article 1er ». Ce qui n'est pas le cas de l'I.G.R.E.C.

[1266] Circ. 28 oct. 2011, relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *BOMJL,* n°2011-11, 30 nov. 2011.

argument[1267]. Cependant, la circulaire du 10 janvier 2000 relative à l'instruction générale[1268] indique que les mentions « *F* » ou « *M* » de la carte d'identité dépendent de celles qui seront retranscrites sur l'état civil de la personne. Cependant, la carte d'identité conditionne également l'obtention du passeport[1269], ainsi que l'accès à bien d'autres situations ou actes administratifs. En définitive, rien ne justifie juridiquement la binarité sexuelle, si ce n'est qu'elle conditionne l'existence civile, et par conséquent juridique, des personnes.

3 . La tentative de la jurisprudence

247 . Face à l'inutilité de l'instruction générale relative à l'état civil pour répondre à nos interrogations, nous nous sommes penchés sur la jurisprudence relative au sexe. Il nous a fallu nous référer à la jurisprudence sur le mariage[1270] afin de connaître la raison pour laquelle il ne peut y avoir qu'un féminin et un masculin. En effet, jusqu'à cette année, aucune instance judiciaire ou administrative n'avait été portée directement contre la binarité latente des sexes[1271]. Nous fondions donc notre unique espoir sur la célèbre décision de la Cour de cassation du 6 avril 1903, relative à la différence de sexe nécessaire à la validité du mariage[1272]. Aussi, nous apprenons avec stupéfaction des mots de M. le Procureur général BAUDOUIN que « *le code n'a pas* […] *cru qu'il fût nécessaire* [d]'*exprimer* » la binarité sexuée homme/femme, en ce qui concerne le mariage, tellement cette différence de sexe était évidente. Or, et selon une approche déductive, pour contracter mariage, un certain de nombre de pièces est à fournir, notamment celle exigée par l'article 70 du Code civil de 1804, à savoir

[1267] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 14 et s.
[1268] Point 49, de la circulaire du 10 janvier 2000 relative à l'instruction générale ayant pour objet de faire la synthèse de la réglementation applicable en matière de délivrance et de renouvellement de la carte nationale d'identité instituée par le décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 modifié, *BO Ministère de l'intérieur,* n°1, 2000, p.235.
[1269] Art. 5 du décret n°2005-1726, 30 déc. 2005 relatif aux passeports, *JORF*, n°304, 31 décembre 2005, p. 20742.
[1270] R., NERSON, *RTD Civ,* 1966, p.74, n°5 ; 1968, p.536, n°2 ; S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *op. cit.*, p.43.
[1271] Nous excluons la jurisprudence récente relative au sexe neutre volontairement car nous sommes dans une approche historique. Nous rappelons à ce titre que la mention binaire du sexe l'état civil est inscrite dans notre Code civil depuis 1804, il nous fallait par conséquent remonter au plus près de cette date.
[1272] *D.,* 1904. 1, 395, concl. BAUDOUIN sous Civ. 6 avril 1903.

que « *l'officier d'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des époux* », acte qui désigne le sexe de la personne[1273]. En définitive, le mariage serait une institution qui ne concernerait que les personnes de sexe différent et l'acte de naissance devant être fourni par les deux aspirants atteste du repsect de cette condition. Dès lors, pour que le mariage puisse être célébré, les actes de naissance doivent démontrer deux sexes différents, qui ne peuvent être que le sexe féminin et le sexe masculin[1274].

Mais en réalité, la fourniture d'un acte de naissance en amont du mariage permet à l'officier d'état civil de constater que les deux personnes ne sont pas déjà liées par une union matrimoniale. En somme, autant de justifications datant d'une autre ère, oscillant, d'une part entre infériorité juridique de la femme[1275]et visée procréative du mariage[1276], et d'autre part, à la vision dépassée du couple hétérosexuel. Or, aujourd'hui, sans être étranger aux considérations juridiques, l'appartenance sexuée n'a plus le même but et le mariage devient à nouveau « *l'union des âmes* »[1277].

[1273] CA Paris 18 janvier 1974, *D.* 1974. 196, « *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* ».

[1274] Dès lors, la binarité sexuelle permet d'accéder à des catégories qui découlaient de la différence de sexe comme la sexualité, la parentalité ou encore la conjugalité. V. P., LIOTARD, « Corps transformé, corps autogéré : le corps comme utopie de soi ? », *in* J., MATEU, M., REYNIER, F., VIALLA, *op. cit*.

[1275] L., LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », *in Le sexe, la sexualité et le droit,* Actes du XVIIème colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France, Paris, Téqui, 2002, p.48.

[1276] V. Tribunal civil d'Alais, 28 janvier 1873, *D.,* 1882, 3, p.71. En l'espèce, une personne qui n'est pas un homme n'est pas forcément une femme, mais comme le mariage est l'union d'un homme et d'une femme dans le but de procréer, il faut une binarité que le couple ne remplit pas donc il faut procéder à l'annulation du mariage. *Contra* v. CA Caen, 23 mars 1882, *S.,* 1882, 2, p.108. En l'espèce, la Cour infirme la décision du tribunal de première instance qui conditionne la validité du mariage à l'existence d'organes nécessaires à la fécondation.

[1277] A., WAHL sous Cass. Civ., 6 avril 1903, *S.,* 1904, I, p.274c. Retour à une « conception morale du mariage » qui s'apparente aux devoirs d'ordre public du mariage qui sera reprise par la jurisprudence v. CA Douai, 14 mai 1901, *D.,* 1904, I, p.396 ; Cass. Civ. 6 avril 1903, *D.,* 1904, p.395. V. également S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN, *op. cit.*, p.45, Loi n° 2013-404, 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF*, n°0114, 18 mai 2013, p. 8253.

B . Le rôle purement administratif des officiers d'état civil

248 . Nous l'avons vu, le sexe est une notion complexe avec des composantes diverses classables selon une dichotomie objective et subjective[1278], et nous savons aussi que l'acte de l'état civil, par son statut probatoire, doit montrer la vérité sur la personne. Il apparaît fort peu évident pour l'officier d'état civil, lors de l'inscription du sexe à l'acte, d'aller rechercher la concordance des composantes, et il a fallu mettre en avant un critère à leur portée. Mais bien avant la révélation des différentes composantes du sexe, il apparaît clairement que le sexe apparent était celui qui fût pris en compte par l'officier d'état civil lors de la rédaction de l'acte de naissance. Il faut rappeler les dispositions de l'article 55 du Code civil de 1804 : « *Les déclarations de naissance sont faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier d'état civil du lieu : l'enfant lui sera présenté* » [1279].
Sans être homme de l'art, l'officier d'état civil est capable, dans la plupart des cas, de reconnaître un être dont la forme du sexe s'affirme clairement, d'une personne dont la conformation des organes génitaux suppose une ambiguïté. Aujourd'hui, le nouveau-né n'a plus à être présenté à l'officier d'état civil au moment de son inscription sur les registres, une telle pratique porterait atteinte au droit au respect de la vie privée, de l'intimité et de l'intégrité du corps humain[1280].

249 . Conformément aux dispositions de l'article 56 du Code civil, désormais l'officier public s'en remet au déclarant qui est soit le père, soit le personnel soignant présent à l'accouchement. Rien ne l'oblige juridiquement à déclarer un sexe féminin ou masculin, il ne doit déclarer qu'un sexe, là s'arrête son obligation. Mais s'il décide de se référer aux dispositions de l'I.G.R.E.C.[1281] en patientant jusqu'à deux ans, il agit *contra legem,* et, comble du paradoxe, c'est également l'instruction générale relative à l'état civil, qui encadre les sanctions de la pratique qu'elle tolère. En effet, dans ces points 19 et 20, l'instruction envisage respectivement les responsabilités délictuelle, quasi délictuelle et pour faute dans

[1278] L.-E, PETTITI, *Les transsexuels,* PUF, coll. « Que sais-je ? », 1992, p.76 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.455-456 ; G.-M., FAURE, *op. cit.*, p.3, 5.
[1279] Tout refus de présenter l'enfant devant l'officier d'état civil pouvait se solder par une condamnation pénale du père. Sur le caractère d'ordre public de cette obligation prévue dans la loi du 20 sept. 1792, v ; Cour Royale de Poitiers, 9 mai 1843 et 26 mai 1846, *S.,* 1846, 2, p. 462. Sur la condamnation pénale v ; Crim, 21 janv. 1833, *D.,* 1833, I, p. 323.
[1280] Article 4 de la loi du 20 novembre 1919, modifiant l'article 55 du Code civil, JO du 21 novembre 1919, p. 13118.
[1281] Point 288 de l'I.G.R.E.C. de 1999 et point 55 de la circulaire de 2011.

l'exercice des fonctions de l'officier d'état civil[1282], ainsi que sa responsabilité personnelle qui permettra à la seule personne concernée d'agir devant le juge judiciaire[1283], et qui ouvriront un droit à dommages-intérêts.

Mais on imagine mal quelles pourraient être ces personnes : les parents ? Cette hypothèse semble peu probable dans la mesure où se sont eux qui procèdent aux démarches de l'inscription. L'enfant devenu majeur ? La solution est identique puisque les jeunes majeurs intersexes revendiquent le droit de n'appartenir à aucun sexe, et leurs demandes en termes de responsabilité se dirigent toutes vers les médecins[1284].

250 . Des sanctions administratives peuvent également être prononcées à l'encontre des officiers d'état civil, sur les fondements des articles 51 et 52 du Code civil, il s'agit de la révocation ou de la suspension des fonctions[1285]. L'article 52 nous intéresse plus particulièrement puisqu'il traite de la rédaction de faux. Mais, ne pas inscrire de sexe féminin ou masculin sur l'état civil d'une personne qui n'est objectivement ni une femme ni un homme constitue-t-il un faux ? Si l'on considère que « *constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* »[1286], alors l'officier d'état civil ne saurait être inquiété sur ce fondement.

En revanche, la question de savoir si les parents peuvent voir leur responsabilité pénale engagée sur le fondement de l'article R 645-4 du Code pénal se pose. Cet article prévoit une contravention de 5ème classe pour toute personne qui assiste à un accouchement et qui ne déclare pas la naissance dans les délais. Cependant, ici, c'est plus le fait de ne pas déclarer, plutôt que de ne pas assigner qui est visé.

Mais tous ces raisonnements ne sont qu'au stade de simples hypothèses puisque, même si les statistiques de l'Institut National de la Statistique et des Études Economiques (l'I.N.S.E.E.) relatives à l'état civil ne concernent pas le sexe[1287], celles de l'Institut National d'Études

---

[1282] Sur la responsabilité pénale, le fait de rédiger un faux ou d'en faire usage est puni par l'article 441-1 al. 2 du Code pénal de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000€ d'amende, mais cette peine est augmentée par la circonstance aggravante liée à la qualité de dépositaire de l'autorité publique dont dispose l'officier d'état civil à 7 ans d'emprisonnement et 100 0007 ans d'emprisonnement et 100 000€ d'amende (article 441-2 al. 3 du Code pénal).

[1283] T.C., 25 mars 1911, *Rouzier, D.,* 1912, 3, 1.

[1284] *Rapport n°441 d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions,* Sénat, le 23 février 2017, p. 34.

[1285] C.E. 18 mars 1910, D.P. 1912.3.80.

[1286] Art. 441-1 al. 1 du Code pénal.

[1287] https://www.insee.fr/fr/metadonnees/source/s1170.

Démographiques (l'I.N.E.D.) ne relatent aucun état civil ne mentionnant aucun sexe, ni même aucune autre mention que féminin et masculin[1288].

251 . Dès lors, il apparaît désormais certain que ce ne sont pas les officiers d'état civil qui tenteront d'anéantir le système binaire d'assignation. Néanmoins, ils ne sont pas les seuls à pouvoir faire évoluer les choses et en l'absence d'intervention législative, ce sont les juges du fond qui se sont récemment emparés de la question.

D'ordinaire, il était de jurisprudence constante que le caractère binaire du sexe était une obligation[1289] et que « *tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes* »[1290]. Ici encore, la solution apportée n'était justifiée que par la nécessité d'une différence de sexe pour célébrer le mariage. Mais, le 20 aout 2015, le Tribunal de grande instance de Tours[1291] s'est lancé dans une analyse « *audacieuse* »[1292] de la binarité sexuée en dehors de toute instance relative aux conditions de validité des mariages. En l'espèce, le requérant, déclaré intersexe à la naissance, dispose d'organes génitaux ne permettant pas de le ranger dans la catégorie des hommes ou des femmes et avoue ne s'identifier à aucun des deux genres, malgré une assignation au sexe masculin. Il demande à ce que soit substitué sur son acte de naissance la mention « *sexe neutre* » à celle de « *sexe masculin* ». Le tribunal de grande instance affirme que le vide juridique existant autour des cas d'intersexuation physique conduit à faire de la mention du sexe une « *fiction* » portant atteinte à l'article 8 de la C.E.D.H., mais également qu'aucun trouble à l'ordre public ne risque de survenir en raison du peu de personnes concernées par cette situation. La Cour d'appel d'Orléans a été saisie par le procureur et est venue infirmer le jugement de première instance, le 22 mars 2016[1293], en venant rappeler qu'il n'était pas de la compétence du T.G.I. de créer une nouvelle catégorie de sexe, tout en invitant le législateur à s'y intéresser. Elle précise toutefois que dans cette situation, seule deux options sont possibles : l'absence de mention de sexe ou le changement pour erreur, la création d'un troisième sexe étant un facteur de discrimination. Or, en l'espèce, l'erreur ne réside pas dans le sexe assigné, mais dans l'assignation elle-même, de plus, un auteur soulève la « *faiblesse*

[1288] https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/naissance-fecondite/naissances-sexe/.

[1289] M., IACUB, « La question de la vérité dans les arrêts de la Cour de cassation concernant le transsexualisme », *Actes du colloque « Identité sexuée et société »,* Paris, 8 déc. 1995, p. 66.

[1290] CA Paris, 18 janv. 1974, *D.,* 1974, 196 ; TGI Dijon, 2 mai 1977, *Gaz. Pal.,* 1977, 2, p. 577 ; TGI Saint Etienne, 11 juil. 1979, *D.,* 1981, 270.

[1291] *Gaz. Pal,* 5 janv. 2016, p.91, B., BLOQUEL ; *AJ Fam.,* 2015, p. 615, obs. LE GAC-PECH ; *D.,* 2015, p. 2295, VIALLA ; *JCP G,* 2015, 1157, note HAUSER ; B., BLOQUEL, « Refus de la reconnaissance, par la cour d'appel d'Orléans, de la mention « sexe neutre » à l'état civil », *Gaz. Pal.,* n°26, p. 81.

[1292] T., COUSTET, « La justice reconnaît la mention « sexe neutre » sur l'état civil », *D.,* act. 16 oct. 2015.

[1293] F., VIALLA, note sous CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, *JCP G,* n°17, 25 avril 2016, 492, p. 852-855 ; n°01/12345, *D.,* 2016, 708.

du raisonnement »[1294] de la Cour qui censure les juges du fond pour avoir créé une règle, en procédant aux mêmes faits reprochés au T.G.I, c'est-à-dire, en créant la possibilité de ne rien inscrire à l'état civil. Ces propositions ont toutefois été totalement éludées par la décision confirmatrice de la Cour de cassation du 4 mai 2017.

252 . La binarité constitue la « *négation du fait humain par le Droit* »[1295], car même si « *le sexe de la personne est généralement déterminé à la naissance,* […] *il devient un fait juridique et social* »[1296] à la merci de l'individu qui le porte ou de son développement physique. Ce sexe social, ce genre, ne saurait correspondre à la stricte dichotomie masculin/féminin, puisqu'il existe autant de genre que de manière de définir son identité.

Le Droit n'impose pas la binarité, que ce soit dans le cadre de l'assignation à un sexe, ou même auparavant, lorsqu'il était question du mariage.

Les médecins eux aussi doutent de l'existence de deux sexes exclusifs, et pour la plupart d'entre eux, tout dépend de la définition qui en est donnée[1297]. Le journaliste Julien PICQUART[1298] a interrogé un certain nombre de spécialistes en pédiatrie ayant eu affaire à des cas d'intersexuation physique, dont une large proportion s'est positionnée contre les cases « *homme* » « *femme* », ne percevant pas leur intérêt sur le plan administratif, mais surtout dénonçant leur caractère discriminatoire. D'autres, comme le Professeur KALFA ne semblent pas sensibles à la suppression de la binarité pour au moins deux raisons. La première tient dans le fait que cette suppression n'empêchera pas les opérations, même si elles auront lieu sans pression administrative[1299], et la seconde dans l'empreinte culturelle de la binarité en France qui est encore trop présente[1300].

253 . Le contenu de la mention n'est pas la seule chose qui a été soulevée dans la dénonciation du système d'inscription des actes de naissance. Les délais posent eux aussi des difficultés en cas de sexe incertain, et le corps médical reste pris au piège entre le fait de ne pas déclarer un sexe incertain, ou de déclarer un sexe qui ne sera pas nécessairement le sexe « *majoritaire* » après quelques années.

[1294] B., MORON-PUECH, « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme », *D.,* 2016, p.904.
[1295] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p. 661.
[1296] T., HAMMARBERG, *op. cit*.
[1297] Témoignage d'un endocrinologue pédiatre recueilli par J., PICQUART, *op. cit.*, p. 103.
[1298] Témoignage d'un endocrinologue pédiatre recueilli par J., PICQUART, *op. cit*.
[1299] Témoignage d'un endocrinologue pédiatre recueilli par J., PICQUART, *op. cit*.
[1300] Civ. 1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189, M., GOBERT, *op. cit.*; D., MAZEAUD, *Ibid.* ; *D.* 2017, 981 ; *JCP Not. Imm.*, n°19, 2017, 542 ; *JCP G,* n°13, 2016, 356 ; C., BERLAUD, *Gaz. Pal.,* n°20, 2017 ; J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.,* 2017, p. 1373 ; P., LE MAIGAT, *op. cit.* ; B., MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *D.,* 2017, p. 1404 ; *D.* 2017, 981.

II . Des délais d'assignation inadaptés

254 . La situation des personnes intersexes sur le plan juridique a beaucoup évolué et dans des sens différents. Ainsi, les jurisconsultes définissaient « *les hermaphrodites* [comme] *ceux qui ont les marques des deux sexes, et* [qui] *sont réputés de celui qui prévaut en eux* »[1301], cette affirmation sera reprise par les juristes français à la fin du XVIIème siècle[1302]. En effet, les personnes intersexes devaient d'ailleurs prêter serment qu'ils n'utiliseront qu'un seul sexe tout au long de leur vie[1303], pour autant l'idée d'une rectification de sexe n'était pas exclue[1304]. Mais ces dispositions n'apportaient aucunes solutions quant aux courts délais d'assignation, et aujourd'hui encore, ce n'est plus tant la nébuleuse de la binarité qui pose question, mais les raisons qui tendent à justifier des délais d'assignation si restreints. À ce titre, les médecins oscillent alors entre « *deviner ou déclarer* [alors que] *le délai fixé par la loi est prêt à expirer,* [ce qui les pousse à] *prendre une décision, l'officier attend,* [tandis que] *la science reste indécise* »[1305].

Il convenait alors de faire prendre conscience au législateur que le processus de création des actes d'état civil ne reflétait pas toujours une réalité sexuée binaire instantanée, et selon ces considérations, nous pouvons affirmer sans ménagements que le sexe, tel que mentionné sur l'acte de naissance, peut s'ajouter à la liste des fictions juridiques. Aussi, nombre de médecins ont fait part de leurs inquiétudes quant à « *la détermination du sexe,* [qui] *offre quelquefois même pour les personnes de l'art, des difficultés qui passent,* […] *inaperçues sous les yeux de l'employé chargé* »[1306] de l'inscription, sans toutefois régler la question de l'assignation des

---

[1301] « *Quaeritur hermaphroditum cui comparus ; et magis puto, ejus sexus aestimandum qui in eo praevalet* », ULPIEN, L. 6 &2, De liberis et posthumis, XVII, 2.

[1302] DOMAT, *Les lois civiles dans l'ordre naturel*, t.1, De l'état des personnes par la nature, p.18

[1303] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 552. Au début de ce siècle, ils étaient par ailleurs, pendus et brûlés. V. les propos rapportés par C.-J., de FERRIERE, *Dictionnaire du droit et de pratique*, Ed., 1976, mot « Hermaphrodite », p.678.

[1304] Voir notamment l'affaire dite « Anne GRANDJEAN » dans laquelle une intersexe de 14 ans avoue à son confesseur être attirée par les personnes de son sexe. Ce dernier lui dit de prendre les habits et le comportement d'un garçon, il se fait alors appelé Jean-Baptiste, devient menuisier et épouse une femme, mais son secret est révélé par une ancienne maîtresse. Le procureur général de Lyon a vent de l'affaire et l'emprisonne, mais comme on ne sait pas si c'est un homme ou une femme il n'est dans ni l'un ni l'autre des quartiers. Le 10 janvier 1765, le Parlement de Paris ordonne le rétablissement du sexe féminin et interdit à Anne de convoiter les personnes de sexe féminin. V. J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 409.

[1305] C., VANSWYGENHOVEN, « Note sur un hermaphrodisme incomplet accompagné d'hypospadias, observé sur un enfant du sexe masculin », *Journal de la Société des sciences médicales et naturelles de Bruxelles,* février 1844.

[1306] J.-N., LOIR, *De l'exécution de l'article 55 du Code civil relative à la constatation des naissances,* Paris, Joubert, 1846, p.15 ; « De la nécessité de la constatation des naissances à domicile », *Journal de médecine, de chirurgie et de pharmacologie,* 1848, vol.7, n°1, p.576 ; *Des sexes en matière d'état civil,* Paris, Cotillon, 1854.

nouveau-nés intersexes[1307]. Depuis la loi du 20 novembre 1919, l'enfant n'est plus présenté à l'officier d'état civil et l'expertise sur la détermination de son sexe est implicitement déléguée[1308] au médecin, l'agent public n'ayant qu'à le retranscrire aveuglément[1309] dans le délai légal imparti.

Il est encore aujourd'hui vain de comprendre ce qui anime la persistance des délais de déclaration et d'assignation (A), mais l'existence de mesures correctrices semble pallier cette absence de justifications (B).

A . Tentatives de justification

255 . Depuis la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, dite « *J21* », ce délai est passé de trois à cinq jours après la naissance de l'enfant[1310]. Cependant, l'article 57

Dix en ans plus tard, c'est le Professeur HENRIETTE, médecin belge, qui a l'idée de faire constater les naissances aux domiciles de parents. Des systèmes ont été mis en place de manière éparses, notamment à Bruxelles et Gand entre 1846 et 1864. Néanmoins, les constatations aux domiciles n'étaient diligentées que dans le but de santé publique pour éviter que les nouveau-nés voient leur santé préservée, en aucun cas il s'agissait de prévenir les cas d'ambiguïté sexuelle, ou les fausses déclarations des parents. Pour le droit belge, v. I., HENRIETTE, *Ibid.*, p.20-21 ; J., DE GANCK, *op. cit.*, p.91.

[1307] Voir la lettre du 4 aout 1845 à M. MARTIN DU NORD, ministre de la Justice et la lettre du 3 aout 1853 adressée par le ministre de l'Intérieur au garde des Sceaux, *Archives nationales,* BB/30/1606. Dans cette missive, J.-N. LOIR propose un tout nouveau système de constatation des naissances au domicile par un adjoint au maire assisté d'un médecin délégué qui constatera le sexe des nouveau-nés, sans toutefois préciser la démarche à suivre en cas d'ambiguïté sexuelle. Malgré de vives oppositions à cette proposition de constatation par le biais d'une tierce personne, certaines municipalités ont suivi ces recommandations et instaurent un service de constatation à domicile par des médecins délégués comme pour les déclarations de décès, mettant en place un parallélisme des formes de la vie civile. Ce n'est qu'en 1868 qu'est officiellement mis en place un tel service, soit une année avant que la doctrine ne constate que l'obligation de présentation de l'enfant, qu'elle soit quérable ou portable, tombe en désuétude, allant de pair avec une multiplication des erreurs de sexe. V. notamment sur la constatation des naissances au domicile : Douai et Versailles en 1846, Carcassonne, Arras et Lyon en 1847, *Le Moniteur,* 25 mai 1867.

P., PICOT, *Le respect du secret médical dans les déclarations de l'état civil,* Thèse, Paris, LGDJ, 1930, p. 36 ; E., LEVY, « La constatation juridique des naissances et des décès », *Revue critique de législation et de jurisprudence,* fév. 1926, p.77.

[1308] G., HOUBRE, « Un « sexe indéterminé » ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXème siècle », *Revue d'histoire du XIXème siècle,* n°48, 2014/1, p. 66.

[1309] En effet, il existe une pratique répandue qui consiste en ce que l'officier d'état civil demande aux parents ou à celui qui vient déclarer l'enfant, de présenter un certificat médical attestant de la réalité du sexe. Le Ministre de la Justice avait alors fait savoir que cette pratique est illégale lors d'une séance au Sénat. V. *JO Sénat,* Annexe à la séance du 3 juin 1924, p. 885-886 ; J., DE GANCK, *op. cit.*, p. 78.

[1310] Art. 55 al. 1 du Code civil issu de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF,* n°0269,19 novembre 2016 ; *JCP G,* act. 1378 ; J.-C., GALLOUX, H., GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.,* 2017, p. 781. L'alinéa 2 étend ce délai à huit jours, mais uniquement en cas d'éloignement « entre le lieu de naissance et le lieu où se situe l'officier de l'état civil ». V. aussi l'art. 1, du décret n°60-1265 du 25 novembre 1960 relatif au mode de calcul

du Code civil ne précise toujours pas que le sexe qui doit être inscrit ne peut être que féminin ou masculin[1311]. Pour l'affirmer, il faut, notamment se référer à l'I.G.R.E.C. qui indique que lorsque le sexe est incertain, il convient d'éviter de faire mentionner « *sexe indéterminé* » sur l'acte de naissance. L'officier d'état civil devra s'efforcer de convaincre les parents d'aller consulter un médecin pour que ce dernier leur donne des pistes quant au sexe probable de l'enfant. Si toutefois une telle piste ne peut être trouvée, il est possible d'attendre entre un an et deux ans avant d'assigner l'enfant, avec l'accord du procureur de la République. Dans cette hypothèse, aucun sexe ne sera mentionné sur l'acte de naissance et l'enfant portera un prénom mixte[1312]. Ainsi, il sera privé de carte d'identité et donc d'existence en tant que personne. Tout comme il convenait de s'interroger sur les raisons qui maintenaient la binarité sexuée, nous nous interrogeons sur les justifications de tels délais d'assignation, et donc de l'assignation en tant que telle.

256 . D'abord, pourquoi assigner dans les cinq jours ?[1313] Trois fondements nous semblent les plus appropriés, et ils sont d'ordre social, juridique et technique. Au premier chef, la nécessité de délai dans l'assignation prend une dimension sociale, car il s'agit d'une question d'identification sociale avant d'être juridique. En effet, avant de faire naître les individus en tant que personnes juridiques, il est nécessaire de les nommer et de les individualiser[1314], par ailleurs, « *tous les parents le disent : « c'est urgent, il faut lui donner un prénom, sinon comment lui parler ? »* »[1315]. Le prénom, et le sexe qui l'oriente, sont les mentions qui vont le plus contribuer à la construction de l'identité sexuée, elles sont les mentions qu'elle pourra s'approprier ou rejeter. En cela, ces mentions « *aident à l'affirmation du sexe social* » qui s'effectuera ultérieurement. En définitive, le sexe légal comporte une part de sexe social[1316]. Cependant, est-il encore nécessaire de se référer au sexe pour nommer ou individualiser un nourrisson ?

Le point n° 55 de l'I.G.R.E.C. préconise aux parents d'opter pour un prénom mixte, ce qui semble leur retirer toute autonomie sur leur enfant : d'abord, sur le choix du sexe orienté par le médecin, puis, celui du prénom orienté par l'I.G.R.E.C. et enfin celui de l'éducation selon

---

du délai prévu à l'article 55 du Code civil, *JORF*, 1 décembre 1960, p. 10758. Ainsi le délai part à compter du lendemain de la naissance ou du premier jour ouvrable quand la naissance a lieu pendant le WE, un jour férié ou chômé. V. M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p. 78.

[1311] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p.660.

[1312] Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe), n°288.

[1313] A., GOGOS-GINTRAND, *op. cit.*, p. 920. À l'époque de la rédaction de cet article, le délai était de trois jours.

[1314] A.-M., RANJON, « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », *in* C., NEIRINCK, *L'état civil dans tous ses états,* LGDJ, 2008, p. 71.

[1315] A., GOGOS-GINTRAND, *op. cit.*

[1316] A., GOGOS-GINTRAND, *op. cit*.

un sexe d'élevage orienté par les médecins à titre de bon suivi post-opératoire. Aussi, qu'en est-il si les parents décident de choisir un prénom en contradiction avec le sexe déclaré de l'enfant ? L'officier d'état civil pourrait se prévaloir des dispositions de l'article 57 alinéas 3 et 4 du Code civil et en aviser le procureur de la République, à charge à ce dernier de saisir le juge aux affaires familiales (le J.A.F.), si le choix d'un tel prénom lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant. Mais, sachant que l'enfant est intersexe, les juges ne considéreront sans doute pas que le choix d'un prénom non conforme au sexe d'assignation soit contraire à l'intérêt de l'enfant, d'autant plus qu'une action en rectification ultérieure reste envisageable.

257 . C'est donc par simple voie de conséquence que les délais d'assignation sont également justifiés d'un point de vue juridique, car comme indiqué plus haut, l'état civil et ses mentions vont faire entrer la personne dans la vaste catégorie des personnes physiques juridiques, qui auront à justifier de leur identité tout au long de leur vie. La carte nationale d'identité (C.N.I.) n'est pas obligatoire[1317] dès lors qu'il existe d'autres moyens de prouver son identité, ces moyens sont toutefois limités puisqu'il s'agit du permis de conduire[1318] et du passeport[1319]. Malgré tout, pour avoir accès à ces pièces il faut pouvoir justifier en amont de cette identité, ainsi l'obtention d'un passeport pour une personne mineure sans C.N.I. reste possible à condition de fournir un acte de naissance (extrait ou intégral) datant de moins de trois mois. Or, si les parents optent pour le délai exceptionnel d'un ou deux ans pour déclarer le sexe de leur enfant, l'acte de naissance ne portera aucune mention du sexe, et cette dernière mention est obligatoire sur un passeport[1320]. Par ailleurs, le décret de 2005 relatif aux passeports électroniques, ne donne aucune indication sur la mention à indiquer dans cette situation, mais surtout aucune indication quant à la nécessaire binarité de cette mention de sexe. Dès lors, rien n'empêche d'inscrire la mention « X », équivalent au sexe neutre, à l'instar de l'Allemagne, du Népal ou encore de l'Australie.

258 . De plus, l'article 55 alinéa 3 du Code civil qui dispose que « *lorsqu'une naissance n'a pas été déclarée dans le délai légal, l'officier de l'état civil ne peut la relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant, et mention sommaire en est faite en marge à la date de la naissance* », va également dans ce sens. En effet, si l'adage populaire prétend que celui qui peut le plus peut

[1317] Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), 11 janvier 2017.
[1318] N'atteste que de l'identité et pas de la nationalité.
[1319] Nous n'envisageons que les moyens de preuve de l'identité à long terme, c'est pourquoi nous n'envisageons pas de parler de l'acte de naissance, qui n'est généralement valable que lorsqu'il date de moins de trois ou de six mois.
[1320] Art. 1 du décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques, *JORF,* n°304, 31 décembre 2005, p. 20742, texte n°15.

le moins, l'action d'état[1321] définie par cet article est susceptible de ne concerner qu'une partie de l'acte de naissance. Dès lors si l'acte dans sa totalité n'est pas dressé dans les délais peut faire l'objet d'un jugement, il en irait de même pour la mention du sexe… Cette appréciation justifierait le point n°55 de l'I.G.R.E.C., de même que cette instruction limiterait dans le temps l'étendue de l'article 55 du Code civil.

259 . Enfin, les délais légaux d'assignation peuvent se justifier du point de vue de la technique médicale, car, dans la majorité des cas, trois jours suffisent à faire un caryotype[1322] et à faire ressortir au moins un élément certain du sexe. La jurisprudence relative au transsexualisme est venue préciser que le sexe chromosomique n'était pas la composante déterminante, d'autant plus que certaines personnes peuvent être porteuses de chromosomes XXY ou encore XXX. De plus, toutes les composantes objectives ne se développent pas en cinq jours, parfois, l'intersexuation physique se découvre au moment de la puberté, en même temps que les premières interrogations sur le sexe psychosocial, c'est-à-dire le genre.

260 . En définitive, rien ne vient justifier, sur différents points de vue, l'enfermement des délais d'assignation, qu'il s'agisse du délai de « *droit commun* » de cinq jour, ou du délai exceptionnel pouvant s'étendre jusqu'à deux ans. Dans les deux cas, ils sont insuffisants et n'atténuent pas la pression sur les épaules de parents[1323]. Néanmoins, l'inertie du législateur pourrait se justifier par la faculté de rectification de l'acte de naissance au moment où la personne directement concernée jugera opportun d'intervenir[1324].

[1321] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 28.
[1322] 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., ARMENGUAUD, E., MAHE, *Ibid.*, p. 266 ; J., TURGEON, A.-C., BERNARD-BONNIN, P., GERVAIS, P., OVETCHKINE, M., GAUTHIER, *Dictionnaire de thérapeutique pédiatrique Weber,* 2ème éd., Gaëtan MORIN, p. 138.
[1323] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *Ibid.*
[1324] C., CHILAND, *Ibid*.

B . La faculté de rectifier le sexe comme justification suffisante

261 . Dès lors, le Ministère public[1325] ordonne la rectification du sexe à l'état civil pour des personnes qui ont été inscrites sous un sexe différent du leur au moment de l'instance. Mais les dispositions de l'article 99-1 actuel du Code civil n'ouvrent les cas de rectification qu'en cas d'erreur ou d'omission, sans préciser leur contenu[1326]. Si nous procédons à la même analyse qu'en 1843, il s'agirait d'une erreur de l'officier d'état civil qui engagerait alors sa responsabilité. Mais nous savons que ce dernier ne dispose d'aucune mission de contrôle sur les informations qui lui sont données. La jurisprudence a donc précisé que peu importait l'origine de l'erreur, dès lors qu'elle concernait une mention de l'état civil, et spécifiquement le sexe[1327]. Ce n'est que par une décision du 22 juin 2000 que la Cour d'appel de Versailles décide d'instaurer les conditions de la rectification du sexe d'une personne intersexe[1328].

262 . Ainsi, cette modification est possible dès lors que sa situation est médicalement constatée, qu'il n'existe aucun moyen médical d'y mettre fin et que le sexe demandé corresponde au sexe social. Ces trois conditions dénotent avec ce qui était requis auparavant, c'est-à-dire, la production d'un simple acte de notoriété[1329], d'une manière peu ou prou similaire que le nouveau régime du changement de sexe des personnes transsexuelles de la loi de 2016[1330]. Il serait par ailleurs opportun de ne pas limiter les dispositions des articles 61-5 et suivants du Code civil aux seules personnes transsexuelles, qui ne sont pas expressément visés par ces articles[1331].

263 . Cependant, les conditions mises en place par la jurisprudence de 2000 se démarquent par leur incohérence. En effet, le fondement de la rectification est l'erreur, mais qui en est l'auteur ? Le régime de la rectification s'entend d'une erreur matérielle qui aurait été commise par l'officier d'état civil, or il s'agit d'une erreur d'aiguillage inhérente à l'aléa génétique qui est à l'origine de l'ambiguïté, si bien que le régime de la rectification n'est

---

[1325] Le commissaire du Gouvernement à l'époque.
[1326] CA Paris, 8 déc. 1967, *D.,* 1968. 289 ; *JCP*. 1968. II. 15518 *bis,* note P. N.
[1327] Civ. 1ère, 26 janvier 1983, *Bull. Civ.,* I, n°38 ; *R.,* p.41 ; *D.,* 1983, 436, note MASSIP.
[1328] CA Versailles, 22 juin 2000, *JCP G.,* 2001, II, 10595, note GUEZ ; *RTD Civ.,* 2001, 849, obs., HAUSER.
[1329] V. Tribunal de Wassy, 5 novembre 1818 ; CA d'Angers, 27 février 1846, *D.,* 1846, II, p.85
[1330] Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016, *JCP G,* act. 1378 ; J.-C., GALLOUX, H., GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.,* 2017, p. 781.
[1331] B., MORON-PUECH, *D.,* 2016, 2353.

qu'une pure fiction juridique[1332] lorsqu'il concerne une personne intersexe. D'autre part, l'application de l'article 61-5 du Code civil constituerait un retour vers l'acte de notoriété qui suffisait jadis. Aussi, parmi les éléments de preuve proposés par cet article, la personne n'aura pas à apporter une quelconque pièce médicale et garder ainsi secret son état d'intersexuation physique, pourvu qu'elle « *passe en société* » comme appartenant à l'un des deux sexes reconnus. Néanmoins, ces propositions ne peuvent être généralisées, car la décision de la Cour d'appel d'Orléans[1333] le montre une fois encore, l'ambiguïté qui frappe la personne peut être telle que cette dernière est incapable de se rattacher à l'un ou l'autre sexe. Si bien que le régime du changement de sexe est incomplet pour une application aux intersexes, il porte même atteinte à leur droit à la reconnaissance de l'identité de genre[1334].

264 . Enfin, l'article 99-1 du Code civil ouvre le droit à la rectification de l'état civil pour omission. Contrairement à l'erreur, nous ne disposons aujourd'hui d'aucune information sur la teneur de cette omission ni même aucune jurisprudence pour illustrer son éventuelle application. Cela ne nous empêche pas d'affirmer que la rectification pour omission n'est pas adéquate, car l'article 57 du Code civil impose qu'un sexe apparaisse sur l'acte de naissance, même si la personne a des organes génitaux imparfaits[1335], sauf à imaginer que l'omission soit volontaire et qu'elle corresponde au délai prévu par le point n°55 de l'I.G.R.E.C. Mais ici encore, le caractère volontaire de l'omission risque d'engager la responsabilité personnelle de l'officier d'état civil, encore faut-il que la personne concernée trouve dans cette omission une quelconque atteinte dans ses droits.

265 . En définitive, l'histoire des personnes intersexes et de leur état civil n'a pas toujours soulevé de problème. Auparavant, lorsqu'un un enfant naissait avec un sexe indéterminé c'était inscrit sur son acte de naissance[1336]. Aujourd'hui, soit il convient d'inscrire un sexe probable tel qu'il aura été déterminé par un médecin, soit, si ce dernier n'y parvient pas, l'inscription du sexe peut être différée jusqu'à deux ans maximum. Cependant, cette option est illégale car l'article 57 du Code civil impose qu'une mention de sexe figure sur l'acte de naissance[1337]. Qu'il s'agisse du délai de droit commun de cinq jours, ou celui d'exception de deux ans, ils apparaissent tous deux « *inadaptés* » pour les parents d'enfants

[1332] M., IACUB, *Ibid.*, p. 66.
[1333] CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281.
[1334] V. B., MORON-PUECH, *D.,* 2016, 2353.
[1335] CA Paris, 1ère ch. suppl. 8 décembre 1967, *JCP,* 1968-II-15518 bis, note P.N. ; *D.,* 1968-J-289 ; *RTD Civ.* 1968, p.536, n°2, obs. R., NERSON.
[1336] B., MORICE, *Manuel pratique de l'état civil*, n°226.
[1337] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p.661.

intersexes[1338]. En effet, « *il semble incohérent d'imposer une détermination du sexe d'un enfant intersexué dans un si bref délai* »[1339]. Ces délais, ne sont qu'une des nombreuses manifestations de l'inadaptation de la société au fait intersexe[1340]. Les conséquences d'un tel retard dans l'inscription d'un sexe en termes d'accès aux documents d'identité ou de choix du prénom, poussent les parents à ne pas utiliser ce délai supplémentaire et donc à pratiquer les interventions d'assignation mutilantes sur leurs enfants, alimentant ainsi le « *conflit entre* […] *l'intérêt de l'enfant et* […] *la pression sociale s'exerçant sur* [eux]»[1341].

266 . Enfin, la faculté pour les personnes intersexes d'avoir recours à une rectification d'état civil pour erreur sur le sexe reste possible, et semble justifier les probables interventions d'assignation comme un moindre mal, puisqu'ensuite, la modification juridique de sexe leur est ouverte.

267 . La problématique est bien différente pour les personnes transsexuelles qui ne peuvent bénéficier d'une rectification pour erreur, car le sexe à la naissance n'était frappé d'aucune ambiguïté. Dès lors, le régime jurisprudentiel puis légal du transsexualisme conditionne le changement de sexe à la réalisation d'une action d'état fondée sur l'article 99 du Code civil[1342] dont les critères sont longtemps restés flous.

[1338] A.-M., RAJON, « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », in C., NEIRINCK (dir.), L'état civil dans tous ses états, LGDJ, 2008, p. 71.
[1339] M., PÉRON, *Ibid.*, p. 9.
[1340] B., MORON-PUECH, *Ibid.*, p. 28.
[1341] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 29.
[1342] P., AUFIERE, « Changement de sexe et de prénom à l'état civil. Le point de vue de l'avocat », *in* A., FINE (dir.), *Etats civils en question. Papiers, identité, sentiment de soi,* Ed. du CTHS, coll. « Regard de l'ethnologue », n°19, 2008, p. 110.

SECTION SECONDE : LA PRISE EN COMPTE DU FAIT TRANSSEXUEL PAR LE DROIT : DE L'INDISPONIBILITE DE L'ETAT DES PERSONNES AU DROIT DE CHANGER DE SEXE

« *Il appartient à la société, dès lors qu'elle a admis* […] *la modification de la morphologie de l'individu d'aller jusqu'au bout et* […] *de reconnaître pleinement au transsexuel ce qui doit être désormais son véritable sexe social* »[1343].

268 . Sur la prise en compte du transsexualisme par le Droit, « *il ne s'est agi nulle part de légiférer par avance, mais juste de légaliser après coup, et puis éventuellement de légiférer* »[1344]. Cette éventualité est levée aujourd'hui, puisque le régime juridique de la reconnaissance du nouveau sexe des personnes transsexuelles, est légalement reconnu aux articles 61-5 et suivants du Code civil. Cette reconnaissance est le fruit d'un long et chaotique chemin juridique, marqué par l'apparition devant les prétoires de situations « *méconnues et négligées* »[1345] coïncidant avec la volonté pour les demandeurs de « *faire correspondre l'image qu'ils ont d'eux-mêmes à celle qu'ils renvoient aux autres* »[1346]. En effet, « *le transsexuel ne peut se satisfaire d'une « métamorphose » physique* [car] *il aspire à la modification de son état civil qui, seule, lui donnera un statut social conforme au sexe dont il a pris l'apparence* »[1347]. La reconnaissance du transsexualisme en Droit a évolué selon deux positions. D'une part, la position dite classique, qui commande que le changement de sexe n'est pas envisageable, tant l'état des personnes est une « *matière grave* », dans le sens où elle a des incidences sur la vie des individus et de la famille. D'autre part, une position

[1343] J., MASSIP, « Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *D.,* 1991, p. 169.
[1344] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.97.
[1345] Proposition de loi visant à protéger l'identité de genre, n°216, 13 décembre 2013, p. 4 ; Proposition de loi sur l'identité de genre, ant, 4 mai 2014, p. 3.
[1346] S. SENGENES, *Ibid.*
[1347] F., FURKEL, « La situation juridique du transsexuel en République fédérale d'Allemagne », in J., POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.774.

contemporaine, reprise dans la loi de 2016, qui fait primer les droits fondamentaux et les droits de la personnalité sur l'intérêt général[1348].

269 . Pendant plus de quarante ans, l'absence de dispositions spécifiques au changement de sexe a amené les juges à construire une véritable mosaïque[1349] dans les justifications de leurs décisions, créant un manque fâcheux d'harmonisation et une situation d'insécurité juridique (I). Aussi, dès les premières décisions – et les premiers refus, l'intervention du législateur se faisait sentir[1350], et l'objectif de la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle est ainsi affirmé par le Garde des Sceaux lui-même : « *mettre fin à une insécurité juridique* »[1351] (II).

I . L'inconstance du régime prétorien

270 . Les personnes transsexuelles saisissent le juge afin de « *parfaire* […] *l'œuvre du médecin* »[1352] et de poser la dernière pierre à l'édifice de leur identité. Si aujourd'hui ces demandes sont justifiées au regard de la protection d'un droit fondamental de la personnalité[1353], ce n'était pas si évident avant le développement des droits liés à la vie privée.

Le but de l'action tient dans l'« *attribution d'un état nouveau* », et non d'une rectification, puisqu'objectivement les critères d'assignation du sexe à la naissance n'ont posé aucun problème. La conséquence directe de cette action en constatation de sexe[1354] est que le

[1348] L.-E., PETTITI, *op. cit.*, p.18.
[1349] J., PENNEAU, note sous TGI Paris, 24 novembre 1981, *JCP*, 1982. II. 19792.
[1350] M., MAYMON-GOUTALOY, *D.,* 1985, chron. p. 217.
[1351] J.-J., URVOAS, Garde des Sceaux, Ass. Nationale, deuxième séance, 19 mai 2016, *Modernisation de la Justice du XXIème siècle, 18* quater, http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2015-2016/20160192.asp#P787824.
[1352] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.550.
[1353] L., LINOSSIER, *op. cit.*, p.144.
[1354] Nommée par nous, car en effet, aucune proposition jurisprudentielle ne semblait satisfaisante, qu'il s'agisse de l'action en « réclamation de sexe » de R., NERSON qui sous-entend la mise en place d'un acte de réclamation et donc une approche contentieuse dans la demande, ou encore les actions « en réassignation », « en concordance de sexe » de J.-P., BRANLARD. La première proposition suppose qu'une réassignation sexuelle chirurgicale ait été faite, or tous les demandeurs au changement de sexe ne sont pas opérés, tandis que la seconde demanderait aux juges d'ordonner des investigations plus poussées afin de s'assurer que toutes les composantes du sexe concordent entre elles, en plus d'être intrusif, cette

jugement qui proclamera le changement de sexe aura un effet purement constitutif[1355]. Aussi, la demande de changement de sexe n'est pas la seule action possible dans le cadre de la reconnaissance du transsexualisme par le Droit, et la doctrine distingue traditionnellement les demandes lourdes, relatives au sexe, des demandes légères, relatives au prénom[1356]. Généralement, la seconde fait office de compensation à la suite du refus de la première[1357].

271 . Dans les raisonnements qui vont suivre, nous n'adopterons pas d'approche chronologique[1358] de la jurisprudence qui s'est développée de manière anarchique au fil des divergentes interprétations des juridictions du fond et de la Cour de cassation, afin de favoriser une approche thématique autour de la conception du sexe par les juges. Cet éparpillement prétorien est dû pour une grande partie à l'absence de texte spécifique dans le Code civil depuis sa rédaction en 1804. Cette lacune est une caractéristique de l'art législatif du l'époque qui se devait être général et impersonnel, contrairement à aujourd'hui où l'on modifie à droit constant[1359]. Mais la question du transsexualisme a pris plus de temps que prévu, car même si elle s'est posée en 1975, le législateur n'est intervenu qu'en 2016[1360], si bien que le silence originel de la loi de 1804 s'est progressivement transformé en mutisme[1361], au regard de ce qui se passait au-delà de nos frontières[1362]. Dès lors, ces difficultés ont

---

appellation rendrait obligatoire le recours à l'expertise couteuse des médecins. V. R., NERSON, *RTD Civ*., 1966, n°5, p. 74 et s. ; *Recueil général des lois et de la jurisprudence et Répertoire Commaille*, 1966, n°389, p. 460 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.563.

[1355] V. notamment CA Lyon, 1er juill. 1981 ; L., LINOSSIER, *op. cit.* ; TGI Paris, 15 nov. 1982, *Gaz. Pal.,* n°310, § nov. 1983, note SUTTON ; CA Agen, 2 fév. 1983, *Gaz. Pal.,* n°310, § nov. 1983, note SUTTON ; *JCP G,* 1984, 2, 20133, obs. PENNEAU.

[1356] G., MÉMETEAU, note sous Ass. Plén. 11 déc. 1992, *JCP*., 1993, 3, n°21991. V. Civ. 1ère, 16 déc. 1975, *D*., 1976, p. 397, note LINDON. Par ailleurs, la Cour d'appel de Paris refusa une demande dite légère car l'accepter reviendrait à donner au demander un « statut mixte d'intersexualisme » alors qu'elle l'avait admis en 1978, comme la Cour de cassation. V. CA Paris, 8 novembre 1990, citée par Y., BUFFELAN-LANORE, *Droit civil. Première année*, Paris, A. Colin, 10ème éd., 1997, p.157 ; CA Paris, 24 fév. 1978, *JCP*, 1979. II. 19202, note PENNEAU ; Civ., 1ère, 16 déc. 1975, *D*., 1976. 397, 2ème espèce, note LINDON ; RTD Civ, 1976. 119, obs. NERSON.

[1357] Voir CA Paris, 24 fév. 1978, *JCP G*, 1979, IV, n°19202, note J., PENNEAU ; CA Paris, 17 sept. 1979, *JCP G*, 1980, IV, p. 398 ; CA Rennes, chambre à section 2, 25 juin 1986 (sur l'obligation de choisir un prénom neutre).

[1358] Pour une approche chronologique v. Ph. REIGNÉ, « Le notion juridique de sexe », *in* E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 305-307 ; C., BYK, « Quelle place pour un « troisième sexe » en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire NEIRINCK,* 2015, LexisNexis, p. 174-176, 181-185.

[1359] F., TERRÉ, A., OUTIN-ADAM, « L'année du bicentenaire », *D.,* 2004, p. 12 et s. ; L., MAUGER-VIELPEAU, *Ibid.*, n°6.

[1360] V. S., PARICARD, « Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Dr. Fam.,* 2012, n°1 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La loi doit-elle être bonne pour tous ? », *Dr. Fam*. janvier 2013.

[1361] Ce déni des juges les a rendu toujours plus inventifs dans les motivations de refus des demandes, v. notamment TGI Toulouse, 29 sept. 1973 ; TGI Paris, 17 sept. 1979, *JCP,* 1980. IV. 398 ; TGI Saint-Etienne, 26 mars 1980, *D.,* 1981.270 ; CA Lyon, 1er juill. 1981, inédit ; TGI Paris, 7 décembre 1982, *Gaz. Pal.,* 1983-J-603 à 610 (refus car le transsexualisme est apparu tardivement chez le demandeur) ; Civ. 2ème, 25 avril 2007, n°06-12901 ; CA Aix-en-Provence, 28 nov. 2007, n°07-14524. V. S., NICOT, « Sexe, genre et état civil : vers des droits humains nouveaux ? », *in* E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 288-291.

[1362] H., DELVAUX, « Les conséquences juridiques du changement de sexe en droit comparé », *in Transsexualisme, médecine et droit,* 1993, p. 157 et s. ; F., GRANET, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des Droits de l'Homme dans les États membres de la Commission internationale de l'État civil, *RTD eur.,* 1997, p. 672 et s. ; « Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les États membres de CIEC, *Dr. Fam.*, 1998, chron. 16 ; « Le transsexualisme en Europe », *in Le transsexualisme en Europe,* Éd. Du Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2000, p. 5 et s. ; M. R., WILL, « Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe : la situation en droit comparé

indéniablement contribué à l'*imbroglio* prétorien autour du régime juridique du transsexualisme, car même si les décisions étaient souvent orientées vers un refus, l'ambivalence des motifs employés[1363] a formé un puzzle jurisprudentiel[1364] difficilement lisible dans son ensemble. Néanmoins, il est possible de scinder l'action des juges en deux phases : avant[1365] (A) et après la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme en 1992[1366] (B).

A . La position jurisprudentielle avant 1992 : Des appréciations créatrices d'insécurité juridique

272 . Avant 1992, différents arguments ont été instrumentalisés par les juges de la Cour de cassation et les juges du fond. Au premier plan, c'est le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes qui fut utilisé pour rejeter les demandes de changement de sexe (1), puis le critère du caractère volontaire des modifications s'y est substitué, créant ainsi une première faille au principe du refus catégorique (2). Enfin, les magistrats vont prendre connaissance des différentes composantes du sexe, pour ainsi enrichir leur réflexion (3).

---

in Transsexualisme, médecine et Droit, XXX, p. 81 et s. ; F., FURKEL, « La loi allemande du 10 septembre 1980, sur le transsexualisme : source d'inspiration pour le législateur français ? », *in Mélanges à la mémoire de D. HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille,* LGDJ, 1994, p. 195 et s.

[1363] Note sous CA Aix-en-Provence, 6 décembre 1993, *JCP*, 1994, IV, n°624 ; CA Versailles, 13 mai 1993, *Gaz. Pal.* 31 juillet/2 aout 1994, 10, concl. DUPLAT.

[1364] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p.652.

[1365] Période caractérisée par un nombre considérable de refus. V. notamment Civ. 1ère, 30 novembre 1983, *Bull. civ.* I, n°284 ; 3 mars 1987, *Bull. civ.* I, n°79 ; 31 mars 1987, *Bull. civ.* I, n°117 ; 7 juin 1988, *Bull. civ.* I, n°176 ; 10 mai 1989, *Bull. civ.* I, n°189.

[1366] C.E.D.H., 25 mars 1992, *Botella c/ France,* n°13343/87.

1 . L'instrumentalisation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

273 . L'indisponibilité de l'état des personnes est un principe clé de la tradition civiliste française. Appliqué au transsexualisme, « *le principe de l'indisponibilité* […] *au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues* » [1367] . En l'absence de plus amples développements, l'argumentation de la Cour de cassation a été taxée de faible par la doctrine moderne[1368], d'autant plus que dans la décision de 1975[1369] les juges se livrent à un drôle de paradoxe : ils refusent le changement de sexe d'un homme tout en le désignant par les termes « *la demanderesse* » !

274 . C'est donc l'absence de disposition spécifique qui a orienté les magistrats vers l'indisponibilité, en suivant la figure du syllogisme. En effet, le sexe est un élément de l'état des personnes, qui est indisponible donc, le sexe est indisponible[1370], de sorte que le recours à ce principe devient « *normal et logique* »[1371]. L'appel à l'indisponibilité des éléments de l'état des personnes, comporte deux fondements, implicite et explicite. Ce dernier a trait au juste équilibre entre la protection des individus contre eux-mêmes et la protection de l'ordre public collectif contre les demandes de changement de sexe[1372]. Tandis que le premier est la manifestation de la négation nécessaire de l'état social psychologique afin d'assurer la protection de l'état social juridique[1373], donc, une pratique aujourd'hui contraire aux droits relatifs à l'identité.

275 . En somme, ces considérations sont totalement étrangères à l'indisponibilité juridique, qui est une limite purement patrimoniale aux biens et qui désignerait les choses

---

[1367] Civ.1ère, 16 décembre 1975, *JCP,* 1976. II. 18503, note J., PENNEAU ; *D.,* 1976.396, 1ère espèce, note LINDON; *D*. 1976. 397, note R. NERSON ; *Bull. civ.,* I, n°374.

[1368] Ph., REIGNÉ, « Le sexe et l'état civil », *Think Tank Different. Le Laboratoire Politique*, 29 juin 2012, p. 4 [En ligne :http://www.thinktankdifferent.com/fr/les-publications/les-notes/theme-1-axe-diversalite/id-8-le-sexe-et-l-etat-civil-synthese-, consulté le 1er février 2016] ;

[1369] Cass., 16 déc. 1975 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.515.

[1370] J., LEGALONNEC, *Encyclopédie Dalloz*, « Droit Civil », 1972, sp. 43 et. S.

[1371] G., MÉMETEAU, « Transsexualisme : corps approprié ; jurisprudence à comprendre », *Journal de médecine légale Droit médical*, 1995, T., 38, n°6, p.436.

[1372] C., ATIAS, *Les personnes, les incapacités,* PUF, 1985, & 11. Alors que nous démontrons plus haut que le risque d'auto-atteinte à l'intégrité du corps est plus élevé en l'absence de changement de sexe, qu'il soit juridique ou médical.

[1373] L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p.79.

hors du commerce juridique[1374]. Evidemment, le sexe est en principe hors du commerce juridique, mais il n'est pas une chose, il n'est pas un bien, il est un concept, et dans le pire des cas, une prestation. En cela, l'utilisation du principe de l'indisponibilité dans le cadre du transsexualisme est discutable[1375] et « *totalement inadéquat* »[1376]. Seuls les droits attachés aux éléments de l'état des personnes peuvent être soumis à des actes de dispositions unilatéraux (comme les renonciations) ou contractuels (comme la procréation médicalement assistée, le pacte civil de solidarité ou encore le divorce) [1377] , mais la volonté de leur auteur sera toujours limitée par, soit l'existence d'un texte leur permettant de « *disposer* » de l'élément, soit par des conditions de forme imposées[1378]. Par ailleurs, la complexité dans l'appréhension de la notion d'indisponibilité appliquée aux éléments de l'état des personnes, a contribué à une véritable confusion des notions. Certains auteurs préfèrent parler d'intangibilité[1379], à l'instar de certains juges[1380] et même du législateur[1381], tandis que d'autres la réfute à juste titre[1382]. Car en effet, si ce qui est intangible est ce « *qui ne peut subir d'atteinte, d'altération ; qui doit rester intac*t »[1383], ce n'est définitivement pas le cas de l'état civil ! En revanche, d'autres ne cessent de préciser que « *l'indisponibilité n'est pas l'immutabilité* »[1384], reprochant ainsi aux magistrats d'avoir longtemps confondu les deux notions pour justifier les refus de changement de sexe[1385]. Dès lors, l'indisponibilité est le bon principe dans son application, puisqu'il n'est pas hermétique aux changements d'état[1386]. L'immutabilité correspond plus à la fonction technique de l'état des personnes, c'est-à-dire, l'identification possible s'il n'y a pas de risques de perdre l'individu[1387].

[1374] J., ROCHFELD, *op. cit.*, p. 42.
[1375] A.-M. LEROYER, « *La notion d'état des personnes* » in *Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert,* Paris, Economica, 2004, p. 260.
[1376] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p.651.
[1377] A.-M. LEROYER, *Ibid.*, p.261.
[1378] Nécessité de l'officier d'état civil pour modifier l'état civil, passage devant le juge etc.
[1379] L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p. 69-70.
[1380] CA Versailles, 22 juin 2000, *JCP G,* n°39, 2001, II, 1059 ; TGI Montpellier, 24 mars 2016, n°15/03425, note F. VIALLA, « Transidentité : *quid novi ? « Nihil, ferè nihil, minus nihilo » ?* », *LPA,* n°151, p. 8 ; *RDS,* n°72, p. 584-588.
[1381] M. le Ministre de la Justice dans les discussions parlementaires autour de la loi de modernisation J21parle aussi d'intangibilité. V. J.-J., URVOAS, *Ibid.*
[1382] F., VIALLA, « Indisponibilité n'est pas synonyme d'intangibilité », note sous CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, *JCP G,* n°17, 25 avril 2016, 492, p. 853 ; F. VIALLA, « Transidentité : *quid novi ? « Nihil, ferè nihil, minus nihilo » ?* », *LPA,* n°151, p. 8 ; *RDS,* n°72, p. 584-588 ;
[1383] http://atilf.atilf.fr/academie9.html ;
[1384] F., TERRE, D., FENOUILLET, *Les personnes, la famille, les incapacités,* 7ème éd., Dalloz, 2005, n°128 ;
[1385] 4 arrêts du 21 mai 1990, *JCP,* 1990, II-21588, rapport MASSIP, concl. FLIPPO. V . également B., BEIGNIER, *Le droit de la personnalité,* Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ?», 1992, p.17.
[1386] Mariage, filiations, nom ou prénom.
[1387] M., PICHARD, « Etat des personnes, genre et identité », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

2 . L'illusion du déclin de l'indisponibilité de la mention du sexe

276 . L'indisponibilité commence à être abandonnée dans les décisions de justice à partir de 1983[1388] et lorsqu'elle est réemployée dans la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation le 15 février 2013, c'est d'une manière douteuse. En effet, le principe est inclus dans le rapport de juste équilibre, imposé par l'article 8, alinéa 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, entre les conditions du changement de sexe pour des impératifs de sécurité juridique, d'indisponibilité et le respect de la vie privée. Or, l'alinéa 2 de l'article 8 de la C.E.D.H. ne mentionne à aucun moment que les impératifs de sécurité juridique et le principe de l'indisponibilité font partie de la balance des intérêts[1389]. En dehors de ce point de survivance, la lecture des décisions de justice nous montre que le principe de l'indisponibilité a été substitué par la notion de « *cause étrangère à la volonté* »[1390], seule capable de justifier le changement de sexe.

Mais ce n'est pas parce que l'indisponibilité n'apparaît pas littéralement dans les décisions qu'elle en est forcément absente. En effet, elle demeure implicitement le fondement des refus de changement de sexe, car même si la jurisprudence n'y fait plus référence, elle constate néanmoins qu' « *en dépit des opérations auxquelles elle s'était* [volontairement] *soumise,* [la requérante] *n'est pas du sexe masculin* »[1391].

277 . La volonté est donc au cœur des problématiques transsexuelles, conformément à la doctrine française conservatrice, pour qui il existe « *dans l'appartenance à un sexe un classement de l'individu qui échappe à* [la] *volonté* »[1392]. Or, la question de la libre volonté n'est pas étrangère à l'indisponibilité, car ce principe a pour but principal de la limiter, voire de l'annihiler. Dès lors, si l'exercice d'une volonté de changer délibérément de sexe fait

---

[1388] Civ.1ère, 30 mars 1983, *JCP*. 1984. 20222, concl. P.A., SADON, obs. J. PENNEAU.

[1389] Art. 8, al. 2 de la C.E.D.H. : « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* ».

[1390] M., GOBERT, « Le transsexualisme : fin ou commencement », *JCP,* 1988, I, 3361 ; Civ.1ère, 3 et 31 mars 1987, *Bull. civ.,* I, n°79, p.59 ; *D.,* 1987, 445, note JOURDAIN ; *JCP,* 1988, II, 21000, Note AGOSTINI.

[1391] Civ.1ère, 30 mars 1983, JCP. 1984. 20222, concl. P.A., SADON, obs. J. PENNEAU.

[1392] J., CARBONNIER, *Les personnes,* Thémis, 2000, p. 1409 ; D., SALAS, *Sujet de chair, sujet de droit. La Justice face au transsexualisme,* PUF, 1994.

obstacle à toute demande de changement juridique de ce dernier, seule la cause étrangère est susceptible d'inverser cette tendance[1393].

La jurisprudence a admis le changement de sexe en cas d'évolution accidentelle et d'évolution naturelle[1394]. Dans la première hypothèse, les juges de la Cour de cassation ont accédé à la demande d'une personne qui a subi des opérations et traitements féminisants contre son gré dans les camps de concentration[1395], ou encore pour une personne qui présentait une amorce de masculinisation, mais qui, à la suite d'un traumatisme crânien a subi des « *transformations si importantes qu'*[elle] *ne peut supporter sans troubles graves le statut social correspondant au sexe déclaré* »[1396]. Pour la seconde hypothèse, l'évolution naturelle[1397] commande que les interventions et traitements n'aient été que les révélateurs et non les créateurs du nouveau sexe[1398]. Cependant, les décisions qui font état d'une évolution naturelle du sexe ne concernent en fait, que des cas d'intersexuation physique et non de transsexualisme[1399], ce qui a eu pour conséquence de limiter considérablement les opportunités de changement juridique de sexe sur ce fondement.

278 . Il a donc fallu pour les juges ne plus s'en tenir au caractère accidentel ou naturel de l'évolution pour ne considérer que la volonté des demandeurs. Dès lors, seules les interventions non subies volontairement ouvriront un droit au changement de sexe[1400], c'est-à-dire lorsque le demandeur est porteur de « *prédisposition*[s] *dont il n'est pas maître* »[1401] qui s'opposent à la « *volonté rationnelle* »[1402]. Il faut et il suffit que le changement de sexe soit étranger à la volonté du demandeur, soit qu'il émane d'une force extérieure[1403], soit qu'il est

---

[1393] Deux acceptions de la cause étrangère son envisageable, une étroite et une large. La vision étroite de la cause étrangère n'englobe pas la volonté et ne concerne que les accidents ou contraintes extérieures, de sorte qu'elle peut être confondue avec la force majeure. L'acception large est celle que nous retenons car elle prend en considération toutes les situations qui échappent à la volonté qu'elles soient intrinsèques à la personne ou émanant de causes extérieures. Sur la distinction des deux acceptions v. J., MASSIP, *Ibid.*; L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p.100. Sur de la jurisprudence relative à la seconde acception v. Civ. 1ère, 7 juin 1989, *Bull. civ.,* I, n°176 ; *D.,* 1988, IR, 177 ; *Gaz. Pal.,* 1989, 1, 417, note AGOSTINI ; Civ. 1ère, 10 mai 1989, *Bull. Civ.,* I, n°189 ; *D.,* 1989, IR, 171.

[1394] L., LINOSSIER, *op. cit.* ; L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p. 69-70.

[1395] Civ.1ère, 16 décembre 1975, *D.,* 1976.397, 2ème espèce ; *JCP,* 1976, II, 1850, obs. J., PENNEAU.

[1396] TGI Toulouse, 10 fév. 1977, inédit

[1397] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.509.

[1398] CA Limoges, 4 juin 1975, *D.,* 1975. Somm.121.

[1399] V. par exemple : TGI Dijon, 2 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1977. 2. 577 (en l'espèce, le demandeur avait des organes sexuels mâles atrophiés qui l'ont conduit à demander aux médecins une castration puis création d'un pseudo-vagin) ; CA Toulouse, 11 octobre 1978, *D.,* 1980. IR. 324 (féminisation des caractéristiques secondaires malgré un caryotype masculin) ; CA Paris, ch. 1, section supplémentaire, 22 oct. 1987, sur TGI Créteil, 19 déc. 1985. V. L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p.85.

[1400] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p.666 ; E., GROFFIER, *Ibid.*, p.216. V. également Civ.1ère ,3 mars 1987, D. 1987. 445, note P. JOURDAIN ; Civ. 1ère, 3 mars 1987, n°54.15.691, *Bull.* 1, n°79, p.59 ; Civ. 1ère, 31 mars 1987, *Bull.* 1, n°116, p.87 ; *D.*, 1987, 445 ; R., NERSON, obs., *RTD civ.,* 1976.121.

[1401] Civ.1ère, 16 décembre 1975, *JCP,* 1976. II. 18503, note J., PENNEAU ; *D.,* 1976.396, 1ère espèce, note LINDON.

[1402] L., LINOSSIER, *op. cit.*, p.143.

[1403] *Contra* : Civ. 1ère, 16 déc. 1975 (deux décisions), *Bull. civ.* I, n°375 et 376 ; *D.,* 1976. 397 note LINDON ; *JCP,* 1976. II. 18503, note PENNEAU ; CA Nîmes, 2 juillet 1984 ; CA Paris, 18 janv. 1974, *D.,* 1974. 196, concl. GRANJON ; *Gaz. Pal.,* 1974.1.158 ; *RTD Civ.,* 1974.801, obs. NERSON. Voir également l'application de ce raisonnement pour les cas

le « *fruit d'authentiques tendances instinctives* »[1404] inhérentes à l'individu mais sur lesquelles il n'a aucune prise[1405]. C'est à cet instant que la notion de transsexualisme vrai va faire son apparition en précisant l'étendue de cette seconde proposition. Ainsi, « *il y a transsexualisme vrai dans la mesure où cette évolution échappe à la volonté du sujet et n'est pas le résultat d'une attitude délibérée qui serait adoptée à des fins plus ou moins utilitaires, voire perverses* »[1406], dont la preuve est apportée par un certificat médical. Néanmoins, les juges ont considéré assez largement que le transsexualisme vrai est un trouble psychique qui entre dans les différentes formes de la cause étrangère[1407], conformément à l'avis de l'Ordre National des Médecins (l'O.N.M.)[1408]. Même si cette approche semble plus libérale, elle n'en demeure pas moins insatisfaisante puisqu'elle revient à considérer que le transsexuel est malade mentalement[1409], bien qu'il eût été possible de se placer du côté de l'état de nécessité pour pallier à cette insatisfaction[1410].

---

d'intersexuation physique, v. CA Paris, 24 février 1978, J., PENNEAU, note sous CA Paris, 1ère ch. sect. C, 24 février 1978, *JCP,* II, 1979, 19202. En l'espèce une personne intersexe a eu recours à des opérations pour devenir pleinement un homme alors que né et déclaré comme étant une fille. Le changement de sexe lui a été refusé car d'une part les modifications étaient volontaires et son génotype 100% féminin, mais le changement de prénom accordé.

[1404] L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p. 98.

[1405] TGI de Saint-Etienne, 11 juillet 1979 ; *D.,* 1981. 270 ; TGI Nanterre, 16 oct. 1980, inédit ; TGI Tours, 8 juill. 1981 ; TGI Paris, 24 nov. 1981, 2ème espèce, *JCP,* 1982. II. 19792, note PENNEAU ; Civ. 1ère, 31 mars 1987, n°85-14176, *Bull. civ.,* I, n°116, p. 87 ; *D.,* 1987, p. 445, note JOURDAN ; *JCP,* 1988, II, 21000, note AGOSTINI ; TGI Dijon, 2 mai 1977 ; TGI Paris, 24 nov. 1981 ; CA Agen, 2 fév. 1983 ; CA Toulouse, 9 juill. 1985 ; TGI Seine, 11 juillet 1979, *D.,* 1981, J, 270 ; TGI Angoulême, 2ème ch., 18 janvier 1984 ; CA Versailles, 21 nov. 1984, *Gaz. Pal.*, 1968, Rec. Des somm. 348. V. également Proposition de loi tendant à autoriser les traitements médico-chirurgicaux pour les anormalités de la transsexualité et à reconnaitre le changement d'état civil des transsexuels, n° 260, Sénat, 9 avril 1982 ; rapport Ph., DUBOIS, *Le physique de la personne,* Ed. Economica, 1986, n°169.

[1406] CA Agen, 2 fév. 1983.

[1407] CA Grenoble, ch. 2, 26 avril 1989 ; TGI Valence, 8 janv. 1986 ; TGI Carcassonne, 12 juil. 1985. V. également P., JOURDAIN, sous Cass. 1ère civ., 31 mars 1987, n°85-14.176, D. 1987, jur., p. 445 ; M., GOBERT, « Le transsexualisme, ou la difficulté d'exister », *JCP G*, 1988, I, n°3361, n°s 10 et s.

[1408] L'O.N.M. qui considérait que le transsexualisme s'analysait en une « demande spécifique de soins pour un sujet souffrant d'une maladie psychique ». V. L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p. 78.

[1409] La maladie mentale fait obstacle à l'indisponibilité. En effet, si la personne est dénuée de toute volonté, elle ne peut pas disposer librement d'un droit au changement de sexe, dès lors, si un tel changement intervient c'est qu'il est commandé par une nécessité impérieuse qui échappe à la volonté.

[1410] À l'image du Tribunal d'arrondissement, 1ère Sect., Luxembourg, 18 déc. 1985, Cité par L.-E., PETTITI, *op. cit.*, p. 22, qui a admis l'autorisation du changement de sexe lorsqu'il est indépendant de la volonté et qu'il constitue « *l'aboutissement inéluctable d'un état de nécessité* » et pour se faire, « *l'intervention chirurgicale doit avoir été révélatrice de caractères préexistants et non artificiellement créés* ». Motif soulevé également par la CA Nancy, ch. 1, 2 avril 1981 qui a refusé le changement de sexe car il était artificiel et les interventions non motivées par un état de nécessité.

3 . La prise en compte des autres composantes du sexe

279 . Les avancées scientifiques par la popularisation des composantes du sexe ont marqué un tournant dans la jurisprudence. En effet, si les demandeurs peuvent tromper les juges avec leur apparence, il n'en est pas de même avec leurs caractéristiques chromosomiques. C'est ainsi que la composante objective du sexe est devenue un indice de premier plan pour refuser les demandes de changement de sexe. Ainsi, les magistrats demandèrent qu'il existe une véritable concordance de ces différents aspects du sexe[1411], si bien que la personne opérée qui n'a que les aspects extérieurs du sexe revendiqué verra sa demande rejetée[1412]. Les interventions ne permettent qu'un rapprochement de l'apparence du nouveau sexe, non une mutation[1413], puisque le sexe chromosomique ne change pas, il est immuable[1414]. Il constitue une vérité biologique, une « *réalité objective* »[1415] qui s'impose à tous, même au juge[1416] et pendant longtemps, son caractère immuable en a fait le meilleur critère[1417] pour justifier, en droit français comme en droit européen[1418], les refus de changement juridique de sexe[1419].

280 . En revanche, certaines juridictions en ont par ailleurs fait un critère subsidiaire, voire ne s'y réfèrent pas du tout[1420], ou l'utilisent seulement en cas de doute[1421]. Mais dans la plupart des décisions, le sexe chromosomique l'emporte sur les autres composantes, surtout sur la composante subjective[1422]. Le transsexualisme demeure une « *conviction, mais quelle*

[1411] V. Civ.1ère, 7 juin 1988.
[1412] Limoges, 4 juin 1975, D. 1975, Somm. 121.
[1413] G., MÉMETEAU, *Ibid.* , p.439. V. Civ.1ère, 30 nov. 1983.
[1414] D., THOUVENIN, « Le « transsexualisme » : une question d'état méconnue (les problèmes soulevés par l'atteinte médicale à l'intégrité corporelle, et par l'atteinte aux principes d'indisponibilité et d'immutabilité de l'état des personnes), *RDSS,* 1979, p. 301 ; C., CHILAND, « Bilan de 25 années de travail avec les transsexuels », *in J.*, MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*, p.273.
[1415] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 502.
[1416] J., PENNEAU, obs. sous Cass. 16 déc. 1975, *JCP,*1976, II, 18503 ; CA Paris, 18 janvier 1974, *D.,* 1974-J-196 ; *Gaz. Pal,* 1974-1-158 ; *RTD Civ.,* 1974, p.801, obs. R., NERSON ; CA paris, 1ère ch., section C, 24 février 1978, *Gaz. Pal.,* 1979, somm. 48 ; *JCP*, 1979-II-19202. *Journal des Notaires et des Avocats,* 1979, p.373, n°3 ; Ci.1ère, 31 mars 1987 et 7 juin 1988.
[1417] CA Bordeaux, 5 mars 1987, *JCP* 1988, tableau de la jurisprudence, 195 ; TGI de Bobigny, 9 octobre 1990 (inédit).
[1418] CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Une,* n°9532/81 ; 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume_Uni*. Il a également été le critère en droit étranger : v. BGH, 21 sept. 1971, *STAZ,* 1972, 137 ; OLG Hamm, 3 déc. 1973, *STAZ,* 1974, 69 ; Trib. di Palermo, 17 mars 1972 ; Bruxelles, 7 mai 1974, J. T. 1974, 713.
[1419] TGI de la Seine, 18 janv. 1965, *D.*1966, Somm. 14 ; *JCP*. 1965. 14421, obs. FABRE.
[1420] TGI Dijon, 2 mai 1977, *Gaz. Pal.,* 1977-2-577
[1421] TGI Seine, 18 janvier 1965, *JCP,* 1965-II-14421 ; *RTD Civ.,* 1966, p.74 et s., obs. R., NERSON ; CA Paris, 18 janv. 1974, *D.,* 1974, p. 196, concl. GRANJON
[1422] D., THOUVENIN, *Ibid.*, p.305. V. Civ. 1ère, 7 juin 1988, n°86-13698, *Bull. civ,* I, n°176, p. 122 ; *Gaz. Pal.,* 1989, I, p.417, note AGOSTINI ; Civ. 1ère, 10 mai 1989, *Bull. civ.,* I, n°189, p. 125 ; Civ. 1ère, 30 nov. 1983, n°82-13808, *Bull. civ.,* I, n°284, p.

que soit sa force, ce n'est pas un changement de sexe »[1423]. Cette position rationaliste a été maintenue jusqu'à ce que la Cour européenne des Droits de l'Homme s'adonne à une « *approche compréhensive de la notion de sexe* »[1424] en affirmant qu'« *il n'est pas évident que l'élément chromosomique doive inévitablement constituer – à l'exécution de tout autre – le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels* »[1425]. D'autant plus qu'au regard des états d'intersexuations physiques, notamment de celui dont il est question dans les décisions relatives au sexe neutre[1426], le sexe chromosomique n'est pas toujours approprié. En l'espèce, si le requérant dispose d'un caryotype masculin certain (XY) « *il présente indiscutablement et aujourd'hui encore une ambiguïté sexuelle* ».

281 . Les évolutions doctrinale[1427] et jurisprudentielle[1428] concomitantes au rapide changement des mœurs[1429] et à la découverte des composantes du sexe[1430], ont enfin intégré le fait que les « *avancées scientifiques sont* […] *un facteur de mise en question du droit, à la fois quant à sa légitimité à intervenir dans ces matières et quant au sens des solutions à adopter* »[1431]. La difficulté pour les juges est par ailleurs doublée puisqu'ils devront statuer sur une action présentée par une personne, qui face à eux, aura « *un sexe chromosomique*

---

253 ; *D. S.,* 1984, p. 165, note EDELMAN ; *JCP,* 1984, II, 20222, concl. SADON, note PENNEAU ; CA Nancy, 22 avril 1982, *JCP,* 1984, II, 20222, dans cette espèce il est également question des capacités de procréation nulles de la requérante FtM ; CA Versailles, 1ère ch., 25 mai 1987, confirmation de TGI Versailles, 24 sept. 1986, *D.,* 1987, IR, 163 ; CA Paris, 27 janvier 2011, JCP G 2011, 480, note Ph. REIGNE (2ème espèce) ; Civ. 1ère, 21 mai 1990, *JCP,* 1990, II, 21588.

[1423] Conclusion F., FLIPO, sous Civ. 1ère, 21 mai 1990, *JCP,* 1990, II, 21588.

[1424] M., LEVINET, commentaire n°38, *in* F., SUDRE et a., *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme,* PUF, 2003.

[1425] CEDH, (GC), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n°28957/95, *Rec*., 2002-VI, §82 ; CEDH (GC), 11 juillet 2002, *I. c/ Royaume-Uni*, req. n°25680/94 ; *GACEDH*, n°45 ; *RTD civ*., 2002, 782, obs. J., HAUSER ; RJPF, 2002, 14, obs., A., LEBORGNE ; *RTD civ*., 2002, 862, note J.-P. MARGUENAUD ; A.-S., CHAVENT-LECLÈRE, « Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme », *D.,* 2003, 2032.
Cette position avait cependant déjà été adoptée par quelques juridictions du fond en France, à l'image de la CA Toulouse, 11 oct. 1978 qui affirme qu'on ne peut pas limiter la détermination du sexe d'une personne au seul examen du sexe anatomique ou à son seul caryotype, ce « *serait contraire aux données actuelles de la science médicale de se référer uniquement au sexe chromosomique, un individu qui a subi, dans l'évolution des caractères sexuels, soit du fait de la nature, soit du fait d'éléments extérieurs, des transformations si importantes qu'il ne peut supporter sans troubles graves le statut social correspondant au sexe déclaré à la naissance, est en droit d'obtenir la modification de son état civil quant à l'indication su sexe, la modification de son prénom n'état que la conséquence et le signe juridique de ce changement de sexe* ». ; TGI Saint Etienne, 11 juill. 1979, *D*. 1981. 270 ; Toulouse, 11 oct. 1978, *JCP*. 1981. 19529, note. J. PENNEAU « Si le sexe génétique est immuable, la définition du sexe réel n'est pas obligatoirement liée à cette seule notion » ; TGI Amiens, 4 mars 1981, pour un cas d'intersexuation physique.

[1426] F., VIALLA, *Ibid*.

[1427] La doctrine reste néanmoins divisée entre les auteurs qui sont en faveur d'un changement de sexe, et ceux qui y sont catégoriquement contre en vertu du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ou ceux qui estiment qu'un changement de prénom suffit. V. notamment Pour : M., GOBERT, « Le transsexualisme, fin ou commencement », *JCP,* 1988.I.3361, n°1. Contre : J., CARBONNIER, *Les personnes,* PUF, n°78. Changement de prénom : M.-L., RASSAT, *op. cit.,* p. 665.

[1428] J., MASSIP, *op. cit.* ; M., IACUB, *op. cit.*, p. 67 et s.

[1429] Avec l'aide des médias. V. J., RUBELLIN-DEVICHI, « Transsexualisme », *RTD Civ.,* 1989, p. 721-735.

[1430] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.549.

[1431] F., BRUNET, *La normativité en droit,* Thèse, Mare&Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p.499-501.

déterminé, un sexe psychologique et social opposé [et] *un sexe morphologique intermédiaire* »[1432], créant ainsi une véritable dichotomie entre « *l'être et l'apparence de l'être* »[1433], faisant prévaloir l'être dans un premier temps[1434].

B . Le revirement incomplet de 1992

282 . Toutes ces tractations prétoriennes ont alimenté l'illisibilité du régime juridique attaché au transsexualisme et favorisé des situations d'inégalités entre les personnes désireuses de changer de sexe tout en confirmant l'attachement à la conception essentialiste du sexe par la jurisprudence[1435].

Toutes ces raisons constituent une violation non justifiée de l'article 8 de la C.E.D.H. dénoncée par la Cour européenne des Droits de l'Homme et qui a provoqué un revirement jurisprudentiel en droit interne en 1992 (1). Malheureusement, le manque de clarté de l'attendu de principe n'a pas pu éviter les interprétations rétrogrades des décisions qui suivirent (2).

[1432] M.-L., RASSAT, *op. cit.*
[1433] M., IACUB, *op. cit.*, p. 69.
[1434] La loi de modernisation J21 de 2016, fait clairement primer l'apparence de l'être en établissant une action en possession d'état de sexe.
[1435] D., BORILLO, *op. cit.*

1 . Le sexe comme composante de la vie privée : la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme

283 . Le 31 mars 1987, la première chambre civile de la Cour de cassation[1436] rejette le pourvoi de M. BOTELLA, personne transsexuelle ayant subi un processus de transition médicale complet au Maroc, concernant le changement de la mention « *sexe masculin* » en « *sexe féminin* » à l'état civil[1437]. À la suite de ce rejet, il saisit la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui, le 25 mars 1992 statue en sa faveur et condamne la France pour la violation de l'article 8 de la C.E.D.H. [1438] relatif au droit au respect de la vie privée, au motif que ce refus plaçait quotidiennement la requérante « *dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée* », provoquant une « *rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* ».

L'écho de cette décision s'est fait ressentir quelques mois plus tard en droit interne dans une décision d'Assemblée plénière, le 11 décembre 1992[1439]. Cette décision tant attendue pose enfin les conditions d'accès au changement de sexe. Dès lors, « *lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ;* […] *le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification* ».

[1436] Civ. 1ère, 31 mars, 1987, n°85-14.176.

[1437] Sur les détails des instances : débouté de sa demande de changement de sexe et de prénom par le TGI Libourne, le 22 novembre 1979, la Cour d'appel de Bordeaux confirme le jugement de première instance par décision du 30 mai 1985. Après épuisement des voies de recours, M. BOTELLA transmet une requête à la Commission d'examen des requêtes pour la violation des articles 3, 8 et 12 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. La Cour statuera en sa faveur le 25 mars 1992 au seul visa de l'article 8 de la Convention.

[1438] CEDH, 25 mars 1992, aff. 57/1990/248/319, *Botella c/ France, D*. 1993, jur. 101, note J.-P., MARGUENAUD, *JCP G* 1992, II, n°21955, note T., GARE ; G., GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes,* LGDJ, 1989, p.267 ; J., HAUSER, *RTD Civ*., 1992, P ; 540 ; J., RUBELLIN-DEVICHI, *RTD Civ*., 1989, p. 735 ; F., TERRE et D., FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités,* Dalloz, 6ème éd., p. 149 ; P., MURAT, *Droit de l'enfance et famille,* 1992, p. 28 ; M.-L., RASSAT, *op. cit.* p. 651-674.

[1439] Ass. Plén., 11 déc. 1992, n°91-11900 et 91-12373 ; *JCP,* 1993, II, 21991 concl. JÉOL, note MÉMETEAU ; *Gaz. Pal.,* 1993, I, p. 180, concl. JÉOL ; *RTD Civ.,*1993, p. 325, obs. HAUSER ; Bull. civ. Ass. Plén. N°13 ; M., FRIANT-PERROT, « Transsexualisme : une modification des conditions de changement de sexe ? », *Recueil Dalloz,* n°35, p.497-512 *JCP G,* 1993, II, 21991, concl. JÉOL.

284 . Cette « *entreprise humaniste* »[1440], bien que sous contrainte, de la Cour de cassation devait replacer l'apparence de sexe au cœur des débats jurisprudentiels et procéder à un retour de sa conception conformément à la jurisprudence de 1903[1441]. Nous retiendrons alors que la Cour de cassation met en place deux conditions cumulatives[1442], soumises à une appréciation *in concreto* : d'une part, les juges statuent en connaissance d'une expertise judiciaire constatant médicalement le syndrome et, d'autre part, en appréciant l'apparence physique et sociale du sexe revendiqué. Certains auteurs ont cru percevoir dans cet attendu la réelle prise en compte du comportement social[1443] par la Cour de cassation, mais les applications qui suivirent suffisent à le démentir. En effet, ce revirement va ouvrir la voie à un régime fondé sur la preuve de l'authenticité du syndrome *via* le processus thérapeutique qui a une fonction probatoire[1444]. Et même s'il existe une reconnaissance du droit au transsexualisme, il reste incertain sur sa portée et sur son fondement, car tous les magistrats n'auront pas les mêmes exigences de preuve. Ils vont alors développer une sorte de mécanisme de défense et mettre en avant des exigences probatoires, dont les effets pervers, partagés dans d'autres pays de l'Union européenne, entraîneront une nouvelle condamnation, pour la Turquie cette fois en 2015 par la Cour européenne des Droits de l'Homme[1445].

2 . L'ambivalence du critère de l'irréversibilité

285 . Le premier outil mis au point par les juges pour apprécier l'opportunité du changement de sexe tient dans le caractère irréversible de la transformation (a). Même si la

[1440] Concl. av. gén. JÉOL, sous Ass. Plén. 11 déc. 1992.
[1441] Civ. 6 avril 1903.
[1442] Des débats doctrinaux ont eu lieu afin de connaître le nombre exact de conditions, nous retenons la position la plus simple et celle qui, selon nous, semble justifier que même après le revirement certaines juridictions aient pris des libertés dans leur appréciation. Aussi, le nombre de condition oscille entre trois (diagnostic, opération et constatation par le biais d'une expertise judiciaire, v. D., ROMAN, *op. cit.* et quatre conditions relatives à la conviction d'appartenir au sexe revendiqué, aux actes chirurgicaux posés, à l'apparence et au comportement.
[1443] M., PICHARD, « Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel BORILLO), *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p.277.
[1444] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 489.
[1445] CEDH, 10 mars 2015, *YY c/ Turquie,* Req. n°14793/08.

décision de 1992 n'y fait pas référence, cette condition a été clairement inspirée d'une recommandation n°1117(1989) du Conseil de l'Europe, relative à la condition des transsexuels[1446], tel que l'a interprété la Haute autorité de santé (la H.A.S.). Ce sont les décisions de la Cour de cassation des 7 mars 2012 et du 13 février 2013[1447] qui sont venues révéler cette nouvelle condition, ainsi que la seconde, qui a trait à la preuve de la réalité du syndrome qui se fera nécessairement par le biais d'une expertise médicale (b).

a . L'absence de curseur de l'irréversibilité

286 . Ces nouvelles conditions ont suscité de nombreuses interrogations, notamment quant au « *curseur d'irréversibilité* »[1448] des transformations demandées. En somme, à partir de quel niveau de médicalisation considère-t-on que les transformations sont devenues irréversibles ?

Après de nombreux débats doctrinaux, il a été admis que l'irréversibilité dont il était question devait être physique et concerner l'apparence du demandeur[1449]. Mais ici encore, l'appréciation n'est pas aisée. En effet, même s'il est certain que les interventions chirurgicales de réassignation ou esthétiques, constituent des transformations irréversibles[1450], rien n'est aussi certain au sujet de l'hormonothérapie, pour laquelle la communauté

[1446] Recommandation n° 1117 (1989) Conseil de l'Europe du 29 sept. 1989 relative à la condition des transsexuels.

[1447] Civ. 1ère, 7 juin 2012, *Dr. fam.* 2012, comm. 131, obs. Ph. REIGNÉ ; *D.,* 2012, p. 1648, note F. VIALLA ; *D.,* 2013, p.663 ; *AJF,* 2012, p. 405 ; *RDSS,* 2012, p. 880, note S., PARICARD ; *RTD Civ.,* 2012, p. 502, obs., J., HAUSER. Civ. 1ère , 13 février 2013, *Dr. fam.* 2012, comm. 48, obs. Ph. REIGNÉ ; *D.,* 2013, p. 1089, obs., J.-J., LEMOULAND et D., VIGNEAU ; *AJF,* 2013, p. 182, obs., G., VIAL ; *RTD Civ.,* 2013, p. 344, obs. J., HAUSER ; Civ.1ère, 13 fév. 2013, n°11-14.515, *Bull. civ.* I, n°13 ; *Dr. fam.* 2013/4, p.18, note P., REIGNÉ ; *RJPF* 2013-2/22, obs. I., CORPART ; *RTD civ* 2013. 344, obs. J., HAUSER ; Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil,* Ass. Plén. 27 juin 2013, p.6 ; Ph. REIGNÉ, « Le changement de sexe devant la Cour de cassation. Le juge, l'expert, l'irréversibilité », *JCP G,* n°26, 2012, 753, note sous Civ.1ère, 7 juin 2012, n°11-22.490 et 10-26.947.

[1448] H.A.S., *op. cit.*, p.46 ; L., BRUNET, C., FORTIER, « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité » *in* N., GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité,* Anthémis, 2012, p.85 ; C., FORTIER, « La question du transsexualisme en France. Le corps sexué comme patrimoine », *CDSA,* n°18, 2014, p. 280 ; F. VIALLA, « Transidentité : *quid novi ? « Nihil, ferè nihil, minus nihilo » ?* », *LPA,* n°151, p. 8.

[1449] Précision finale apportée par la circulaire du 14 mai 2010 ; *Proposition de loi sur l'identité de genre*, A.N.T. 4 mai 2014, p. 4 ; Défenseur des Droits, Décision cadre MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 7.

[1450] Bien qu'une mastectomie puisse être contrée par une mammectomie consécutive.

scientifique reste divisée[1451]. En réalité, peu de transformations sont définitives, l'hormonothérapie doit être certes prise à vie, mais son arrêt fait réapparaitre certaines caractéristiques et il est possible d'enlever les prothèses[1452]. C'est donc naturellement que la plupart des magistrats, face à leur ignorance de la médecine, ont pris le parti de considérer qu'une transformation était effectivement irréversible dès lors que l'intervention de réassignation proprement dite avait été subie, requérant implicitement que les demandeurs se soumettent préalablement à une stérilisation[1453]. Le caractère immuable de la stérilisation semble avoir convaincu les magistrats de sa capacité à « *assurer la cohérence et la sécurité des actes d'état civil* »[1454] nouveaux, tout en assurant un juste équilibre entre « *les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée et du respect dû au corps humain d'autre part* »[1455]. Or, nous savons désormais, que l'indisponibilité n'est pas l'irréversibilité[1456].

287 . Néanmoins, et malgré cette précision, la procédure de changement de sexe à l'état civil reste inégalitaire[1457] pour un certain nombre de raisons, dont la principale reste l'appréciation *in concreto* des juges du fond en l'absence de cadre légal clairement déterminé[1458]. Dès lors, des inégalités territoriales émergent, selon que les magistrats apprécient largement (chirurgie esthétique, stérilisation et hormonosubstitution) ou étroitement (stérilisation) les transformations[1459]. Cette « *cartographie judiciaire* »[1460] a par

---

[1451] Pour une irréversibilité de l'hormonosubstitution : H.A.S., *op. cit..,* p.47 ; Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.
Contre : Question écrite n°14524 de Mme BLONDIN, *JO Sénat,* 25 nov. 2011, p. 3065, rép. Min. *JO Sénat,* 3 mars 2011 ; Défenseur des Droits, Décision cadre MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 8 ; Académie nationale de médecine 2014.

[1452] Sur des réflexions au sujet des actes médicaux irréversibles en cas de transsexualisme, notamment sur la pilosité, v. C., FORTIER, *Ibid.*, p. 281 ; Ph., REIGNÉ, « Le changement de sexe devant la Cour de cassation – Le juge, l'expert et l'irréversibilité », JCP G, 2012, n°26, pp. 1246-1248 ; C., FORTIER, L., BRUNET, *Ibid.*; F. VIALLA, *Ibid.*, p. 8.

[1453] V. CA Versailles, 1ère ch., sect. 1, 22 mars 2012, n°11/03116. Dans cette l'expert mandaté affirme explicitement que « seule une castration chirurgicale permettrait la conservation d'un état féminisé ». TGI Bobigny 18 mars 2013 (hystérectomie) ; TGI Versailles 19 février 2015 (ablation du sexe masculin) ; TGI Montpellier 24 mars 2015 (refus du changement de sexe malgré quatre années de traitement hormonal). V. également F. VIALLA, « Du sexe au genre », *JCP G*, 2012, act., p.232.

[1454] CA Nancy, 3 janvier 2011.

[1455] Civ., 1ère, 7 juin 2012 ; Civ.1ère, 13 février 2013, n°12-11.949, *Bull. civ.,* 2013, I, n°14.

[1456] Ph. REIGNÉ, « Etat civil et transidentité. Etat des lieux et perspectives d'évolution », *in Equality and Justice, Sexual Orientation and Gender Identity in XXI Century,* Forum, 2011, p.213.

[1457] Défenseur des Droits, *Ibid*.

[1458] Rép. Min. à QE n°40468, *JOAN* Q. 16 mars 2010 ; Rép. Min. à QE n°70099, *JOAN* Q. 6 avril 2010, p. 4048.

[1459] Approche large : CA Nancy, 3 sept. 2011, n°11/02099 ; CA Limoges, 20 mars 2012, n°10/01188 ; CA Dijon, 7 avril 2016, n°15/01535. Approche étroite : TGI Montpellier, 1ère ch. B, 24 mars 2016, n°15/03425 ; CA Douai, 24 mars 2014, n°218/2014.

[1460] Proposition de loi n°4127 visant à la simplification de la procédure de changement de sexe dans l'état civil, p. 4.

ailleurs été dénoncée par la Cour européenne des Droits de l'Homme, dans les décisions *A. P., Nicot et Garçon c/ France* du 6 avril 2017[1461].

288 . De plus, le critère de l'irréversibilité entre en contradiction avec d'autres règles fondamentales[1462], à l'image du droit au respect de l'intégrité physique[1463] et du droit au respect de la vie privée. D'une part, le droit à l'intégrité physique n'est pas respecté, puisque si la stérilisation est la seule possibilité pour accéder au changement de sexe, on peut affirmer qu'il s'agisse *de facto* d'une stérilisation forcée prohibée[1464]. D'autre part, le droit au respect de la vie privée subit des atteintes considérables par cette approche, d'autant plus que la définition de l'identité de genre est l'un « *des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination* »[1465], corollaire de la vie privée[1466]. Cependant, le respect de la vie privée n'est pas absolu, et l'alinéa second de l'article 8 de la C.E.D.H. permet des ingérences étatiques dans l'exercice des droits qui y sont attachés, sous certaines conditions[1467]. Néanmoins, le Commissaire européen aux droits de l'Homme, puis la Cour E.D.H., décident que la question n'est désormais plus sujette à controverse[1468] : imposer une stérilisation est tout simplement contraire à l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, comme la récemment rappelé la C.E.D.H. dans ces décisions *A. P., Nicot et Garçon c/ France* le 6 avril 2017[1469].

[1461] N°79885/12, 52471/13, 52596/13. V. B., MORON-PUECH, « L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *Revue des droits de l'Homme,* mai 2017.

[1462] Défenseur des Droits, Décision cadre MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 11.

[1463] Art. 16-3-2 du Code civil ; Art. 5 de la Convention d'Oviedo, signée le 4 avril 1997.

[1464] Ainsi, la Cour E.D.H. estime que l'existence d'un choix difficile équivaut à une pression susceptible de remettre en cause le consentement. V. CEDH, 6 nov. 2014, *Dvoracek c/ République Tchèque,* Req. n° 12927/13. Le défenseur des droits parle de « viol légal », Défenseur des Droits, Décision cadre MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p.8.

[1465] CEDH, 12 juin 2003, *Van Kûck c/ Allemagne,* Req. n°35968/97 ; 10 mars 2015, *YY c/ Turquie,* Req. n°14793/08.

[1466] CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France,* série A, n°232 ; 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni,* n°28957/95 ; 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni,* 11 septembre 2007, *L. c/ Lituanie,* Req. n°27527/03.

[1467] Art. 8 al. 2 de la C.E.D.H. : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

[1468] T. HAMMARBERG, op. cit., p. 18 ; CEDH, 10 mars 2015, YY c/ Turquie, Req. n°14793/08 ; RLDC 2015/31, p.46, note C., BERNARD-XÈMARD ; Dr. fam. 2015/5, p.41, note F., MARCHADIER ; RTD civ. 2015. 331, note J.-P., MARGUÉNAUD ; D., 2015, 1875, obs. Ph. REIGNÉ ; [1468] RTD Civ., 2015. 331, obs. MARGUÉNAUD et 349, obs. HAUSER ; RDSS, 2015, 643, note PARICARD ; D., act. 19 mars 2015, obs. COUSTET ; RDH, Act. Droits-libertés, mars 2015, note MORON-PUECH.

[1469] B., MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 03 mai 2017, consulté le 23 juin 2017. URL : http://revdh.revues.org/3049 ; DOI : 10.4000/revdh.3049 ; J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, D., 2017, 1027.

b . Le recours systématique aux expertises

289 . Le second outil développé par les juges est issu du droit commun du droit de la procédure, puisqu'il s'agit du recours systématique aux expertises. Mais cet outil s'est vite révélé insatisfaisant à plusieurs égards.

Tout d'abord, la systématisation de l'expertise judiciaire est contraire à l'article 263 du Code de procédure civile qui dispose que « *l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge* ». Or, nous ne pouvons pas objectivement penser que toutes les demandes de changement de sexe se définissent pas une insuffisance de pièces. Même si le juge n'est pas tenu par l'expertise[1470], il se fie aveuglément à l'avis des experts qui affirment si le demandeur est un véritable transsexuel[1471] sans s'aventurer dans les développements médicaux pour lesquels il n'a aucune compétence[1472]. La doctrine va même jusqu'à parler d'un véritable « *transfert de pouvoir* »[1473], voire d'une « *fonction normative* »[1474] des experts, faisant face à la « *démission* » du Droit[1475]. Les magistrats vont donc juger sur pièce[1476] en fonction de la conclusion du rapport d'expertise, et leur systématisation est telle que tout demandeur qui refuserait de s'y prêter verrait son changement juridique de sexe refusé[1477].

Au-delà des règles de procédure, l'expertise va également porter atteinte au respect des droits fondamentaux. Ainsi, des droits sont mis à mal, notamment le droit au secret des informations personnelles. En effet, dans le cadre des décisions relatives au changement de sexe, des

---

[1470] V. Cass., 16 déc. 1975, décision dans laquelle le juge décide de ne pas suivre l'expertise et de ne pas accueillir la demande de changement de sexe.

[1471] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 499, 495, 490 ; M., GOBERT, *Ibid.*, n°6.

[1472] Ph. REIGNÉ, « Changement d'état civil des personnes trans : la double impasse », *in* « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

Par ailleurs, ce « couplage médecine / Droit » n'est pas nouveau et constitue la base des régimes de protection des majeurs.

[1473] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.495.

[1474] O., LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, préface d'A., LYON-CAEN, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2005, p.146.

[1475] G., CORNU, *Ibid.*, p.105 ; P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.103.

[1476] C., FORTIER, *op. cit.*, p.273.

[1477] V. par ex. CA Bordeaux, 30 mai 1985 ; TGI Nancy, 7 nov. 2008 ; CA Nancy, 3 janv. 2011 ; Civ. 1ère 7 juin 2012, n°11-22490 et n°10-26947 ; Civ. 1ère 13 fév. 2013 ; CA Paris, 23 septembre 2010, n°09/28266, Juridata n°2010-026965, pour une décision identique avant la circulaire, CA Montpellier, 18 janvier 2010, *JCP G,* 2010, n°24, IV, 651.

enquêtes peuvent être menées dans l'entourage, voisinage ou encore le lieu de travail[1478], faisant du prétoire le lieu d'un « *voyeurisme inconscient* »[1479] marqué par des humiliations supplémentaires subies par le demandeur[1480]. Ensuite, d'un point de vue plus pratique, et outre le fait que ces expertises soient à la charge financière des parties[1481], elles ont pour autre conséquence d'alourdir considérablement la longueur de la procédure[1482] par rapport à d'autres pays[1483]. Ces délais sont par ailleurs créateurs d'une situation d'« *incertitude prolongée, pénible et angoissante* » qui a valu une condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme en 1989[1484]. D'autant plus, que même si toutes les décisions de Cour de cassation appliquent l'expertise, il n'en est pas de même pour certaines juridictions du fond qui n'auraient pas été contestées[1485].

Malgré les interventions de la Ministre de la Justice encourageant les juges à ne plus procéder à de telles expertises[1486], cette tendance est maintenue jusqu'en 2012. La jurisprudence entre 1992 et 2012 a placé l'irréversibilité au cœur du débat des demandes de changement de sexe. L'irréversibilité demandée apparait comme étant double[1487]. Elle concernera, en effet, la conviction irrésistible[1488] d'appartenir au sexe opposé, remettant sur le devant le scène la notion de transsexualisme vrai, mais elle visera également les modifications corporelles. Les deux outils sont donc extrêmement liés[1489] puisque la réalité du syndrome ne peut être prouvée que par le biais d'une expertise qui aura pour but de démontrer le caractère irréversible des transformations.

290 . Un des apports des décisions de 2012 est l'abandon de l'expertise systématique[1490]. En effet, dans ces deux arrêts, les pièces fournies étaient insuffisantes et aucune mesure d'instruction supplémentaire n'a été demandée, on assiste donc à une sorte

---

[1478] F. VIALLA, « Transidentité : *quid novi ? « Nihil, ferè nihil, minus nihilo » ?* », *LPA,* n°151, p. 8 ; F., VIALLA, « Iphis et Atlante », *in* J., MATEU, M., REYNIER, F., VIALLA, *op. cit.,* p. 244 ; T., HAMMARBERG, *op. cit.*, p. 27.
[1479] L., BRUNET, C., FORTIER, *Ibid.*, p.76.
[1480] L., BRUNET, C., FORTIER, *op. cit*. Ces auteurs parlent de triple violence : la première est symbolique puisque la parole du demandeur ne saurait suffire, les deux autres étant psychologique physique.
[1481] Art. 269 du Code de procédure civile.
[1482] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.496 et s.
[1483] À titre d'exemple, le TGI Dijon, dans une décision du 2 mai 1977 a mis 3 ans pour rendre une décision, tandis que les juges italiens mettent moins d'un mois, v. E., MORELL, *Les conséquences juridiques du transsexualisme en droit français,* DEA de droit de la santé, Bordeaux I, 1983, p. 65 *bis*.
[1484] CEDH le 24 oct. 1989, *H… c/ France*, 6/1988/150/204, *LPA,* 28 fév. 1990, n°26. Sachant que les procédures devant la Cour européenne des Droits de l'Homme sont aussi longues, comme le montre l'affaire *Rees c/ Royaume-Uni*, pur une requête déposée en 1979 et un jugement en 1986, soit 7 ans.
[1485] Ph., ROGER, « L'avenir de l'expertise judiciaire en matière de transsexualisme », Experts, avr. 2010, p.18.
[1486] Rép. Min. à QE n°40468, *JOAN* Q. 16 mars 2010 ; Rép. Min. à QE n°70099, *JOAN* Q. 6 avril 2010, p. 4048.
[1487] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.487.
[1488] C., FORTIER, *op. cit.*, p. 280.
[1489] CA Montpellier, 27 sept. 2010, inédit.
[1490] Ph. REIGNÉ, « Le changement de sexe devant la Cour de cassation. Le juge, l'expert, l'irréversibilité », *JCP G*, n°26, 2012, 753, note sous Civ.1ère, 7 juin 2012, n°11-22.490 et 10-26.947.

d'inversement de la charge de la preuve. Avant 2012, peu importait le nombre de pièces amenées au débat par le demandeur, l'expertise était systématique, maintenant elle reprend son application normale, c'est-à-dire qu'elle ne sera diligentée qu'en cas d'insuffisance des pièces.

291 . La longue inertie du droit civil concernant le transsexualisme peut trouver diverses justifications, d'ordre juridique ou médical[1491]. Elle a eu comme principale conséquence de laisser les juges du fond, comme du droit, démunis face aux demandes de changement de sexe qui leur étaient soumises. Ainsi, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes a d'abord été utilisé pour fonder les décisions de refus[1492], pour être ensuite qualifié de critère « *simpliste* », voire de « *grosse erreur* »[1493], sans doute parce qu'il est incompatible avec la situation des personnes transsexuelles[1494]. D'autres motifs ont été soulevés mais l'analyse a révélé leur inappropriation[1495]. La conséquence principale de cette pléthore de fondements se traduit par une grande insécurité juridique[1496], de plus certaines juridictions du fond passées en autorité de chose jugée rendent ces inégalités encore plus flagrantes, créant ainsi un véritable « *forum shopping* »[1497].

La question d'une intervention législative n'est pas nouvelle et a été soulevée bien avant l'amendement n°282 au projet de loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle par la doctrine[1498]. Ainsi, la doctrine majoritaire se prononce en défaveur d'une loi, craignant un effet d'entraînement des demandes de changement de sexe[1499], et faisant du régime prétorien

---

[1491] Pr. L., ROCHE, « Le transsexualisme », avant-propos, Paris, 17 juin 1983, p.12. ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 450. V. également Civ. 1ère, 30 nov. 1983, *D.,* 1984, 165 ; *JCP*, 1984, II, 20220 ; Civ. 1ère, 21 mai 1990 (4 arrêts).

[1492] CA Paris, 1ère ch. suppl. 8 décembre 1967, *JCP,* 1968-II-15518 bis, note P.N. ; *D.,* 1968-J-289 ; *RTD Civ.* 1968, p.536, n°2, obs. R., NERSON ; TGI Dijon, 2 mai 1977.

[1493] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p.660.

[1494] « *Nul ne choisit de céder à l'exigence d'un besoin vital : la nécessité abolit le libre arbitre de celui qui s'y soumet* », D., VANNEREAU, « Le sémantique et ses mensonges », *in La question transsexuelle,* Ed. Lumière et Justice, 1986, p. 127.

[1495] M., MAYMON-GOUTALOY, *Ibid.*

[1496] « *La Cour de cassation ne joue pas son rôle unificateur* », J., MASSIP, *op. cit.*, p. 169 ; Défenseur des Droits, *op. cit.*, p. 7 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.473 ; Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil,* Ass. Plén. 27 juin 2013, p. 4.

[1497] J., MASSIP, *op. cit.*, p. 169 ; H.A.S., *op. cit.*, p. 44 ; D., ROMAN, *op. cit.*

[1498] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 617 ; J., MASSIP, *op. cit.*, p. 169.

[1499] R., NERSON et J., RUBELLIN-DEVICHI, obs., *RTD civ.,* 1980, 840 ; J., CARBONNIER, *Droit civil,* t.1, p.331 ; P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p. 38 ; D., ROMAN, *op. cit.* ; G., MÉMETEAU, « Transsexualisme et débat de société », *Médecine et Droit*, 2007, p.141 et s. ; L.-E, PETTITI, *op. cit.*, p.100 et s. ; C., LABRUSSE-RIOU, *La vérité dans le droit*, Economica, 1987, t. XXXVIII, p. 111 ; J., CARBONNIER, « Rapport de synthèse » *in Génétique, procréation et droit, Actes de colloque,* Maison de la chimie, Paris, 18-19 janvier 1985, Ed. Actes Sud, p. 181 ; J., MASSIP, *op. cit.*, p. 169 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 618 ; J., PENNEAU, « Le transsexualisme », *Rapport de synthèse,* Paris, 17 juin 1983, p. 158 ; P., WACHSMANN, A., MARIENBURG-WACHSMANN, *Ibid*. En marge des arrêts *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* et *I c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 », *RTDH,* 2003, p. 1169 ; Rapp. JÉOL, sous Ass. plén., 11 déc. 1992 ; I., BON, *Le transsexualisme, analyse des pratiques médicales et juridiques,* Thèse de Doctorat, Lyon 3, 1990, p. 88.
Au-delà de la doctrine : Recommandation 1117(1989), du 29 septembre 1989, relative à la condition des transsexuels ; « Science de la vie, de l'Ethique au droit », Rapport de G., BRAIBANT, pour le Conseil d'État, Notes et études documentaires n°4588, La Documentation française ; I., BON, *Ibid.*, p. 136.

un « *moindre mal* » qu'une loi ne saurait auréoler puisqu'elle n'est pas « *le lieu des cas singuliers* »[1500]. Le juge serait alors « *le mieux placé pour arracher la minorité souffrante des transsexuels au véritable ghetto social dans lequel elle se trouve aujourd'hui injustement confinée. Lui seul peut* […] *combiner l'audace et la prudence nécessaire à cette entreprise d'humanisme* »[1501]. Néanmoins, il existe un inconvénient à favoriser la jurisprudence plutôt qu'une loi : c'est que la loi dispose pour l'avenir, pendant que la jurisprudence « *réagit au passé* » [1502]. D'autant plus qu'aujourd'hui, l'argument de la minorité peut sembler « *spécieux* »[1503], d'une part parce qu'auparavant d'autres sujets étaient aussi marginaux et leur consécration juridique n'a pas posé de problème[1504], et d'autre part, il est question de droits fondamentaux pour lesquels aucune considération quantitative ne doit être prise en compte[1505]. De plus, les évolutions du droit au développement personnel[1506] tirées de l'article 8 de la C.E.D.H.[1507] ont rendu la position prétorienne inconventionnelle. C'est dans cette dynamique et près de quarante ans après les premières demandes, que la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, dite « *J21* », a consacré un droit au changement de sexe.

La doctrine en faveur d'une loi : E., GROFFIER, *op. cit.*, p. 203 ; J., PETIT, *op. cit.*; Proposition de loi CAILLAVET, Doc. Parlementaire, Sénat, 9 avril 1982 ; M., MAYMON-GOUTALOY, *op. cit.*, p. 215 ; G., FAURÉ, « Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes, *RDSS,* 1989, p. 14 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 616 ; J., HAUSER, « Transsexualisme : changer à quelles conditions », obs. s. CA Reims, 10 mai 2007, *JCP,* 2008, IV, 1495 ; *RTD Civ.*, 2008, p. 271 ; Résolution n°1728 du 29 avril 2010 de l'assemblée parlementaire du conseil de l'Europe.

[1500] Doyen CARBONNIER cité par G., CORNU, *op. cit.*, n°564bis.

[1501] Ass. Plén. 11 décembre 1992, *JCP,* 1993, 3, n°21991, conclusions M. JÉOL

[1502] G., LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *in* J.-M., LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps,* Bruxelles, Bruylant, 2009, p.292.

[1503] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.547.

[1504] En 1884, sur le rétablissement du divorce, ou encore sur la recherche en paternité naturelle en 1912.

[1505] Rapport RODOTÀ sur la « condition des transsexuels », présenté à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 16 aout 1989, doc. 6100.

[1506] X., BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public français,* Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003 ; « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison », *RIDC,* 2003, p.123

[1507] CEDH, *Van Kück c/ Allemagne,* 12 juin 2003, req., n°35968/97, §78.

II . La consécration d'un droit au changement de sexe[1508]

« *En législation, on peut tolérer quelques hérésies à condition qu'il n'y ait pas trop d'hérétiques* »[1509].

292 . C'est parce que la loi doit être impersonnelle et générale que les personnes transsexuelles ont été ignorées des travaux législatifs[1510]. Néanmoins, depuis la fin du XXème siècle et le début du XXIème, le poids de l'inertie législative, doublé par les pressions européennes, se fait de plus en plus sentir. Aussi, en 2010, Madame la Garde des Sceaux, prenait conscience de la nécessité d'« *éclaircir les conditions exigées pour la modification de la mention de sexe à l'état civil et d'envisager un projet de loi qui permette d'uniformiser la pratique* »[1511], faisant ainsi ressortir le besoin d'un texte « *clarificateur* »[1512], voire d'une refonte de la législation déjà existante[1513].

L'initiative a pris six ans avant d'être prise au sérieux par le Parlement. La difficulté de l'exercice tient dans la tâche de trouver le juste équilibre entre le juridiquement nécessaire et le tolérable compassionnant[1514] en respectant trois impératifs[1515]. Un impératif constitutionnel d'abord, puisque la répartition des pouvoirs ordonnée par l'article 34 de notre Constitution offre au Parlement le devoir de légiférer sur les questions d'état et de capacité des personnes. Or, la question de l'état civil des trans était auparavant réglée selon les règles et conditions

---

[1508] G., LEBRETON, *Ibid.*, p.295.

[1509] J., CARBONNIER, *in Génétique, procréation et droit,* p. 81.

[1510] Cons. const., 16 janvier 1982, n°81-132, *Loi de nationalisation.* Pour certaine, la création d'un droit de choisir son sexe est une « aberration », v. C., CHILAND, « Parler clair et raison garder sur la question du genre », *Perspectives Psy,* 2016/2, vol. 55, p. 68 ; S., PARICARD, *Ibid.* ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Ibid.*

[1511] J.-L., PÉRAT, Question n° 65910, *Question publiée au JO,* le 8 déc. 2009, p. 11633 ; Réponse publiée au JO le 22 mars 2010, p. 2452.

[1512] M., MAYMON-GOUTALOY, *op. cit.*

[1513] Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil,* Ass. Plén. 27 juin 2013, p. 1.

[1514] P., MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit de connaître son identité », *in* B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel,* Paris, Dalloz, 2015, p.52.

[1515] G.-M., FAURE, *op. cit.*, p. 14.

déterminées par les magistrats[1516]. Les deux autres impératifs ont trait, d'une part à la sécurité juridique, et d'autre part, à l'ordre public international.

Du point de vue de la sécurité juridique, elle intervient à deux postes qui correspondent à l'absence de textes régissant l'activité des médecins et à l'absence de conditions pérennes relatives au changement juridique. Enfin, l'ordre public international doit constituer un impératif puisque l'absence de cadre des pratiques médicales (à tous les niveaux : formation et pratique) peut créer des difficultés pour les demandeurs qui auraient subis un suivi à l'étranger, voire un changement de sexe, dans l'hypothèse d'une double nationalité, et qui souhaiterait que les effets soient reconnus en France. D'autant plus que jusqu'à aujourd'hui, la France dénotait avec ses voisins européens qui bénéficient presque tous d'une loi ou d'une jurisprudence constante sur le sujet[1517]. La loi adoptée le 18 novembre 2016 avait pour objectif de rendre le droit réaliste, donc effectif à l'instar de l'Espagne[1518], tout en tentant de n'être ni trop restrictive, ni trop permissive afin que ce droit ne se transforme pas en une occasion de pouvoir se créer une nouvelle identité[1519]. L'accueil de cette nouvelle disposition fut pour le moins mitigé, car le texte ne semblait pas prendre en considération les diverses recommandations faites en amont par certaines institutions (A). En revanche elle instaure un véritable régime du changement de sexe calqué sur celui de la possession d'état (B).

[1516] D., ROMAN, *op. cit.*

[1517] Pour les états européens : *Transsexuellengesetz* (Allemagne), 10 septembre 1980 ; Loi italienne n°164, 14 avril 1982 ; Loi néerlandaise, 26 septembre 1986 ; *Gender Recognition Act* (Royaume-Uni), 2004 (v. notamment S., WHITTLE, « The opposite of Sex is Politics – The UK Gender Recognition Act and Why it is Not Perfect, Just Like You and Me », *Journal of gender studies,* 200615, 3, 267) ; Loi espagnole n°3 du 15 mars 2007 sur la rectification de l'enregistrement de la mention relative au sexe des personnes , BOE, 16 mars 2007 ; Loi belge, 10 mai 2007 (v. N., GALLUS, « Etat civil et transidentité en droit belge, *in* « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité »).

Pour le reste du Monde : Lois fédérales de l'État de l'Illinois en 1962, de l'Arizona et de la Louisiane en 1968 et de la Californie en 1977 ; Loi argentine, 30 nov. 2011.

[1518] H., HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes,* Thèse, Lyon, 2015, p. 586 ; Arrêt 811/2002, 6 septembre 2002, RJ 2002 [7] 180 ; Loi espagnole n°3 du 15 mars 2007 sur la rectification de l'enregistrement de la mention relative au sexe des personnes, BOE, 16 mars 2007.

[1519] I., BON, *Ibid.*

A . L'accueil mitigé des nouvelles dispositions : la fin de la médicalisation du syndrome, mais le maintien de la déjudiciarisation

293 . Il a été question de réfléchir à la manière dont il fallait légiférer et deux orientations étaient envisageables sur le fond [1520], selon qu'il faille retoucher le droit de manière limitée ou procéder à une réforme plus large. Dans la première hypothèse, un texte à destination exclusive des personnes transsexuelles est privilégié, tandis que dans la seconde, il s'agit d'accorder un droit au changement de sexe à toute personne qui en fait la demande et qui respecterait les conditions requises. Cette dernière nous semble la plus appropriée car, au regard des ramifications du droit au respect de la vie privée, l'identité de genre concerne indéniablement l'intégrité humaine dans son entièreté, ainsi que l'ordre public[1521], c'est d'ailleurs celle-ci qui a été retenue par le législateur du XXIème siècle.
En revanche sur la forme du changement un certain nombre de propositions ont été faites[1522], notamment le recours au référé[1523], à une déjudiciarisation totale[1524] comme en Argentine[1525], au Canada (provinces de l'Alberta, du Québec ou de la Colombie Britannique) ou encore en Afrique du Sud[1526], ou déjudiciarisation partielle. Cette dernière proposition est celle qui a été retenue par le législateur bien que différemment aménagée[1527] et qui a pu largement s'inspirer des vaines tentatives antérieures[1528].

294 . En effet, les propositions et projets de loi qui ont précédés la loi de 2016 se sont tous vus opposer une fin de non-recevoir par les parlementaires, plus particulièrement par le

---

[1520] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.617.
[1521] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.546.
[1522] Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Ibid.*, p.7.
[1523] Justifiée par la vulnérabilité économique et sociale pendant la période d'attente, mais elle ajoute une étape supplémentaire alourdissant encore la procédure pour le changement définitif car le référé doit mettre en place des mesures provisoires, de plus, la juge garde la faculté de refuser les demandes.
[1524] Par une simple déclaration devant l'officier d'état civil, avec cependant quelques craintes car la mention du sexe est essentielle dans l'identification des personnes et constitue une « forte symbolique dans la tradition républicaine française » que seule l'action du juge est à même de protéger et de garantir l'intérêt général et les droits individuels.
[1525] Loi argentine n°26743 du 23 mai 2012.
[1526] L.-E., PETTITI, *op cit*, p. 24 et s.
[1527] Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *op. cit.*, p.8. Le changement s'effectue en deux temps, d'abord par une déclaration accompagnée de deux témoignages à l'officier d'état civil, puis s'en suit l'homologation par le juge qui contrôle et valide la demande. Par ailleurs, la loi devrait alors préciser les délais dans lesquels le juge homologue ainsi que les motifs de refus. L'avantage de ce mécanisme réside dans sa relative rapidité, mais aussi dans la garantie de la sauvegarde de l'intérêt général et de l'intérêt individuel, par l'action du juge.
[1528] Ph. REIGNÉ, « Changement d'état civil des personnes trans : la double impasse », *in* « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité »

Sénat[1529]. La plus ancienne reste la proposition de loi dite CAILLAVET de 1982[1530] dans laquelle le sénateur proposait la mise en place d'une procédure judiciaire de demande d'autorisation d'intervention devant le T.G.I., mais également une procédure administrative en mairie pour le changement d'état civil sur présentation d'un certificat médical[1531]. Une autre proposition de loi visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil n°4127 est amenée en 2011[1532], préconisant la création d'un nouvel article 99-2 dans le Code civil, qui ouvrirait un droit au changement dont la demande serait faite devant le T.G.I. sous l'attestation de trois témoins corroborant la bonne foi de la requête[1533]. Enfin, deux autres propositions de 2013[1534] et de 2015[1535] sont venues replacer la déjudiciarisation des demandes au cœur des débats en prônant, d'une part une demande au Garde des Sceaux et une autorisation de changement de sexe par décret[1536], d'autre part, une demande au procureur de la République[1537].

295 . Le projet initial de la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle ne comportait aucune référence à l'éventualité d'insérer un droit au changement de sexe à l'état civil dans le Code civil. Si les articles 61-5 et suivants en font désormais partie, c'est uniquement grâce à l'initiative d'un groupe de députés, rédacteurs de l'amendement n°282 qui a, par ailleurs été dénaturé par la loi votée[1538]. Sans doute parce que même si la question se pose devant les prétoires depuis une quarantaine d'années, elle n'est toujours pas maîtrisée par les acteurs législatifs, en témoignent notamment les termes maladroits employés par M. le garde des Sceaux lors des débats préparatifs[1539]. Ainsi, l'amendement originel privilégiait un régime semi-déclaratif[1540] motivé par la lutte contre les discriminations, tandis que le sous-amendement du gouvernement maintient une judiciarisation de la procédure s'agissant pour le

---

[1529] Notamment, avec la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF,* n°0179, 5 août 2014, p. 1294, , ou encore un amendement à la loi du 29 septembre 2015.
[1530] Sénat, n°260, 9 avril 1982 ; D., ROMAN, *op. cit.*
[1531] Cette proposition fut taxée de laxisme et de « victoire disproportionnée de l'esprit sur la matière ». V. J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 492.
[1532] N°4127, Présentée à l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011.
[1533] Le principal inconvénient relevé dans cette proposition est l'absence de référence au diagnostic du transsexualisme, mais également la dissolution automatique de l'union si elle existait. P., ROGER, « L'expertise judiciaire n'est pas un préalable obligatoire au changement de sexe à l'état civil pour les personnes transsexuelles », *Médecine et droit,* 2012, 177
[1534] Proposition de loi visant à protéger l'identité de genre, n°216, 13 décembre 2013.
[1535] Proposition de loi relative à la modification de la mention du sexe à l'état civil, n° 3084, 29 septembre 2015.
[1536] Art. 9 de la proposition de loi visant à protéger l'identité de genre, n°216, 13 décembre 2013.
[1537] Art. unique de la proposition de loi relative à la modification de la mention du sexe à l'état civil, n° 3084, 29 septembre 2015.
[1538] F. VIALLA, *Ibid.*, p. 8.
[1539] Ce dernier parle en effet de « personnes atteintes » de dysphorie du genre, or nous avons démontré que les personnes transsexuelles ne sont pas malades et la tendance oriente vers une démédicalisation de la procédure. Il apporte également au débat l'argument de l'immutabilité de l'état des personnes qui est par nature incompatible avec l'idée même d'un droit au changement de sexe. V. Ph. REIGNÉ, *Ibid.*
[1540] Semi, car réservé aux demandeurs majeurs.

demandeur d'apporter les preuves qu'il détient, dans la durée la possession d'état[1541] et donc qu'il soit reconnu dans l'autre sexe « *de manière sincère et continue* »[1542]. Cette mesure diffère cependant avec la recommandation du Défenseur des droits en faveur d'une procédure déclarative et transparente devant l'officier d'état civil[1543], de la même manière que les passeports australiens, mais qui restent soumis à la production d'une attestation médicale[1544]. Car en effet, la nouvelle loi instaure de manière définitive la démédicalisation de la procédure de changement de sexe en interdisant aux juges de justifier un refus de modification au motif que le demandeur n'ait subi aucune intervention ou traitement hormonal[1545].

Ce point, aussi respectueux du droit à l'intégrité corporelle qu'il soit, n'épuise pas toutes les réflexions autour de son incidence sur les interventions chirurgicales, de sorte que notre lot ne diffère pas de celui de Sisyphe. En effet, à l'origine, il n'était pas possible de faire subir des interventions de réassignation sexuelle en France car elles étaient tout simplement illégales, cependant, elles ont pourtant été légitimées par la Cour de cassation qui demandait un changement irréversible c'est-à-dire, une castration pour accéder à la demande de changement de sexe. Or, l'article 61-6 al. 2 du Code civil impose aux juges de ne pas tenir compte des éventuelles mutilations et traitements hormonaux subis par les aspirants au nouveau sexe. Dès lors, peut-on encore affirmer que ces derniers soient toujours légitimés par le Droit ? La réponse dépend de ce qui est largement admis par la pratique médicale et les données acquises de la science et nous savons aujourd'hui que la seule manière d'apaiser les souffrances de personnes dysphoriques de genre reste la prise en charge médicalisée par les hormones et les interventions lorsqu'elles sont possibles. Néanmoins, de plus en plus de personnes transsexuelles revendiquent le droit de ne pas se faire opérer et dédoublent ainsi sexuation et sexualité, auxquelles s'ajoutent celles qui ne peuvent pas être opérées mais qui ont quand même obtenu le changement de sexe.

Enfin, nous pourrions croire que l'inutilité des interventions de réassignation et des traitements hormonaux pour accèder au changement de sexe pourraient mettre en péril le régime de prise en charge financière de la dysphorie de sexe en tant qu'A.L.D. Mais ici

---

[1541] Le débat doctrinal autour de la nature de la demande cesse donc avec la loi de 2016 puisque qu'il s'agisse d'une demande de reconnaissance de possession d'état. P., GUEZ, *Ibid*.

[1542] Intervention du garde des Sceaux, *JOAN,* CR, 19 mai 2016, p. 3523 ; Ph. REIGNÉ, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle », *JCP G,* n°51, 19 déc. 2016, 1378, p. 2365 ; *JCP G,* act. 1378 ; J.-C., GALLOUX, H., GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels », *D.,* 2017, p. 781.
Civ.1ère, 2 juin 1987, gaz. Pal, 7-8-9 fév. 1988. J. 10 ; R., NERSON, « *Jurisprudence française en matière de droit civil* », *RTD Civ.*, 1966, p.65, n°5 ; G.-M., FAURE, *op. cit.*, p.9.

[1543] Défenseur des Droits, *op. cit.*, p. 21.

[1544] P., REIGNE, « Le sexe et l'état civil », *Think Tank Different. Le Laboratoire Politique*, 29 juin 2012, p.11 [En ligne :http://www.thinktankdifferent.com/fr/les-publications/les-notes/theme-1-axe-diversalite/id-8-le-sexe-et-l-etat-civil-synthese-, consulté le 1er février 2016]

[1545] Art. 61-6 al. 3 du Code civil.

encore, il s'agirait de confondre Droit et Médecine, et la pratique nous a parfaitement bien montré que ce n'est pas parce que la Médecine permet une chose que le Droit doit nécessairement la prendre en compte !

296 . En définitive, l'article 56 de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle, dite « *J21* »[1546], insère une nouvelle Section 2 bis dans le Chapitre 2, du Titre 2 du livre Premier du Code civil avec un bloc d'articles supplémentaires de 61-5 à 61-8, dans lesquels se trouvent le régime du changement judiciaire de sexe. Ce corpus de dispositions n'a suivi que partiellement les recommandations éditées par le C.N.C.D.H. puisqu'il met un point final, en apparence, à la médicalisation du syndrome, tout en maintenant sa judiciarisation au regard des conditions requises. Ainsi, les conditions de formes ont la marque de ces deux mouvements. Le nouvel article 61-6 al. 1 affirme que le tribunal de grande instance est compétent pour traiter des demandes qui lui seront faites par toute personne majeure ou mineure émancipée[1547] faisant état de son consentement libre et éclairé[1548]. Sur cette dernière condition, il est toutefois permis de s'interroger. En effet, comment pourrait-il en être autrement ? Comment admettre qu'une personne qui este n'y ait pas consenti librement et ne soit pas correctement informée ? Nous pensions que sous cette condition se cache en réalité une bribe de médicalisation et que les caractères du consentement devront être prouvés par la production d'un certificat médical faisant état du diagnostic différentiel attestant que la personne est transsexuelle et pas autre chose, mais la C.A. de Montpellier nous a démontré le contraire[1549], et le consentement requis n'a pas d'autre but que d'accentuer le caractère autoperceptif des nouvelles dispositions.

[1546] Est entrée en vigueur au 20 décembre 2016 en l'absence de précision dans ses dispositions.
[1547] Art. 61-5 al. 1 du Code civil.
[1548] Art. 61-6 al. 2 du Code civil.
[1549] CA Montpellier, 15 mars 2017, n°16/02691, *D.* 2017, 981 ; *JCP Not. Imm.*, n°19, 2017, 542 ; *JCP G,* n°13, 2016, 356 ; C., BERLAUD, *Gaz. Pal.,* n°20, 2017.

B . La création d'une possession d'état de sexe

297 . Sans toutefois la nommer, le nouvel article 61-5 du Code civil s'inspire ouvertement[1550] de la possession d'état en matière de filiation[1551] en mettant en avant l'importance du sexe psychosocial, c'est-à-dire, le genre du demandeur. Le législateur n'a pas fait preuve de beaucoup d'originalité en érigeant la possession d'état comme l'action du changement de sexe puisque la jurisprudence l'avait déjà admise[1552]. Le principal argument qui avait été avancé contre son application est le même que celui qui est venu en renfort du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes : la volonté.

En effet, selon une faible analyse, la volonté est inopérante sur la possession d'état des personnes[1553] et celui qui la demande ne doit pas l'avoir créé. Deux arguments viennent démonter cette analyse. D'une part, Denise VANNEREAU[1554] soulève le double visage de la possession d'état pour les personnes transsexuelles, elle est volontaire et involontaire. En effet, les efforts que font ces personnes pour faire accepter et reconnaître leur sexe véritable aux autres sont nécessairement volontaires, bien que ce qui les pousse à s'orienter vers une transition échappe à leur volonté et s'analyse comme une nécessité salutaire. D'autre part, il est possible de faire une analogie avec la possession d'état relative à la filiation qui implique nécessairement une volonté de créer un lien spécifique avec l'enfant. Cependant, même s'il s'en inspire, le régime du changement juridique de sexe a dû subir quelques adaptations, dans sa mise en œuvre (1), comme dans ses effets (2).

[1550] La possession d'état est nommée expressément dans les travaux préparatoires de la loi. Ainsi le droit français rejoint le droit suédois qui, dans l'article premier de la loi du 21 avril 1972 qui permet aux personnes qui se comportent depuis longtemps dans le sexe opposé, et dont il est possible de présumer qu'elles continueront à vivre ainsi, de changer de sexe à l'état civil, et organise donc une possession mais aussi une présomption d'état. V. J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 515.

[1551] Arts. 311-1 et 317 du Code civil. V. également J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 513 et s ; M., CZERMAK, H., FRIGNET, « Quel sexe voulez-vous ? », *Libération,* 17 nov. 1993 ; L., BRUNET, C., FORTIER, *op. cit.*, p.89.

[1552] V. TGI Dijon, 2 mai 1977, *Gaz. Pal,* 1977, 2, 577 ; TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979, *D.,* 1981, J, 270 à 272 ; CA Nîmes, 2 juillet 1984, Edi-Data, n°500 : « *il n'est pas établi en quoi l'ordre public serait troublé par la consécration de la possession d'état de femme du demandeur ; consécration qui ne pourra que concourir à l'épanouissement de sa personnalité* » ; L., LINOSSIER, *op. cit.*, p.146.

Contra : V. notamment TGI Seine, 18 juin 1965, *JCP,* 1965, II, 14421, concl. FABRE ; *RTD civ.,* 1996, p.74 à 77, obs. R., NERSON ; CA Paris, 24 fév. 1978.

[1553] M., REMOND-GOUILLOUD, « La possession d'état d'enfant », RTD civ., 1975, p.467, n°20.

[1554] Propos recueillis in J.-P., BRANLARD, *op. cit.*.

1 . L'adaptation du régime de la possession d'état au changement de sexe

298 . La possession d'état peut être définie succinctement comme une identité construite[1555] autour du *nomen,* du *tractatus* et de la *fama* qui constituent un faisceau d'indices. Dès lors, si l'un d'entre eux fait défaut, la possession d'état ne saurait être caractérisée. L'analogie entre la possession d'état de filiation et en matière de changement de sexe semble se retrouver dans l'article 61-5 du Code civil qui mentionne une « *réunion suffisante de faits* » appréciés par les juges, dont les principaux semblent correspondre à ceux requis pour la possession d'état en matière de filiation[1556]. Ainsi, le fait que la personne se « *présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué* » correspond au *tractatus,* qu'elle soit « *connue sous le sexe revendiqué dans son entourage* » au sens large, à la *fama,* et enfin, « *qu'elle* [ait] *obtenu le changement de prénom* », au *nomen*[1557].

299 . Pour que ces indices puissent être efficaces, il faut qu'ils renferment une certaine permanence[1558], et sur ce point le nouveau dispositif dénote avec celui de la possession d'état de manière générale, puisqu'aucune mention de continuité n'est inscrite[1559]. Néanmoins, les indices de l'article ne sont que des éléments principaux et ne constituent pas une liste exhaustive des preuves à apporter et les magistrats pourront très bien se fonder sur la durée de l'expérience du sexe psychosocial du demandeur pour rendre leur décision[1560]. La Cour d'appel de Montpellier a été la première juridiction à rendre sa décision au visa des nouveaux articles 61-5 et suivants du Code civil, en ne relevant que des éléments relatifs au sexe social

---

[1555] C.-B., TOULLIER, *Le droit civil français…,* 5ème éd., Paris, 1830, t. 2, n°870 ; D., DEROUSSIN, « Eléments pour une histoire de l'identité individuelle », in B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *Ibid.*, p.13.

[1556] V. Ph. REIGNÉ, *Ibid.*.

[1557] Ce dernier point est sujet à discussion car il est possible que la personne qui demande le changement de sexe n'ait pas procéder en amont à un changement de prénom. Dans cette hypothèse, l'alinéa 4 de l'article 61-6 du Code civil prévoit que le juge, en plus d'ordonner la modification du sexe, peut ordonner celle du prénom à l'état civil. Néanmoins, la personne transsexuelle n'attend pas l'officialisation du changement de prénom pour se faire appeler par un prénom du sexe opposé.

[1558] J., HAUSER, D., HUET-WEILLER, *La famille, Fondation et vie de la famille,* LGDJ, 1993, 2ème éd., n°498.

[1559] Intervention du garde des Sceaux, *JOAN,* CR, 19 mai 2016, p. 3523 ; Ph. REIGNÉ, *op. cit.*. L'article 311-2 du Code civil dispose que la possession d'état doit être continue, paisible et non équivoque. De même, l'action confortative de titre est admise si l'usage du titre a été pérenne pendant 5 ans (Art. 333 al. 2 du Code civil), 10 ans pour l'action en demande de nationalité française (Art. 21-13 al. 1 du Code civil), et pour l'action en possession du nom, elle s'élève à 100 ans (v. Req. 17 nov. 1891).

[1560] Sur le caractère non exhaustif de la liste, v. CA Montpellier, 15 mars 2017, n°16/02691, P., Le MAIGAT, *Gaz. Pal.,* n°16, 2017 ;

du requérant, faisant ainsi de « *la reconnaissance sociale* […] *la seule condition pour obtenir un changement d'état civil* »[1561].

300 . En revanche, s'il existe bien un élément dont la prise en compte est défendue aux juges, c'est bien celui des pièces et certificats médicaux. En effet, conformément aux souhaits du C.N.C.D.H. dans son avis du 27 juin 2013, l'article 61-6 al. 3 du Code civil interdit aux magistrats de motiver le refus de changement de sexe par « *le fait de ne pas avoir subi* [de] *traitements médicaux,* [d'] *opération chirurgicale ou* [de] *stérilisation* »[1562]. Ainsi, le sexe psychosocial devrait être placé au cœur de la décision[1563], et l'assurance de sa prépondérance se manifeste par le caractère cumulatif des principaux indices mentionnés dans le Code civil[1564]. Par cette interdiction, le législateur a voulu afficher sa volonté d'abandonner le *forcing* implicite des juridictions qui poussaient les personnes transsexuelles à des stérilisations auxquelles elles ne voulaient pas se soumettre, mais aussi mettre un terme aux inégalités existantes entre les personnes qui se voyaient refuser les interventions par le psychiatre ou l'équipe pluridisciplinaire, ou celles qui malgré un tel accord n'en ont pas les moyens financiers[1565].

301 . Mais cet affichage risque de faire ressortir au moins deux effets pervers que le législateur n'a pu ignorer. D'abord, même s'il est fait interdiction aux juges d'y faire expressément référence, leur conviction reste intime et ils pourront toujours justifier le refus autrement que par l'absence d'intervention, alors que c'est la raison intime et officieuse du refus. Ensuite, parce que l'appréciation du comportement social peut être risquée dans la mesure où il est soumis à « *une interprétation variable de la part de l'autorité judiciaire et*

[1561] P., Le MAIGAT, *Ibid.*, p. 15, note sous CA Montpellier, 15 mars 2017, n°16/02691.

[1562] Contrairement à la loi belge qui exige la remise d'une déclaration du psychiatre et du chirurgien, attestant à la fois la conviction de la personne, l'existence d'une réassignation sexuelle dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié, mais également la stérilité du demandeur. V. N., GALLUS, *Ibid*. Ou encore à la loi espagnole du 15 mars 2007 sur l'identité de genre et qui précise que seule l'hormonothérapie suffit. V. M., LAMARCHE, « Le transsexualisme en Espagne ; loi du 15 mars 2007 sur l'identité de genre », *Droit de la famille,* mai 2007, alerte 45.

[1563] P., MERCADER, « Du déterminisme à la désexuation : le droit face au transsexualisme », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes,* Paris, CNRS Editions, 2002, p. 83.

[1564] Ce qui est logique puisque l'article 61-5 demande une « réunion suffisante de faits », un seul fait ne permet pas la réunion requise. V. Ph. REIGNÉ, « Changement d'état civil des personnes trans : la double impasse », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité »

[1565] CA Poitiers, 20 déc. 2006, *juris-Data* n°2006-330972. En l'espèce, la demanderesse n'avait pas les moyens financiers de payer l'intervention et le fait de ne pas être opérée avait des conséquences néfastes sur sa vie personnelle et professionnelle, elle n'a d'ailleurs pas pu passer le permis de conduire puisqu'il lui était demandé une photo d'elle en homme ainsi qu'une une attestation de la Préfecture, soit d'attendre l'opération. La Cour d'appel accueille la demande puisque la situation de la requérante porte atteinte à sa vie privée. Cette décision fait directement écho à la circulaire du Ministre de la santé du 14 mai 2010, qui invite les juridictions à donner un avis favorable aux demandes même si le demandeur n'a pas subi de traitement chirurgical mais un traitement hormonal rendant les modifications physiques et physiologiques définitives. V. également, CA Nancy, 11 oct. 2010, *JCP G*, 2010, 1205, note Ph., REIGNÉ ; CA Nancy, 3 janv. 2011 et CA Paris, 27 janv. 2011, *JCP G*, 2011, 480, note Ph., REIGNÉ ; CA Nancy, 2 sept. 2011, JCP G 2012, 124, act. Ph., REIGNÉ ; Droit. famille, comm. 38 p.21, note Ph., REIGNÉ ; F. VIALLA, « Du sexe au genre », *JCP G*, 2012, act. 122.

administrative »[1566] qui nécessite le recours aux stéréotypes et standards auxquels on tend à s'affranchir[1567]. Enfin, une prépondérance trop importante du sexe social pourrait faire en sorte que ce droit n'est pas réellement un droit de la personne selon le Défenseur des droits, car dans ce cas « *ce n'est pas à la personne à l'origine de la demande de déterminer son genre mais à la société* »[1568] qui crée les stéréotypes de genre. À cette inquétude nous répondons qu'en réalité, la loi de 2016 instaure deux conditions relatives au changement de sexe : l'une explicite qui tient dans l'application des principes relatifs à la possession d'état, l'autre implicite qui tient nécessairement dans la volonté de la personne, passant par la nécessité de son consentmeent en amont de la demande[1569]. Le genre revendiqué doit donc émaner de la manifestation de la volonté du demandeur d'être reconnu comme tel par la société, s'il y parvient alors il aura droit au changement de sexe. Cette analyse a pour principal inconvénient d'exclure les personnes intersexes de ce mécanisme, puisque leur variation génitale n'est pas volontaire… Néanmoins, s'il est question de genre et non de sexe, cet inconvénient est rapidement surmonté.

302 . Ce point s'ajoute aux autres déceptions relatives à la loi *J21*. En effet, en amont des débats parlementaires un certain nombre d'institutions avaient exprimé des recommandations dans l'expectative de l'élaboration d'une loi. Ainsi, la Haute autorité de santé (la H.A.S.) avait espoir que la nouvelle loi s'attache à « *trouver des dispositifs susceptibles d'assurer que le demandeur exprime un consentement éclairé* […] *validé par un diagnostic différentiel efficace* »[1570]. Quelques années plus tard, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (la C.N.C.D.H.) rend un avis préconisant une démédicalisation totale et une déjudiciarisation partielle[1571] de la procédure de changement. Ces observations n'ont pas été suivies par le législateur, bien que présentes dans l'amendement originel[1572], et la C.N.C.D.H. n'a pas tardé à faire connaître son mécontentement face au texte voté, dénonçant une démédicalisation partielle du processus et une déjudiciarisation nulle[1573], malgré les autres propositions qui avaient été faites[1574].

[1566] Défenseur des Droits, *op. cit.*, p. 20.
[1567] D., MICHELS, « Les procédures de changements de la mention du sexe à l'état civil », *in* A., FINE (dir.), *Ibid.*, p.102 ; Ph. REIGNÉ, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle », *JCP G,* n°51, 19 déc. 2016, 1378, p. 2365.
[1568] Défenseur des Droits, *op. cit*.
[1569] Art. 61-6 al. 2 du Code civil.
[1570] H.A.S., *op. cit.*, p. 34.
[1571] Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *op. cit.*. ; F., VIALLA, « Identité de genre », *RDS,* n°57, 2014, p. 924-929.
[1572] Amendement n°282 de l'art. 18 *quater* du Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle.
[1573] Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Communiqué de presse,* 6 juin 2016.
[1574] Trois alternatives pour une déjudiciarisation partielle avaient été proposées. La première consistait à la mis

2 . Les effets de la possession d'état appliquée au changement de sexe

303 . Du côté des effets du changement de sexe, la loi n'a fait que reprendre une partie de ce qui était déjà acquis par la jurisprudence. Dès lors, le jugement qui ordonne le changement de sexe est constitutif[1575] et n'a d'effets que pour l'avenir, contrairement à la procédure belge[1576]. Les obligations et les liens de filiation existants ne sont donc pas remis en cause et sur son acte de naissance, l'enfant dont l'un des parents à changer de sexe aura toujours un père et une mère[1577], ce qui n'est pas sans susciter des interrogations en matière de respect de la vie privée de la personne transsexualisée ainsi qu'en matière de continuité contractuelle.

D'un point de vue plus pratique, le changement de sexe fait l'objet d'une mention marginale ordonnée par le T.G.I. qui doit être retranscrite quinze jours après que le jugement soit passé en autorité de la chose jugée, il sera par ailleurs opposable à tous dès sa publication[1578]. Enfin, s'il n'a pas déjà été accordé au titre de lot de consolation[1579], le prénom du demandeur est automatiquement modifié, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une demande subsidiaire[1580], les circonstances de cette modification ne dérogent pas au droit commun du changement de prénom puisque l'intérêt légitime paraît exister[1581].

304 . En revanche, aucune indication sur la manière dont les autres pièces d'identité devront être modifiées n'est mentionnée, alors qu'elles demeurent les principaux moyens de prouver l'identité. La modification est-elle automatique ? Le juge doit-il les ordonner ? Leur modification doit-elle être le fruit de nouvelles démarches administratives ? Dans cette dernière hypothèse, les espoirs de lutte contre les discriminations s'évaporent aussi vite, et la

---

Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *op. cit.*, p.7.

[1575] Art. 61-8 du Code civil. CA Paris, 2 juillet 1998, *Dr.fam.,* 1999, comm. 13, note MURAT ; *JCP*, 1999.II.10005, note GARE ; Civ., 1ère, 14 novembre 2006, *Bull. civ.,* I, n°478 ; *Defr.*2007, 779, obs. MASSIP ; CA Lyon, 2ème civ, 15 mai 2007, *JCP,* 2007, IV, 1032. V. également J., HAUSER, « État civil et transsexualisme : nature juridique de la décision de changement », *RTD Civ*, 2008, p., 78 ; B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 65.

[1576] N., GALLUS, *op. cit.*

[1577] Ph., REIGNÉ, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle », *JCP G,* n°51, 19 déc. 2016, 1378, p. 2365.

[1578] Arts. 61-6 al. 4, 61-7 al.1 du Code civil.

[1579] La jurisprudence a parfois décidé que le changement de sexe était un préalable nécessaire à la demande judiciaire de changement de prénom sur le fondement de l'article 60 du Code civil. V. notamment deux arrêts CA Nancy, 14 nov. 2003, n°RG : 03/01588 et 2198/03.

[1580] I., CORPART-OULERICH, « Transsexualisme et prénom », *LPA*, n°90, p.48 ; T., GARÉ, *Le droit des personnes,* Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1998, p. 52 ; P., GUEZ, « Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite », note sous CA Versailles, 22 juin 2000, *JCP G,* n°39, 2001, II, 10595 ; B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p.55.

[1581] Arts. 57 et 60 du Code civil.

vie privée de la personne transsexuelle est atteinte une fois de plus. Le décret du 20 mars 2017 rematif à l'application des nouvelles dispositions relatives aux changements de sexe et de prénom sont muettes à ce sujet[1582].

Néanmoins, il semblerait que la vie privée des « *victimes collatérales* » au changement de sexe soit effectivement prise en compte, au détriment de la personne directement concernée. En effet, le deuxième alinéa de l'article 61-7 du Code civil offre un droit d'avis au conjoint et aux enfants de la personne transsexuelle, puisque le consentement de ces-derniers est requis pour que soit modifié leur propre état civil. Dès lors, s'ils décident de le modifier, il existera une véritable continuité dans le respect de la vie privée du demandeur, tandis que dans le sens inverse, conjoint et enfant deviennent complices de cette atteinte puisqu'il existera une différence entre l'apparence et la dénomination du parent ou de l'époux. Le décret de 2017 offre par ailleurs, sur demande d'un des époux ou des parents de refaire le livret de famille pour prendre en compte le changement de sexe[1583].

Enfin, la situation maritale du demandeur n'est plus une difficulté depuis la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe de 2013[1584], la différence de sexe n'étant plus une condition de validité du mariage. Cependant, le texte reste muet quant aux éventuelles actions en dissolution pour l'époux qui souhaiterait mettre un terme à l'union du fait du changement substantiel de son conjoint, comme l'avait proposé la proposition de loi n°4127 de 2011[1585] et comme l'exige la loi belge[1586].

305 . Enfin, dans une vision plus large de la loi *J21*, il faut s'arrêter sur son article 42 introduisant une nouvel article L 452-1 dans le Code de l'organisation judiciaire. Cet article étend la faculté de réexamen d'une décision de justice qui aurait été désavouée par la Cour européenne des Droits de l'Homme, si cette décision concerne l'état des personnes[1587] et que la demande de réexamen est faite dans l'année qui suit la décision de la C.E.D.H.[1588]. Selon le décret d'application du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de

---

[1582] Art. 3 du décret n° 2017-450, 29 mars 2017 relatif aux procédures de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, *JORF* n°0077, 31 mars 2017.

[1583] Art. 5. du décret n° 2017-450, 29 mars 2017 relatif aux procédures de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil, *JORF* n°0077, 31 mars 2017.

[1584] Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF*, n°0114, 18 mai 2013 p. 8253.

[1585] N°4127, Présentée à l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011.

[1586] N., GALLUS, *op. cit.*

[1587] Initialement, cette faculté de réexamen ne concernait que les condamnations pénales dans les conditions précisées à l'article 622 du Code pénal. Cette faculté a toujours été rejetée par les juges judiciaires, v. notamment Soc., 30 sept. 2005, n°04-47130, *Bull. civ.,* V., n°279 ; *D.,* 2005, p. 2773, chron. GAUTIER ; *JCP G,* 2005, II, 10180, note BONFILS ; Civ. 2ème, 17 oct. 2013, n°12-22957.

[1588] Pour une vue d'ensemble des réformes touchant l'organisation de la Cour de cassation par la loi J21, v. E., PUWNICA, « Commentaire des dispositions de la loi J21 relatives à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.,* n°05, p. 76 ; F., FERRAND, « Le décret du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation », *JCP G.,* 15, 400, 10 avril 2017.

cassation, le justiciable qui souhaiterait bénéficier de cette mesure doit justifier que la violation qui est soulevée par la Cour européenne des Droits de l'Homme « *entraîne, pour* [lui], *des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la Convention ne peut mettre un terme* »[1589], par sa nature et son degré de gravité. Nul doute que les demandes antérieures concernant les personnes intersexes rentreraient dans ce champ. Si la juridiction de réexamen décide que la demande est fondée, la décision contestée est annulée et les parties sont renvoyées devant une juridiction identique à celle qui a rendu la première décision selon le modèle de droit commun de renvoi après cassation[1590].

306 . En définitive, la procédure doit avoir pour but d'adapter l'acte d'état civil à la réalité[1591] ou de refléter une apparence de vérité[1592], au nom du droit au développement personnel[1593]. La mise en place d'un véritable droit au changement de sexe selon des conditions essentiellement liées à l'apparence et à la volonté de la faire reconnaître socialement, pousse à s'interroger sur l'existence effective d'un droit à l'auto-institution[1594] ou à l'auto-perception.

Un tel droit doit s'analyser au regard de deux points de vue qui s'opposent : la personne et la société. Du point de vue de la personne, il est largement admis qu'elle « *ne peut se satisfaire d'une « métamorphose » physique* [car elle] *aspire à la modification de son état civil qui, seule, lui donnera un statut social conforme au sexe dont* [elle] *a pris l'apparence* »[1595]. L'acceptation de cette zone d'auto-institution aura nécessairement un impact sur la société, de ce point de vue, si l'état civil ne se trouve pas modifié, se créera inévitablement une situation de *« conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui aspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété* »[1596].

307 . Inutile d'une part puisque les juges ont interdiction de faire référence à un quelconque élément médical dans la prise de décision, peu importe donc que la personne ait

---

[1589] Art. 1031-12 al. 2 du Code de procédure civile.
[1590] Art. L 452-6 du Code de l'Organisation Judiciaire et 1031-23 du Code de procédure civile.
[1591] J., PETIT, *op. cit.*, p. 283.
[1592] M., IACUB, *op. cit.*, p. 69 ; V. TGI Montpellier, 24 mars 2016, note F., VIALLA, *LPA,* 29 juillet 2016, n°151.
[1593] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p.46-47
[1594] H., HURPY, « L'identité et le corps », *La revue des droits de l'homme,* [En ligne], 8│2015, mis en ligne le 18 nov. 2015, consulté le 30 sept. 2016. URL : http://revdh.org/1601;DOI:10.4000/revdh.1601, p.2. Sur la notion de « droit à l'auto détermination » v. P., WACHSMANN, P., MARIENBURG-WACHSMANN, *Ibid.*, p.1178.
[1595] F., FURKEL, « La situation juridique du transsexuel en République fédérale d'Allemagne », *in* J., POUSSON-PETIT (dir.), *Ibid.*, p.774.
[1596] C.E.D.H., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n°28957/95, §77.

été opérée ou non. Inopportune d'autre part, puisqu'il est question de droit civil qui n'a pas à régir sur des considérations de santé publique. Dès lors, aujourd'hui, qu'importe la chronologie, le changement d'état est « *un complément nécessaire au traitement médical* »[1597].

[1597] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 452.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

308 . Les personnes intersexes demandent la rectification d'une erreur dans l'inscription du sexe à l'état civil, alors que la demande des transsexuels est celle de personnes qui, *« assaillie*[s] *par l'obsession de ne correspondre ni en* [leur] *corps ni donc en* [leur] *état civil au sexe qu'elle*[s] *se reconna*[issent] *à l'intime de* [leur] *être, souhaite*[nt] *demander d'abord à la technique médicale le soulagement de cette contradiction insupportable, ensuite au Droit la reconnaissance de la modification opérée* »[1598]. Le changement d'état civil constitue l'« *ultime étape de la transition* »[1599]. Mais comme il ne s'agit nullement d'une erreur sur le sexe d'origine, les juges du fond comme du droit ont longtemps refusé les demandes de changement de sexe en usant de pléthore de justifications, plus ou moins critiquables[1600], laissant un long moment les juges « *prisonniers du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes* »[1601]. Puis, la découverte et la popularisation des études sur le genre ainsi que celles des différentes composantes du sexe, ont eu pour conséquences d'ouvrir la vision des débats dans les prétoires. Ainsi, la plupart des juges du fond deviennent insensibles à l'argument de l'indisponibilité comme empêchement au changement de sexe[1602], lorsque d'autres ont consacré l'identité de genre et ont pu constater que l'ordre public serait plus troublé par la négation d'un état sexuel que par sa reconnaissance[1603]. D'autres encore, ont opté pour une appréciation du sexe dans l'intégralité

[1598] X., DIJON, *Droit naturel,* t. 1, PUF, 1998, p. 217.
[1599] S. SENGENES, *op. cit.*
[1600] V. notamment TGI de la Seine, 18 janvier 1965 ; CA Paris, 8 janvier 1967, 8 décembre 1967, 18 janvier 1974 ; TGI Grasse, 16 octobre 1969, inédit ; CA Limoges, 4 juin 1975. Sur l'utilisation du principe de l'indisponibilité pour justifier les refus :
J.-H., SOUTOUL, M., TOUZÉ, E., FROGE, F., PIERRE, « Le médecine et le juge français face aux transsexuels en 1986 », *J. Gynécol. Obstet. Biol. Reprod.,* 1986, 15, p. 878.
[1601] M., MAYMON-GOUTALOY, *op. cit.*
[1602] CA Agen, 2 fév. 1983 : « *la démarche du juge* […] *n'est pas contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes* » ; CA Versailles, ch. 1, section I, 21 nov. 1984. *Contra* : CA Nancy, ch. 1, 22 avril 1982.
[1603] TGI Toulouse, 25 mai et 11 octobre 1978, TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 ; TGI Nanterre, 1ère ch., 16 oct. 1980, *Gaz. Pal.,* 1981, Rec. des somm., 141 ; TGI Niort, 5 janvier 1983, *Gaz. Pal.,* 1983, Rec. des somm., 264 ; CA Agen, 24 juin 1987, *JCP,* 1988, IV, 213 ; CA Bordeaux, 25 janv. 1993 (« *Il faut et il suffit qu'en raison de ces modifications même partielles, ce transsexuel véritable se trouve placé désormais dans une situation globale où refuse de lui reconnaître l'identité sexuelle apparente* (…) *constituerait une rupture du juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* »).
V. également J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.519.

de ses composantes, avec une prépondérance accordée au sexe psychosocial, c'est-à-dire à l'apparence en société[1604].

309 . Enfin, la situation matrimoniale du demandeur crée encore des divergences d'appréciations, même si les juridictions du fond françaises ont pu affirmer que « *l'ordre public* […] *n'est pas affecté et troublé par la coexistence chez une même personne, à un moment donné, d'une appartenance au sexe féminin et du statut de conjoint d'une femme* » [1605], la Cour E.D.H. a, à trois reprises[1606] refusé de condamner les États qui conditionnaient ouvertement le changement de sexe à l'état civil au célibat. Pour arriver à ces conclusions, les tribunaux, « *délèguent un droit de perquisition absolu sur le sexe des litigants* »[1607] aux médecins experts qu'ils mandataient systématiquement, creusant encore plus la liste des droits fondamentaux bafoués des personnes transsexuelles[1608]. Cependant, l'acceptation du changement juridique du sexe par la jurisprudence est salutaire à deux égards : celui des patients et celui des médecins. D'abord, le transsexuel qui verra son sexe juridiquement modifié aspire à la fin de sa transition, et le changement de sexe opère comme « *pansement administratif post-chirurgical* »[1609]. Le médecin, voyant la demande de son patient acceptée, demeurera certains que les actes de stérilisation qu'il a pu pratiquer sont légitimés[1610]. Ce qui contraste avec les dispositions de la loi argentine qui érige un véritable droit aux interventions de réassignation comme corollaire du droit au développement personnel et dont la seule condition reste le consentement libre et éclairé de la personne majeure.

310 . La reconnaissance juridique du transsexualisme en France a été contrainte[1611], comme d'autres problématiques prises en charge, en amont par la médecine à l'image de la procréation assistée, contrairement aux problématiques soulevées par les personnes intersexes qui sont complétement absentes du panorama juridique français. Leur traitement devant les juridictions ne concerne en rien les atteintes dont elles ont été injustement victimes pendant

---

[1604] TGI Toulouse, 25 mai 1978, cité dans CA Toulouse, 11 oct. 1978, *JCP,* 1981, II, 19529 ; TGI Saint Etienne, 11 juil. 1979 et 28 mars 1980, *D,* 1981. 270 ; TGI Paris, 16 nov. 1982, *D… c/ Ministère public, Gaz. Pal.,* 1983. J, p. 270 à 272 ; TGI Thionville, 1ère ch., civ., 28 mai 1986, *Gaz. Pal.*, 1987, Rec. Des somm., 105 ; CA Agen, ch. 1, 24 juin 1987 ; CA Bordeaux, 25 janvier 1993 ; CA Rennes, 26 octobre 1998.
V. également : P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p. 110-115.
[1605] CA Caen, 12 juin 2003, non publiée, citée par L., MAUGER-VIELPEAU, *op. cit.*, p. 13-14.
[1606] CEDH, 28 nov. 2006, *Parry c/ Royaume-Uni,* n°42971/05, et *R et F c/ Royaume-Uni*, n°35748/05, J.-P., MARGUÉNAUD, « Le mariage entre personnes de même sexe renvoyé aux calendes grecques ? », *RTD Civ.,* 2007, p287 ; CEDH, 29 avril 2013, *H. c/ Finlande,* n°37359/09, F., MARCHADIER, « Le genre ou l'union : le dilemme du transsexuel marié », *D.,* 2013, p. 152.
[1607] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 13.
[1608] F., SIRONI, *op. cit.*, p.28.
[1609] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.123.
[1610] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.102.
[1611] H.A.S., *op. cit* , p. 32.

leur enfance, mais bien le devoir qu'elles ont de se plier au système binaire *via* la procédure de rectification.

311 . Le législateur a toutefois pris conscience qu'une « *solution légale, complète et appropriée aux transsexuels s'impo*s[ait] »[1612]. Sans préjudice des propositions qui auront été faites depuis 1982, la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle a brillé par son goût d'inachevé[1613]. Les nouveaux articles 61-5 et suivants du Code civil ne visent pas expressément les personnes transsexuelles, mais « *toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue* ». Si bien qu'un auteur s'est demandé si ces dispositions ne pouvaient pas s'appliquer aux personnes intersexes[1614]. Mais le fond des demandes n'est pas le même, en effet, les personnes transsexuelles ne récusent pas l'organisation binaire des sexes, contrairement à la personne intersexe qui est « *un sujet juridique sanctionné en tant qu'homme* [ou en tant que femme][1615] ». Dans un cas, la binarité est nécessaire, dans l'autre elle est excluante.

[1612] J., PETIT, *op. cit.*, p. 293
[1613] Défenseur des Droits, *op. cit.*
[1614] B., MORON-PUECH, *op.cit.*
[1615] J., BUTLER, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité,* La Découverte, Paris, 2006, p.215.

CONCLUSION DU

TITRE SECOND

312 . Les états d'intersexuation ont chamboulé toutes les représentations sociales séparant l'Humanité en deux groupes distincts en fonction de l'aspect de leurs organes génitaux. Cette approche ne laisse aucune place à l'autodétermination des êtres qui subiraient une assignation certes objective, mais également arbitraire. Les personnes intersexuées sont victimes d'« *un impossible sexe, un corps dissident, singularisé par un enchevêtrement de masculin et de féminin* »[1616], tandis que les trans' sont en conflit permanent entre soit leur sexe apparent et leur « *Gender Identity* », soit leur sentiment d'appartenir à l'autre sexe. Un tel conflit n'est pas paisible, la personne s'estime victime d'une insupportable erreur de la nature la poussant à haïr son corps, si bien qu'émerge dans la plupart des cas, un véritable dégout pour ses organes génitaux[1617], les poussant à la « *contrainte à la métamorphose* »[1618]. Ainsi pour apaiser les souffrances qu'elle endure, la personne va demander que son corps soit corrigé[1619] dans tous les éléments qui peuvent l'identifier sexuellement : à la fois dans sa morphologie et à l'état civil[1620].

313 . Il a cependant fallu que les interventions de normalisation et de rectification pratiquées soient justifiées au regard du droit des patients et de la pratique médicale. En effet, les expériences historiques qui raisonnent encore dans la mémoire collective justifient que les interventions sur les corps erronés ou les corps mixtes soient scrupuleusement légitimées. C'est ainsi qu'il existe des grands principes en droit de la santé, à l'image de la liberté de choix du praticien, de l'intégrité du corps humain ou encore de l'égalité de traitement, qui ne

---

[1616] G., HOUBRE, « Un sexe impensable : l'identification des hermaphrodites dans la France du XIXème siècle », étude parue sous le titre « Um sexo impensável : a identifição na França do século XIX », dans la revue portugaise *Espaço Plural,* n. 21, 2°. Semestre 2009, p. 20.

[1617] J., PETIT, *op. cit.,* p.266 ; L.-E, PETTITI, *op. cti.*, p.80 ; D., THOUVENIN, *op. cit.* ; E., GROFFIER, *op. cit.*, p.203 ; Rapp. G., LYON-CAEN, « La condition juridique de l'hermaphrodite, *Rev. Prat.,* 1er mars 1961.

[1618] F., SIRONI, *op. cit*.

[1619] M., CZERMAK, *Passions de l'objet. Etudes psychanalytiques des psychoses,* Ed. Assoc. Freudienne internationale, 1996, p. 110 ; *Rapport du Conseil d'Etat,* mars 1989, p.73 ; I., BON, *op. cit.*; Cons. 1, recommandation 1117 (1989) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, relative à la condition des transsexuels ; CEDH, *Rees c/ Royaume-Uni,* 10 octobre 1986, req. n°9532/81, point I-B ; S. SENGENES, *op. cit.*.

[1620] R., KÜSS, *op. cit.* ; ALBY, *Contribution à l'étude du transsexualisme,* Thèse médecine, Pars, 1956 ; Avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme remis au Premier ministre par le Président de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat, dit « Rapport Braibant », mars 1989, p.73 ; M., GOBERT, *op. cit.*

sont pas assurés[1621] par les pratiques de l'intersexuation. Notamment, l'article 16-3 du Code civil impose qu'une nécessité médicale justifie les atteintes au corps de la personne, mais les actes de normalisation des nouveau-nés ne suivent pas tous cet impératif, et ne respectent pas l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit demeurer une considération primordiale[1622]. Cette normalisation s'analyse comme une mutilation génitale occidentale[1623] dénoncées par bon nombres de dispositions internationales[1624]. L'attitude des médecins dans la prise en charge des personnes intersexuées n'est pas à blâmer pour autant. À la base ils remplissaient une mission humaniste pour une meilleure intégration[1625] dans la société, en fonction des données acquises et actuelles de la science[1626] et du choix des parents[1627]. Aujourd'hui, la tendance encore non majoritaire tend à soumettre aux parents un nouveau choix qui est celui de ne pas assigner et de laisser à l'enfant mature et discernant la faculté de pouvoir choisir le sexe qui correspond le mieux au genre qu'il se sera lui-même construit[1628]. Cela pose bien entendu le problème de la déclaration de naissance qui doit intervenir dans les cinq jours qui suivent l'accouchement[1629], mais qui peut être retardée selon des dispositions infra législatives et *contra legem*[1630], quelle que soit l'option choisie, les délais sont inadaptés.

Cependant, contrairement aux personnes transsexuelles, les intersexes qui voudraient voir leur sexe rectifié à l'état civil n'ont pas été confrontées à de grandes difficultés.

314 . Les états d'intersexuation traités par la médecine révèlent l'existence du biopouvoir[1631] exercé par le Droit. Cette approche foucauldienne du Droit s'analyse de deux manières qui trouvent échos dans les sujets qui nous intéressent[1632]. Ainsi, ce biopouvoir peut, d'une part, contribuer à l'optimisation et à la normalisation des corps qui ne peuvent être que féminin ou masculin, d'autre part, il va aider à la supervision et à l'administration des « *biens* » nécessaires à la société, comme les naissances, la mortalité ou encore l'état de santé

[1621] D., ROMAN, *op. cit.*.

[1622] Art. 24 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne.

[1623] C., FORTIER, *op. cit.*, p.277 ; Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p.68 ; 14th Universal Periodic Review 2012, *Swiss Ngo's Submission,* [En ligne : http://intersex.shadowreport.org].

[1624] Principe n° 3 de Yogyakarta, mars 2007, Comité de l'O.N.U. pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes *Intersex Genital Mutilations Human Rights Violations Of Persons With Variations Of Sex Anatomy,* 15 décembre 2015.

[1625] A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p. 66.

[1626] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017.

[1627] A., GOGOS-GINTRAND, *op. cit.*, p. 920.

[1628] Entretien avec le Pr. N., KALFA, Responsable de l'équipe médicale : Chirurgie viscérale et urologie pédiatrique, 31 janvier 2017.

[1629] Art. 56 du Code civil.

[1630] Point 55 de l'I.G.R.E.C.

[1631] M., FOUCAULT, *Histoire de la sexualité,* t.1, *La volonté de savoir,* Paris, Gallimard, coll., «Tel », 1976.

[1632] A., FAUSTO-STERLING, *op. cit.*, p. 24.

etc. Puisqu'il n'existe qu'un féminin et un masculin, le biopouvoir du Droit actuel est intimement lié à la binarité. Les conséquences de cette exclusivité sont multiples. Ainsi les personnes intersexes n'ont aucune existence juridique, leurs actes de naissance, s'ils mentionnent un sexe, sont faux. Enfin, de manière plus générale, le droit à l'auto-institution traduit par les droits fondamentaux liés à l'identité de genre (construction et reconnaissance) ne sont pas respectés.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

« *L'ordre public n'est intéressé à la rectification d'un acte de l'état civil que si les omissions qui y sont produites ou les erreurs qui s'y sont glissées sont de nature à compromettre la preuve d'une identité* [parce que] *la raison d'être de l'état civil, c'est uniquement la nécessité d'assurer la preuve de l'identité et de l'individualité de ceux que les actes concernent, de cataloguer les individus de la société* »[1633].

315 . Cette affirmation constitue un véritable appel à la fiction juridique, ce qui correspond à une part de l'activité du juriste qui « *a l'habitude d'utiliser des images qui ne reflètent pas la réalité* »[1634]. En effet, la société a toujours fonctionné sur l'apparence[1635], et il est des cas dans lesquels le Droit prend en considération cette apparence pour y attacher des effets, à l'image par exemple des héritiers apparents[1636] ou encore du mandat apparent, ou bien pour les filiations adoptives ou par le biais de la possession d'état. Cette prise en main de l'individu sur sa vie émane de la campagne de développement des droits individuels, à l'image du droit à l'autodétermination, qui permettent à chacun de construire et que soit reconnue son identité. Or, parfois, l'image sociale de la personne ou d'un groupe de personnes ne correspond pas à ce qui est inscrit sur son état civil, c'est ainsi qu'une personne dont l'apparence est définitivement féminine pourrait se voir affubler d'un sexe et d'un prénom masculin sur son acte de naissance ou encore sa carte d'identité. Dans cette hypothèse, « *l'état civil n'est plus dans son rôle quand il fait douter de l'identité d'une personne parce que l'apparence de celle-ci ne correspond pas aux mentions qu'il*

[1633] *Jurisprudence de Liège,* 1907, col. 209 et s., cité par L., PEPIN, « De l'action du Ministère public en rectification des actes de l'état civil », *in* M.-J., SERVAIS (dir.), *Revue de droit belge,* 1906-1910, t. 5, Bruxelles, Bruylant, p.181-182.
[1634] J., RUBELLIN-DEVICHI, « Transsexualisme », *RTD civ.,* 1989, p.79.
[1635] J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique,* Paris, LGDJ, 1993, p. 514.
[1636] Civ. 26 janv. 1897, *D. P.,* 1900, I, 33.

contient »[1637], il apparaît donc nécessaire de le faire évoluer pour prendre en compte cette part de subjectivité.

Chaque mention de l'état civil devrait en effet pouvoir conjuguer efficacement ses deux fonctions, c'est-à-dire, d'identification et de protection[1638]. Mais surtout, devrait permettre à la personne intéressée de pouvoir considérer la mention du sexe à l'état civil comme une composante de sa vie privée, dont la révélation devrait rester à sa discrétion, dans la limite de ce que l'ordre public et les bonnes mœurs tolèrent car « *dans la vie sociale quotidienne, chacun montre son visage, ses vêtements, ses papiers d'identité et fait entendre sa voix, mais nul ne montre ses organes sexuels* »[1639].

316 . Ainsi, grâce à l'exercice de ces droits, l'ordre public à l'origine de la stabilité des actes de l'état civil, voit ses fonctions modifiées pour devenir le nouvel instrument au service de l'épanouissement des personnes au sein de la société[1640]. Ce qui a contribué à la remise en question des grands principes de l'état civil, notamment l'indisponibilité[1641], qui empêchait que l'État n'accède aux demandes de ratification des choix personnels dans les actes officiels [1642]. Or, on sait aujourd'hui que « *l'indisponibilité de l'état n'est pas l'immutabilité* »[1643] et que le premier de ces principes n'empêche pas que des modifications d'état civil interviennent sous certaines conditions. Mais avant d'en arriver à cette conclusion, le principe d'indisponibilité, avec le renfort d'autres considérations morales et juridiques, a longtemps été la source des décisions jurisprudentielles de refus de changement juridique de sexe pour les personnes transsexuelles[1644], alors que l'indisponibilité ne sous-entend pas le caractère incorrigible des mentions des actes de l'état civil[1645].

[1637] A., GOGOS-GINTRAND, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *RDSS,* 2016, p. 920.

[1638] D., BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *in* N., GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité,* Anthémis, 2012, p.8.

[1639] H.A.S., « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 36. Rappelons, à toutes fins utiles, que l'exhibition sexuelle est punie par l'article 222-32 du Code pénal par 1 an d'emprisonnement et 15 000€ d'amendes.

[1640] TGI Créteil, 22 octobre 1981, inédit.

[1641] J., MASSIP, « Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *D.,* 1991, p. 169.

[1642] P., WACHSMANN, A., MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme. En marge des arrêts *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* et *I c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 », *RTDH,* 2003, p. 1178.

[1643] J., MASSIP, *Ibid.* ; D., LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p.45.

[1644] Sur les deux autres obstacles théoriques au changement de sexe : les interdits religieux ou moraux, le sexe est la perpétuation de l'humanité le changement de sexe équivaut à sa destruction et le droit à l'intégrité physique qui impose que même si la personne consent aux actes, ces derniers doivent être proportionnés et poursuivre un but thérapeutique. V . L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », Chron. XIX, sous TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 et 26 mars 1980, *D.,* 1981, p.144 et s.

[1645] P.-H., CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p. 94.

317 . Enfin, les personnes intersexes ne sont pas en reste quant à l'inadéquation du droit des personnes à leur égard, dans la mesure où l'article 57 du Code civil dispose que le sexe doit être inscrit sur la déclaration de naissance, tant en s'abstenant de préciser si ce sexe se limite aux deux socialement admis.

318 . Face aux impératifs du droit civil, les personnes transsexuelles et les personnes intersexes ont été ignorées par le Droit.

Ainsi, pendant longtemps le régime des personnes transsexuelles a manqué de cohérence et d'unité[1646], oscillant entre approximation, dérogation et improvisations[1647], dans le sens où le droit jurisprudentiel sur le transsexualisme reposait sur deux fondements contradictoires : le déterminisme et l'autonomie personnelle[1648]. Ainsi, ce régime fait directement écho à la notion de biodroit, qui elle-même fait nécessairement appel aux problématiques liées au droit de disposer de soi[1649]. La personne transsexuelle recherche la reconnaissance sociale lorsqu'elle demande le changement d'état[1650] corporel[1651] mais aussi juridique par la modification de la mention du sexe à l'état civil[1652]. Après de nombreuses années de jurisprudences indécises, le législateur est enfin intervenu le 18 novembre 2016 avec la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, dite « *J21* »[1653] qui est venue intégrer dans le Code civil les articles 61-5 et suivants relatifs à la procédure de changement de sexe, ouverte à « *toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue* ». Cette même loi prévoit par ailleurs la possibilité d'un réexamen d'une décision civile rendue définitive à la condition que cette dernière ait donné lieu à une condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme, mais aussi qu'elle concerne le droit des personnes[1654].

[1646] H.A.S., *Ibid.*, p.25.

[1647] D., ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison publique,* 15 mars 2012, [En ligne : http://www.raison-publique.fr/article530.html] Consulté le 24 octobre 2016.

[1648] G., LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu », *in* J.-M., LARRALDE, *La libre disposition de son corps,* Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2009, p.307, 304.

[1649] D., ROMAN, *Ibid.*

[1650] P., MERCADER, « Du déterminisme à la désexuation : le droit face au transsexualisme », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes,* Paris, CNRS Editions, 2002, p. 81.

[1651] Sur le rôle social de la médecine, v. D., ROMAN, *Ibid.*

[1652] M., LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH,* 1999, n°39, p.662.

[1653] Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016.

[1654] Arts. L 452-1 du Code de l'organisation judiciaire. V. M., DOUCHY-OUDOT, « La loi nouvelle est arrivée ! », *JCP G*, n°48, 1268, 2016.

319 . Là où il est désormais admis que la mention du sexe est décidée librement par la personne, la problématique est toute autre pour les intersexes qui sont « *dépossédé*[s] *du choix de leur sexe* »[1655], par l'action médicale généralement soutenue par les parents.

Le sort des personnes porteuses de variation du développement génital (V.D.G.) est intimement lié aux progrès médicaux[1656], mais aussi à la prise de conscience récente que les assignations sexuelles sur des jeunes enfants, voire très jeunes, peuvent être taxées de pratiques mutilantes, d'autant plus qu'elles ne répondent, dans la plupart des cas, à aucun impératif médical. En effet, le but de ces assignations hormonales ou chirurgicales n'est pas de leur donner un sexe mais de leur donner le « *bon sexe* »[1657]. Mais il faut néanmoins admettre que « *le désir de la médecine de créer de bons organes génitaux pour empêcher la souffrance psychologique ne fait en somme que contribuer à celle-ci* »[1658], il est donc nécessaire, lors de la prise de décision d'en apprécier les conséquences sur le long terme car, en réalité, la chirurgie va transformer, dans la plupart des cas, une personne saine en personne malade qui devra prendre des hormones toute sa vie mais également subir d'autres interventions[1659].

Dès lors, les pratiques médicale et juridique autour des personnes porteuses de V.D.G. s'articulent autour de la violation de deux droits fondamentaux : à la vie privée et à l'intégrité physique[1660]. La première de ces violations tient au maintien non justifié de la binarité sexuelle, la seconde à la pratique douteuse des actes de conformation sexuelle. Le seul lot de consolation de ces personnes « *entre deux sexes* » reste la possibilité de demander, à leur majorité, la rectification de la mention du sexe sur leur état civil, selon la procédure de l'article 99 du Code civil. L'utilisation de cette procédure tend à stigmatiser les personnes intersexes qui demanderont la rectification pour erreur matérielle, comme si leur état, parce qu'il diffère de la binarité imposée, est une erreur de l'Humanité.

320 . D'autant plus que les progrès scientifiques ont décelé que le sexe n'est pas unitaire, mais se divise en composantes objectives, liées à la nature et à la « *loterie génétique* » qui sont féminines ou masculines, et en une composante subjective, liée à la culture, appelée sexe psychosocial ou genre. Le transsexualisme et les personnes intersexes

---

[1655] A., GOGOS-GINTRAND, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *RDSS,* 2016, p. 920.

[1656] M., SALLE, « Un ambigüité sexuelle subversive. L'hermaphrodite dans le discours médical de la fin du XIXème siècle », *Ethnologie française,* 2010/1, p. 123.

[1657] E., DORLIN, *Sexe, genre et sexualités. Introduction à la théorie féministe,* PUF, Coll. Philosophies, 2008, p. 33.

[1658] A., FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres,* 2000, p.141, 66.

[1659] C., CHILAND, « Bilan de 25 années de travail avec les transsexuels », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre,* LEH, 2010, p.278.

[1660] B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p. 1.

sont la preuve qu'il puisse exister une discordance entre ces composantes, même si dans la plupart des cas, les composantes répondent volontiers à la binarité culturellement imposée. Le sexe psychosocial, c'est-à-dire le genre, même s'il prend sa source dans la binarité, demeure multiple. L'identité de genre est pour chacun une vérité aussi irréfutable[1661] que la présence de la paire de chromosome XY indique que nous sommes face à un individu de sexe masculin. Le genre contribue à la recherche philosophique du « *vrai sexe* »[1662], entreprise que nous jugeons dépassée aujourd'hui en Droit, et même la recherche du vrai genre qui par nature n'a de vérité que pour la personne qui le porte et qui peut fluctuer au fil des années. Cette appréciation est par ailleurs incompatible avec les principes d'indisponibilité et d'immutabilité des actes de l'état civil.

321 . Mais le vrai sexe est binaire, il s'agit d'une évidence ancestrale[1663], encouragée par la médecine lorsque celle-ci soutient les assignations sexuelles à la naissance ou dans la petite enfance[1664]. Nous ne pouvons pas ne pas penser que la fin de la binarité exclusive de tout autre sexe limiterait considérablement le recours aux interventions d'assignation, ou du moins les retarderait jusqu'à ce que la décision appartienne à la personne concernée. Car en effet, « *le respect des droits fondamentaux des personnes intersexes suppose de dépasser la binarité des sexes* »[1665], mais de manière plus large, le genre en Droit, contribue activement à la remise en cause de « *l'objectivité de la norme juridique* »[1666], c'est-à-dire son caractère « *neutre, abstrait et impersonnel* »[1667].

Cependant, ces caractères de la norme n'ont pas à être écartés de manière catégorique, ils sont nécessaires à la sécurité juridique. Dès lors, dès qu'un élément du droit ne rentre plus dans le champ de ces caractères, peut-être conviendrait-il mieux de le faire sortir de la norme neutre, abstraite et impersonnelle, pour en faire une émanation de la liberté de chacun ? Pourquoi ne pas privatiser le genre ? Cette option est parfaitement envisageable si l'on reprend les propos de M. BORILLO qui affirme que « *le genre est un monstre à trois têtes* »[1668], comprenant des impératifs d'identité, de fonction et de protection, dont les buts sont fondés sur l'absence de discrimination et la promotion de la diversité[1669] avec, notamment la mise en œuvre de lois

---

[1661] J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, n°1491.
[1662] M., FOUCAULT, « Le vrai sexe », *in Dits et écrits,* Tome IV, Gallimard, 1994, p. 116-117.
[1663] A., GOGOS-GINTRAND, *Ibid*.
[1664] A., GOGOS-GINTRAND, *op. cit*.
[1665] A., GOGOS-GINTRAND, *op. cit*.
[1666] M., NAAB, P.-Y., VERKINDT, « Regards croisés sur le droit et le genre : (dé) construction et mobilisation de la norme juridique », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p.170.
[1667] D., LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité,* PUF, Paris, 2010, p. 10.
[1668] D., BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *in* N., GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité,* Anthémis, 2012, p.9.
[1669] D., BORILLO, *Ibid.*, p.17.

sur la parité dont l'efficacité relative mériterait qu'on s'interroge aujourd'hui sur leur opportunité. Ces trois facettes du genre sont néanmoins à mettre en perspective les unes avec les autres. Ainsi le genre identité a pour principal inconvénient le rapport historique de le domination de l'identité masculine sur l'identité féminine, ce qui n'est pas pour faciliter l'objectif d'égalité entre les personnes[1670]. Le genre fonction est marqué du même écueil, en effet, tant que le modèle familiale hétérosexuel sera la norme, l'égalité des familles ne pourra être complet[1671]. Enfin, le genre protection a une importance toute particulière, quand bien même, il s'expose à un double paradoxe, entre la nécessité de bannir le sexe comme catégorie d'identification et de mettre un terme, en priorité, à sa mention sur les actes de naissance et sur la carte vitale notamment, tout en s'assurant que cette catégorisation subsiste au nom de la lutte contre le « *sexisme et l'hétérosexisme* »[1672].

322 . En définitive, l'état a un « *aspect statique* »[1673], bien que personne n'arrive à justifier le fait que la situation matrimoniale ou encore la filiation puissent être évolutives sans que le sexe ne puisse l'être également[1674]. En effet, « *tout individu est un sujet en devenir* »[1675] selon ses choix de vie et grâce à l'expansion des droits relatifs à la personnalité, eux-mêmes issus d'une interprétation toujours plus vaste de la notion de vie privée. Le sexe, intimement lié à la notion de genre, disposait en Droit d'un statut permanent[1676] qui ne pouvait être contré que par la preuve d'une force majeure ou par l'existence d'une erreur matérielle. Néanmoins, le sexe est reste incompatible avec l'existence de ces « *343 nuances de genre* »[1677] qui doivent être respectées et protégées par l'État. Or, ce dernier, pour mener à bien sa mission de protection des personnes, n'a pas besoin de « *cristalliser* » le sexe dans les actes de l'état civil. La religion, la race ou encore la classe sociale sont scrupuleusement protégées alors qu'elles ne font pas partie de ces actes.

323 . Alors, le sexe à l'état civil est-il encore utile ? La réponse serait négative si l'on s'en tient au mariage « *pour tous* » et à l'égalité homme/femme sans cesse prônée, mais la réponse pourrait être positive si se place du point de vue de la filiation biologique qui

---

[1670] D., BORILLO, *op. cit.*, p.19.
[1671] D., BORILLO, *op. cit.*, p.20. En dépit de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe de 2013, le modèle familial hétérosexuel reste de mise dès lors que les droits liés à l'établissement de la filiation ne sont réservés qu'aux couples hétérosexuels.
[1672] D., BORILLO, *op. cit.*, p.23.
[1673] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 15.
[1674] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*
[1675] L., BRUNET, C., FORTIER, « Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité » *in* N., GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité,* Anthémis, 2012, p.86.
[1676] D., BORILLO, *op. cit.*, p.24.
[1677] P.-H., CASTEL, *Ibid.*, p.179.

nécessite encore la présence d'un père et d'une mère[1678], ou du moins de matériel génétique des deux sexes.

Quoi qu'il en soit, une réformation du sexe doit être envisagée, la binarité exclusive est plus créatrice de violation des droits fondamentaux pour les personnes transsexuelles et intersexes que de stabilité des actes de l'état civil. Dès lors, le risque est de voir cette proposition se réaliser, car « *à vouloir trop d'ordre on crée inéluctablement le désordre* »[1679].

[1678] J., HAUSER, « Le mystère du chevalier d'Éon », note sous TGI Tours, 2ème civ., 20 aout 2015, *JCP G.* n°44, 1157.
[1679] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.118.

SECONDE PARTIE :

UNE COHABITATION DIFFICILE ET UNE MISE À NIVEAU NÉCESSAIRE DU DROIT

324 . La relation entre le Droit et les états d'intersexuation s'analyse comme un rapport à deux vitesses, dans la mesure où le Droit a à connaître de ces situations une fois qu'elles sont déjà bien ancrées. Ainsi, pour la dysphorie de sexe, le législateur semble avoir rattrapé un retard de plus d'un demi-siècle avec la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, dite « *J21* »[1680] et l'intégration dans le Code civil des articles 61-5 et suivants. Du côté des personnes intersexes, la situation est plus creuse puisqu'ils restent partiellement ignorés du Droit. En effet, si certains auteurs affirment que les dispositions des articles du Code civil s'appliquent à eux, elles n'ont pas pour vocation de stopper les interventions mutilantes à la naissance et n'éclaircissent pas non plus les zones d'ombres de l'instruction générale relative à l'état civil (l'I.G.R.E.C.).

325 . Mais réclamer une action du Droit ne doit pas constituer une fin en soi. D'une part, l'action de la jurisprudence n'est pas toujours souhaitable dans la mesure où elle se caractérise par sa fragilité. Pour un exemple, reprenons la jurisprudence sur le transsexualisme que nous pensions pérenne dès 1992 mais qui a opéré un fâcheux retour en arrière vingt ans plus tard[1681]. D'autre part, l'action du législateur n'est pas non plus un gage d'efficacité, si l'on reprend la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe[1682] qui n'a pas réglé le problème attenant à certains modes d'établissement de la filiation, ou encore, plus récemment à la loi dite « *J21* », qui ne règle pas ce même problème, en cela, le législateur n'est pas, de manière générale, prévoyant[1683]. Cependant, l'exercice de son art n'est pas aisé et il doit s'efforcer de trouver le juste équilibre entre le juridiquement nécessaire et le tolérable compassionnaient[1684], tout en s'inspirant des dysfonctionnements actuels pour les résoudre,

---

[1680] Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF, n°0269, 19 novembre 2016.
[1681] Civ., 1ère, 7 juin 2012 ; Civ.1ère, 13 février 2013, n°12-11.949, *Bull. civ.,* 2013, I, n°14 ;
[1682] Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.
[1683] J., PETIT, « L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », *RTD Civ*., 1976, Vol. n°74, p. 278.
[1684] P., MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit de connaître son identité », *in* B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015, p.52.

mais également en anticipant ceux du futur (TITRE PREMIER). Ce n'est qu'une fois fort de ces erreurs que des propositions de réforme pour une nouvelle vision juridique du sexe plus réaliste pourront voir le jour, assurant à la fois un impératif de sécurité juridique inhérent aux actes de l'état civil, mais également un impératif international dans le respect des droits relatifs à toutes les identités (TITRE SECOND).

TITRE PREMIER :
LES DYSFONCTIONNEMENTS DES RÉGIMES ACTUELS : ENTRE INVISIBILITÉ ET SUR-VISIBILITÉ[1685]

326 . Les dysfonctionnements dont il sera question auront trait aux deux pans de la prise en charge des états intersexuation : juridique et médical.

Ainsi, nous savons que la pratique médicale n'est ou n'a pas été satisfaisante eu égard notamment à l'absence de son encadrement, mais également de ses justifications. En effet, dans la plupart des cas, l'intérêt médical qui devait animer ces interventions et traitements n'existe pas ou a mis un certain temps à émerger. Malgré les justifications douteuses de ces pratiques, certaines ont encore court aujourd'hui, et il est intéressant de constater que malgré leur constante remise en question, il est toujours aussi malaisé de les faire évoluer. L'une des conséquences de cette difficulté se fait par ailleurs ressentir du côté des droits des patients transsexuels et intersexes. En effet, en fonction des équipes qui seront localement à leur disposition, des pratiques vont diverger selon les croyances, en même temps que le degré de connaissances sur les sujets des intersexuations psychique et physique. Dès lors, ces pratiques médicales aléatoires (CHAPITRE PREMIER) aboutissent néanmoins, dans la plupart des cas au même résultat : avoir un genre, qu'il ait été choisi ou imposé par les parents. Ce résultat ambivalent s'effectue toutefois au prix d'un respect douteux des droits des patients, mais également des droits fondamentaux (CHAPITRE SECOND).

[1685] Sur cette expression de « survisibilité », v. A., ALESSANDRIN, Mineurs trans : de l'inconvénient de ne pas être pris en compte par les politiques publiques, L'Harmattan, coll. « Agora débats/jeunesse », 2016, p. 6 [En ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01326833] ; C., DAYER, A., ALESSANDRIN, « Entre invisibilité et sur-visibilité : les transgressions de genre à l'école », *in* G., FERREOL, E., DUGAS (dir.), *Oser l'autre*, EME, 2014, p. 83-101 ; L., BRUNET, « Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personne sintersexes », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 64, 2016, p. 260.

CHAPITRE PREMIER :
L'ABSENCE DE CADRE DANS LES PRATIQUES MÉDICALES : DES PRISES EN CHARGE ALÉATOIRES

327 . Les prises en charge médicales autour des états d'intersexuation se sont développées pour répondre à des demandes singulières et impérieuses, pour lesquelles les investigations sont intervenues après coup. Il s'agissait d'apaiser les souffrances d'habiter le mauvais corps ou d'être les parents d'un enfant qu'il est impossible de nommer. L'invisibilité de ces cas a poussé les équipes médicales à avancer dans l'ombre, que ce soit du point de vue des pratiques que de celui des moyens mis à leur disposition.

La prise en charge du transsexualisme et des personnes atteintes de variations du développement génital reste, sans contestation possible aujourd'hui, une entreprise médicale humaniste jonglant entre l'assurance d'un état de complet bien-être pour les patients, et des impératifs sociaux et juridiques. Aussi, des équipes de référence ont commencé à se développer de manière plus ou moins anarchique, à l'image de la Société Française d'Études et de prise en Charge du Transsexualisme (la So.F.E.C.T.), ou de manière plus institutionnalisée comme les Centres locaux de référence de prise en charge des cas de variation du développement génital (V.D.G.)[1686].

328 . Ce qui frappe à la lecture de ces précédentes lignes, c'est l'asymétrie des reconnaissances juridiques des prises en charge. En effet, d'une part, la So.F.E.C.T. n'est pas reconnue juridiquement comme étant l'instance référente dans la prise en charge médicale du transsexualisme, alors que le législateur a instauré un droit au changement de sexe par la loi dite « *J21* ». D'autre part, les centres de compétence pour les V.D.G. disposent d'une assise normative depuis le premier Plan Maladies Rares 2005-2008, alors que la dualité des sexes est toujours en vigueur aujourd'hui[1687]. Néanmoins, l'existence de ces centres n'empêche pas les pratiques de diverger, et même si la tendance semble pencher en faveur d'une attente dans

[1686] Arrêté du 19 novembre 2004 portant labellisation de centres de référence pour la prise en charge des maladies rares, *JORF*, n°277, 28 novembre 2004, p. 20246.

[1687] T.G.I. de Tours, 20 aout 2015, *D.,* 2015, 2295, note F., VIALLA ; *AJ Fam.,* 2015.613 ; *Gaz.Pal.,* 2016, 1, note B., BLOQUET ; *JCP G,* 44, 2014, 1157 ; C.A. d'Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03328, *LPA,* 2016, n°87, p. 9 ; *D.,* 2016, 1915 ; *AJ Fam.,* 2016, 261 ; *RTD Civ.,* 2016, 318, note J., HAUSER ; *Gaz. Pal.,* 2016, n° 26, p. 81 ; *Dr. Fam.,* n°5, 2016, étude 8 ; Civ. 1ère, 4 mai 2017, n° 16-17.189., *JCP G,* 24, 2017, 662 ; *AJ Fam.,* 2017, 354 ; *D.,* 2017, 981.

l'assignation irréversible, les pressions parentales ou la nostalgie des pratiques anciennes poussent à une assignation rapide et regrettable. Même s'il existe des centres spécialisés ou autoproclamés spécialisés dans les prises en charge des états d'intersexuation, rien ne garantit que les pratiques soient identiques dans chacun des centres régionaux. Ainsi, la So.F.E.C.T. de Bordeaux refuse les mineurs dans le protocole de prise en charge du transsexualisme, alors que le Dr. LAFAYE DE MICHEAUX de la So.F.E.C.T. de Montpellier accueillait un jeune patient de 4 ans[1688], tout cela en dépit de la mise en place d'un protocole de soin pour les mineurs en 2015[1689]. De plus, la pratique médicale de la dysphorie de sexe n'est pas exclusive de ces centres et certaines personnes préfèrent se tourner vers la médecine de ville tout au long de leur transition, créant ainsi une prise en charge difforme de la question transsexuelle en France (SECTION PREMIÈRE). La réciproque est également vérifiable dans le cadre des variations du développement génital, les instances existantes ne disposent pas de moyens suffisants pour harmoniser les pratiques, malgré une volonté encore plus marquée de tendre vers une pratique bienveillante et accompagnante à l'égard de l'enfant et de sa famille lorsque l'intervention chirurgicale n'est pas nécessaire (SECTION SECONDE).

[1688] Entretien téléphonique avec le Dr. BOULON, psychiatre à la So.F.E.C.T. de Bordeaux, le 23 septembre 2016.
[1689] Entretien téléphonique avec le Dr. LAFAYE DE MICHEAUX, psychiatre à la So.F.E.C.T. de Montpellier (C.H.R.U.), le 12 janvier 2017.

SECTION PREMIÈRE : L'ABSENCE DE PRATIQUES UNIFORMES SUR LA PRISE EN CHARGE DES PERSONNES TRANSSEXUELLES

329 . En 1952, le Dr. HAMBURGER opère George William JORGENSEN, ancien G.I., qui devient alors Christine et fut la première personne transsexuelle opérée largement médiatisée. Le chirurgien reçut par la suite bon nombre de demandes d'opération émanant du monde entier[1690]. Il pratiquait ses interventions de reconversion sexuelle au sein d'une clinique spéciale à Baltimore créée au *John Hopkins Hospital* avec équipe une pluridisciplinaire composée de psychiatres, d'urologues, d'endocrinologues et de chirurgiens. Même s'il n'existait aucun texte qui autorisait la castration ou la stérilisation des personnes aux Etats-Unis, les réassignations chirurgicales étaient tolérées en fait dès lors que les patients remplissaient un certain nombre de conditions telles que vivre professionnellement et socialement dans le sexe revendiqué assez longtemps, avoir 21 ans et être un citoyen américain avec un casier judiciaire vierge ou encore être célibataire, veuf ou divorcé[1691]. Le développement des demandes et la multiplication des pratiques a fait émerger la *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association*, chargée d'établir les standards de la prise en charge médicale du transsexualisme. Cependant, cette instance n'a pas eu l'effet de stabilité escompté puisque les standards dont il était question sans cesse revus.

330 . En France, les opérations des personnes transsexuelles étaient délicates dans la mesure où il existait des incriminations pénales pour castration. Aussi le premier français opéré l'a été par la Dr. BURON, en 1953 au Maroc. Même lorsque les réassignations chirurgicales avaient cours en France, l'absence de protocole ou de parcours de soin déterminés laissaient les personnes opérées dans une situation de grande détresse, décuplée par le refus de reconnaissance juridique de leur véritable sexe[1692].

Ce n'est pas l'absence pure et simple de protocole qui sera dénoncée dans les propos qui suivront, mais l'absence de leur application uniforme. De même, lorsque nous parlons de

---

[1690] C., HAMBURGER, « The desire for change of sex as shown by personal letters from 465 men and women », *Acta Endocrinologica*, 14, 1953, 361-375.

[1691] J.-G., RAYMOND, « The transsexual Empire », The Women's Press, 1980, p.38.

[1692] En attendant l'élaboration de ce protocole, des personnes privées sensibles à la détresse des personnes transsexuelles leur ont offert le soutien, à l'image du Pasteur, psychologue et sexologue Joseph DOUCÉ, avec la création du Centre du Christ libérateur en 1976 où il s'occupait de toutes les minorités sexuelles. V. F., SIRONI, *Psychologie(s) des transsexuels et des transgenres*, Paris, Odile Jacob, 2011, p.26.

protocole nous désignons avant tout le parcours de soin requis pour que la personne puisse obtenir la prise en charge financière de sa transition, mais nous dénonçons tout autant ceux mis en place par la Société Française d'Etudes et de prise en Charge du Transsexualisme, se voulant plus encadrants mais se révélant porteurs de pratiques divergentes (I). Cependant, il serait erroné de penser que seules des améliorations sur la prise en charge de la transition suffiraient à régler les dysfonctionnements. En effet, la formation des professionnels, l'accompagnement des personnes concernées et la dédiabolisation du syndrome de Benjamin devraient également faire partie des propositions de perfectionnement de la prise en charge globale du transsexualisme en France (II).

I . Des protocoles de prise en charge dénoncés par les patients

331 . Les patients aspirant à un processus de transition ne semblent pas réaliser à quel point la prise en charge de leur mal a évolué avec le temps, et sont sans cesse en demande d'une prise en charge plus rapide. Cette impatience les pousse à sortir des sentiers tracés par les équipes dites spécialisées, pour s'orienter vers des spécialistes de ville souvent non sensibilisés aux particularités du transsexualisme. De plus, l'estampillage « *So.F.E.C.T.* » sur les équipes pluridisciplinaires ne semble pas constituer un gage de « *qualité des soins* » puisque certains patients et quelques associations[1693] dénoncent vigoureusement leurs pratiques au regard, notamment des exemples étrangers. Même si ces attaques concernent avant tout la prise en charge d'un sujet majeur (A), l'accès simplifié aux informations et le soudain enthousiasme autour des états d'intersexuation, nous obligent à s'arrêter sur la prise en charge du mineur transsexuel (B).

[1693] Associations présentes à « l'Assemblée générale des Trans », à l'initiative de l'association OUTrans. Y ont notamment participé les associations Chrysalide, TransEurope, l'Intertrans, ACTHE, le MAG, Les Famands Roses, les Panthères Roses, IdentiT, le Comité idaho, Act Up-Paris, Étudions gayment et Mutatis Mutandis.

A . La prise en charge des transsexuels majeurs

332 . Cette prise en charge prend la forme d'un parcours de soin qu'il conviendra de survoler (1) et qui a été mis en place en 1989 suit à l'association d'un groupe de médecins spécialistes, du Conseil national de l'Ordre et de l'Assurance maladie pour son aspect financier. C'est encore sur le modèle de 1989 que le processus de transition s'effectue aujourd'hui, malgré la révélation d'un certain nombre de dysfonctionnements (2).

1 . Bref aperçu du protocole de soin des transsexuels majeurs

333 . Le tout premier protocole de soin à destination des personnes transsexuelles date d'il y a plus de trente ans est demeure le fruit de la compilation de publications scientifiques des Docteurs BRETON (psychiatre), LUTON (endocrinologue) et BANZET (chirurgien) de l'Hôpital Saint Louis. Ce protocole a été élaboré en 1989 avec la Sécurité sociale, pour des raisons de prise en charge financière. En effet, il était question de justifier la compétence de l'Assurance maladie par l'existence d'une maladie reconnue par cette dernière[1694]. C'est ainsi que la dysphorie du genre devint un affection longue durée (une A.L.D.), entendue comme une « *pathologie comprenant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse* »[1695], justifiant ainsi que les personnes atteintes bénéficient d'une exonération du ticket modérateur.

334 . Ainsi le parcours de soin initial se compose de plusieurs étapes[1696]. Pour que l'Assurance maladie puisse être concernée dans le processus de transition, la personne de plus de 21 ans doit justifier d'un délai de réflexion d'au moins un an, pendant lequel elle sera

[1694] Sur les règles de la prise en charge par l'Assurance maladie, v. HAS, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 70.
[1695] H.A.S, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p.70.
[1696] J.-H., SOUTOUL, M., TOUZÉ, E., FROGE, F., PIERRE, « Le médecine et le juge français face aux transsexuels en 1986 », J. Gynécol. Obstet. Biol. Reprod., 1986, 15, p. 876 ; G.-M., FAURE, « Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes », RDSS, 25 (1), janv.-mars 1989, p.7 et s. ; HAS, *Ibid.*, p. 89-144.

suivie régulièrement, en principe, par un psychiatre ou un psychologue et pendant lequel un diagnostic différentiel sera opéré, à partir de critères définis dans les nomenclatures officielles[1697]. À la suite de ce délai, trois spécialistes en endocrinologie, psychiatrie ou psychologie et en chirurgie adressent une demande de reconnaissance d'A.L.D. au médecin conseil de la Caisse nationale d'Assurance maladie (la C.N.A.M.). Une fois la réponse positive du médecin conseil, les spécialistes informent le Conseil départemental de l'Ordre des médecins (le C.D.O.M.) qu'une personne va entrer dans un processus de transition, sans toutefois la nommer, respectant ainsi le secret professionnel mais également la vie privée de la personne en question.

Les conditions pour une prise en charge optimale des soins afférant au processus de transition ne s'arrêtent pas là. En effet, initialement, les aspirants à un nouveau sexe, célibataires ou divorcés, devaient effectuer les soins et consultations dans le secteur public impérativement[1698] pour plusieurs raisons. D'abord, il convenait de véritablement maîtriser les demandes en les contrôlant et seul l'hôpital public en est capable[1699]. Ensuite, à l'heure où ces prises en charge médicales n'étaient pas largement reconnues et revêtaient un caractère purement expérimental, il fallait anéantir toute idée de lucre, notion qui serait inconnue au sein de l'hôpital public. Enfin, la nécessité de favoriser le secteur public semble également avoir une fonction égalitaire puisqu'ainsi le processus de transition n'est plus réservé qu'au plus aisés qui pouvaient se faire opérer à l'étranger[1700]. Cependant, tout aussi humaniste et sécuritaire que cette exigence puisse paraître, elle comporte un inconvénient de taille qui réside dans l'accès effectif aux soins. En effet, la prise en charge médicale du transsexualisme n'était pas démocratisée à l'époque, et les équipes spécialisées se situaient dans les grandes villes : d'abord Paris, puis Lyon et Marseille. Dès lors, si la discrimination par les ressources financières était un but légitime pour asseoir la nécessité d'une prise en charge en secteur public, elle fait inévitablement émerger la discrimination par la situation géographique. De plus, le nombre limité d'équipes engorge considérablement les salles d'attente, ce qui rallonge encore plus l'entrée dans le processus de transition, et cela, même en l'absence de publicité ou de communication autour de ce protocole, afin d'éviter le tant redouté effet

[1697] L'existence de plusieurs nomenclatures officielles et le choix qui semble être laissé au psychologue ou au psychiatre sur laquelle se baser pour procéder au diagnostic différentiel marque bien la marque de l'absence d'un consensus sur les critères même du diagnostic du transsexualisme.

[1698] J., BRETON, « Conditions du traitement medico-chirurgical des transsexuels », *in* O., DIAMAND-BERGER (dir.), *Groupe d'études de droit médical. Le transsexualisme*. Actes de la réunion du 17 juin, Masson, 1984, p. 47 ; Lettre ministérielle de la direction de la sécurité sociale, 4 juillet 1989 *; I., BON, Le transsexualisme. Analyse de pratiques médicale et juridique*, Thèse, Lyon 3, 1990, p.85 et s.

[1699] D., THOUVENIN, « De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.*, 1991, p. 221.

[1700] J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, 1993, p. 448.

d'entraînement[1701], ou encore les « *effets pervers* » comme ceux observés dans les *Gender Clincs* aux Etats-Unis[1702].

À ce titre, rappelons que la vie dans un sexe qui n'est pas le sien est vécue comme une véritable souffrance, un mal insupportable qui pousse les personnes transsexuelles à se faire opérer à tout prix. C'est pour cela que face à cette douleur, certaines d'entre elles ne supporteront pas d'attendre et tenteront de trouver le moyen de se faire opérer rapidement à l'étranger, au détriment parfois de leur propre dignité[1703]. Aussi, cette condition des soins en secteur public a par ailleurs pris fin avec une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 27 janvier 2004[1704].

335 . Dans le cadre de ce parcours de soin, une condition symbolique était réclamée en amont et constituait, pour le patient à « *s'engager* » à réclamer le changement juridique de sexe[1705]. Engagement *a priori* unilatéral puisque même si la personne effectuait cette demande auprès des tribunaux, ces derniers se sont longtemps sentis retissants à accorder le changement juridique de sexe. Ainsi c'est simplement la démarche juridique qui semble indispensable[1706], d'ailleurs, la mise en place du réseau de prise en charge du transsexualisme en 2010, la Société Française d'Etudes et de prise en Charge du Transsexualisme (la So.F.E.C.T.), a suscité des réflexions autour de la question du changement juridique de sexe, à l'occasion de l'élaboration de sa Charte. En effet, les associations de personnes trans' et certains transsexuels eux-mêmes réclamaient une sorte de contrepartie s'ils décidaient de suivre leur transition au sein du réseau. La So.F.E.C.T. s'était positionnée en faveur d'une procédure simplifiée et accélérée[1707] pour toute personne qui passerait par elle dans le cadre du processus de transition. Il est évident que cette mesure n'était pas envisageable puisqu'elle revenait à réinstaurer une obligation implicite de soin dans un établissement en particulier, non plus pour obtenir le remboursement des frais médicaux, mais pour obtenir le changement juridique de sexe.

[1701] J., BRETON, *Ibid.*

[1702] P.-H., CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, Paris, Gallimard, 2003, p.173.

[1703] Comme par exemple, se tourner vers la prostitution, selon Denise VANNEREAU, notamment pour la prise en charge des interventions de pure chirurgie plastique, comme les mammoplasties. Propos recueillis par J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, p. 449.

[1704] Soc., 27 janv. 2004, n°S 02-30.613.

[1705] J., BRETON, *op. cit.*, p. 47.

[1706] F., SIRONI, *Ibid.*, p.99.

[1707] Propositions de la So.F.E.C.T. pour l'amélioration de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 8 novembre 2010, p. 14.

336 . Aujourd'hui, et malgré des tentatives de réformations[1708], le protocole reste divisé en étapes fixées par le Conseil de l'Ordre des médecins et la Sécurité sociale[1709] dont le non-respect est susceptible d'engager les responsabilités disciplinaire[1710] et pénale[1711] de praticiens.

Des points ont par ailleurs évolué, comme l'âge à partir duquel un majeur peut débuter la transition qui est descendu au niveau de la majorité légale de 18 ans, ou encore le fait que la personne ne devait pas ou plus être engagée maritalement. Cependant, sur ce dernier point il faut noter que la situation matrimoniale, même si elle n'est plus une condition expresse d'accès à la transition, reste un fait qui peut être pris en compte lors de la psychothérapie et donc laissé à la libre appréciation du psychiatre et/ou du psychologue.

337 . Le protocole de prise en charge du transsexualisme a été mis en œuvre par les instances directement concernées : celle qui soigne et celle qui rembourse. Pour autant, ses fondements demeurent aujourd'hui encore discutés et sa légitimité disputée. En effet, il semblerait que les droits des patients ne soient pas scrupuleusement respectés, faisant des personnes transsexuelles une sous-catégorie de patients pour lesquels l'absence de certains droits, comme celui du libre choix du médecin[1712] demeurent le prix à payer pour changer de sexe.

[1708] B., CORDIER, C., CHILAND, T., GALLARDA, « Le transsexualisme, proposition d'un protocole malgré quelques divergences », *Ann. Méd. Psychol.*, 2001, 159, p. 190 et s. Il était par ailleurs question d'allonger la phase minimum d'observation à 2 ans avant toute demande de prise en charge par l'Assurance maladie, mais aussi de favoriser les psychobiographie en faisant intervenir dans cette phase rallongée des proches et la famille de la personne transsexuelle, ou encore de généraliser le suivi psychologique qui n'était pas obligatoire dès lors qu'un psychiatre faisait partie de l'équipe.

[1709] G., LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *in* J.-M., LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.293 ; N., GRAFEILLE, « Prise en charge du transsexualisme en 2010 : Expérience bordelaise », *in* A., ALESSANDRIN (dir.), *La transidentité : Des changements individuels au débat de société*, L'Harmattan, 2011, p. 42 et s. ; H.A.S., *op. cit.*, novembre 2009, p.70-71.

[1710] Sur le fondement de l'article 41 du Code de déontologie médicale : « Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement. »

[1711] Crim., 30 mai 1991, Bull. crim. n°232, sur un transsexuel qui se suicide après avoir porté plainte contre son chirurgien qui sera condamné pour coups et blessures avec préméditation.

[1712] Art. L 1110-8 du Code de la santé publique, M., DUPONT, « Le libre choix du médecin : son évolution depuis la loi du 4 mars 2002 », *RDSS*, 2007, p.759 ; D., ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison publique,* 15 mars 2012, [En ligne : http://www.raison-publique.fr/article530.html] Consulté le 24 octobre 2016.

2. Les dysfonctionnements du protocole

338 . S'il a le mérite d'exister, le parcours de soin de réassignation sexuelle n'en demeure pas moins insatisfaisant pour un certain nombre de raisons liées à sa légitimité, mais aussi au non-respect de certains droits des patients.

Tout d'abord, c'est la valeur même du protocole qui est contestée[1713]. En effet, ce dernier n'a aucune assise légale et les actes qui le composent ne sont soit non-inscrits à la Nomenclature générale des actes professionnels (la N.G.A.P.), soit inscrits à la Classification commune des actes médicaux (la C.C.A.M.) mais ne bénéficient d'aucune tarification[1714]. Aujourd'hui encore, on s'interroge sur la véritable valeur juridique de ce protocole. Puisqu'il émane en partie de l'Assurance maladie, il revêt le caractère d'acte administratif, mais sa forme reste discutée. La plus probable restant celle de la circulaire impérative. En effet, la circulaire reste en bas de la hiérarchie des normes administratives mais son caractère impératif ou réglementaire lui donne une importance toute particulière, car elle va compléter un texte de valeur supérieur. De fait, les personnes concernées par cette circulaire devront la respecter sous peine de sanctions, de même ces personnes pourront exercer contre elles un recours pour excès de pouvoir[1715]. Cependant, la condition matérielle d'une circulaire impérative est que cette dernière doit venir en éclaircissement d'un texte juridique qui lui est hiérarchiquement supérieur, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de la prise en charge du transsexualisme[1716]. La loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle[1717] aurait pu être ce texte, mais il ne traite pas du volet médical, ou s'il en parle c'est pour l'écarter des considérations juridiques à prendre en compte par les juges[1718].

Ces constations donnent au protocole de parcours de soin une assise fragile pour la prise en charge des personnes transsexuelles, de plus, cette absence de légitimité légale va avoir des répercussions sur la pratique médicale. Ainsi, un bon nombre de dysfonctionnements peuvent être soulevés et ils ont pour la plupart trait à la qualité des soins et à la particularité des traitements hormonaux.

[1713] H.A.S., *op. cit.*, p.70.
[1714] Il s'agit des chirurgies pelvienne et mammaire. V. H.A.S., *op. cit.*, p.71.
[1715] CE, Sect., 18 décembre 2002, *Dame Duvignères,* n°233618.
[1716] H.A.S., *op. cit.*, p.71.
[1717] Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF, n°0269, 19 novembre 2016.
[1718] Art. 61-6 al. 3 du Code civil.

339 . D'une part, les personnes transsexuelles, ainsi que les associations qui les représentent, dénoncent une qualité de prise en charge médiocre à plusieurs niveaux. D'abord, à cause de la longueur de la prise en charge, si le délai moyen du processus de transition ne devrait pas excéder deux années, nous sommes bien loin de cette vérité aujourd'hui. En effet, il faut ajouter à ce délai d'attente de deux ans, le délai nécessaire afin de pouvoir bénéficier de disponibilités chirurgicales. Ainsi, le Docteur Jean CHAMBRY de l'hôpital Maison Blanche à Paris nous informait de délais « *décourageants* »[1719] en partie dus à la place que tiennent les intervenions de réassignation sexuelle au sein des hôpitaux, ces interventions n'étant pas considérées comme primordiales – voire rentables, pour les établissements de santé, elles sont reléguées au second plan. À ce titre, une plainte vient d'ailleurs d'être adressée au C.H.R.U. de Montpellier, hôte de la So.F.E.C.T. locale, pour des délais de prise en charge chirurgicaux trop longs.

340 . La conséquence principale de cette attente est la sortie du parcours de soin, en effet, une assez large partie des personnes transsexuelles se font opérer en dehors du protocole, c'est-à-dire soit dans le privé (12,1%), soit à l'étranger (66,4%)[1720]. Certaines[1721] se contentent de prendre de l'avance sur la phase d'observation en se faisant prescrire des hormones par leur médecin généraliste[1722] ou qu'elles ont pu se procurer clandestinement[1723], sachant que la prescription d'hormones en dehors de toute consultation endocrinologique peut faire courir un risque au patient si le dosage est erroné.

341 . Le mécontentement des personnes concernées ne s'arrête pas à la lenteur du processus de transition, mais déteint également sur la qualité pure et simple des soins proposés. Il est ainsi courant d'entendre que les médecins ou les psychologues ont parfois manqué de tact ou d'humanisme envers leur patient, ou encore que les interventions chirurgicales pratiquées ne correspondent pas aux données actuelles de la science[1724]. Sur ce dernier point, la Haute autorité de santé (la H.A.S.) n'hésite pas à parler d'opération bâclées, dans la mesure où une opération de réassignation sexuelle en France dure en moyenne 1h15min contre 5 à 8 heures ailleurs[1725]. Sur cette base, un certain nombre de personnes demandent à bénéficier de l'expérience de chirurgiens étrangers tout en étant prises en charge

---

[1719] Entretien téléphonique avec le Dr. Jean CHAMBRY, 15 mars 2017.
[1720] A., GIAMI, E., BEAUBATIE, J., LE BAIL, « Caractéristiques sociodémographiques, identifications de genre, parcours de transition médicopsychologiques et VIH/Sida dans la population trans. Premiers résultats d'une enquête menée en France en 2010 », *BEH*, n°42, 2011, p. 433-438.
[1721] Dans 40% des cas. V. Propositions de la So.F.E.C.T. pour l'amélioration de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 8 novembre 2010, p. 13 ; F., SIRONI, *op. cit.*, p.95.
[1722] Civ. 1ère 13 février 2013, n°12.11-949.
[1723] F., SIRONI, *op. cit.*, p.91-99.
[1724] Défenseur des Droits, Décision cadre MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 11.
[1725] H.A.S., *op. cit.*, novembre 2009, p. 84.

par l'Assurance maladie française, dès lors que l'intervention projetée entre dans les conditions de prise en charge des articles R332-2 du Code de la sécurité sociale pour des soins au sein de l'Union européenne (principalement en Belgique et en Suisse) mais également en dehors[1726]. D'ailleurs, une de ces conditions est l'existence d'un traitement identique ou du même degré qu'en France, mais susceptible d'être délivré dans un délai plus raisonnable. Aujourd'hui, les autorisations de prise en charge sont facilitées à la suite de deux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (la C.J.U.E. ex C.J.C.E.) de 1998[1727] et 2001[1728], dans lesquelles respectivement la Cour précise que le remboursement des frais médicaux à l'étranger doit pouvoir s'effectuer sans autorisation préalable et au tarif de l'état d'affiliation, mais également que même si ce système d'autorisation porte atteinte à la libre prestation des services médicaux, il reste utile pour les raisons impérieuses du maintien financier du système de sécurité sociale et du maintien d'un service accessible à tous. Par ailleurs, l'autorisation peut être accordée après l'intervention. Cependant, même si ces interventions à l'étranger seront remboursées, elles demeurent réservées aux personnes les plus aisées puisque les frais devront être avancés et le transport n'est pas pris en charge.

342 . Face à cette désertion des transsexuels français pour l'offre de soin nationale, la H.A.S. a proposé un mécanisme de prise en charge des soins à l'étranger soumis à deux conditions : que l'offre sur le territoire soit insuffisante et qu'il existe une coopération entre les équipes françaises et étrangères[1729]. Mais pour cela encore faut-il que les équipes et les médecins français veuillent externaliser cette partie du processus de transition.

La réponse à cette interrogation n'est pas évidente lorsque l'on sait que les membres des équipes pluridisciplinaires peuvent avoir des réactions assez virulentes face aux critiques de leurs pratiques[1730], lorsque ceux-ci ne font pas purement un simple rejet du fait transsexuel. Sur ce second point, il est vrai que certains professionnels de ville et hospitaliers n'ont pas le comportement humaniste attendu par les patients trans'. Le plus connu reste le psychanalyste J.-M. LACAN fervent pratiquant de la « *maltraitance par les théories et les pratique inadéquates* »[1731] envers les personnes transsexuelles. Il s'agit des « *situations professionnelles dans lesquelles les cliniciens et les thérapeutes utilisent des techniques et des théories discréditantes, non fonctionnelles du point de vue de la clinique du sujet* ». D'autant

[1726] H.A.S., *op. cit.*, novembre 2009, p.72.
[1727] CJCE, 28 avril 1998, C-120/95 et C-158/96, *Decker et Kohll*.
[1728] CJCE, 12 juillet 2001, C-368/98, *Vanbraekel*.
[1729] H.A.S., *op. cit.*, novembre 2009, p. 148.
[1730] Propositions de la So.F.E.C.T. pour l'amélioration de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 8 novembre 2010.
[1731] F., SIRONI, « Maltraitance théorique et enjeux contemporains de la psychologie clinique », *Pratiques psychologiques*, 4, 2003 ; *Psychopathologie des violences collectives*, Paris, Odile Jacob, 2007.

plus que ces derniers savent qu'ils ont droit de vie ou de mort sur la poursuite du processus de transition[1732], ils devraient mettre en avant leur clause de conscience lorsqu'ils se retrouvent mal à l'aise face à un patient transsexuel[1733].

343 . D'autre part, il est un dysfonctionnement qui passe plus inaperçu car non dénoncé par les personnes concernées : l'encadrement légal de l'hormonosubstitution à destination des personnes transsexuelles[1734]. En effet, les hormones prescrites le sont part le mécanisme des prescriptions hors autorisation de mise sur le marché (hors A.M.M.). Cette pratique est légale[1735] et constitue une « *extension de la liberté de prescription des médecins* »[1736], elle est cependant limitée dans son application par des conditions. D'abord, la prescription doit être conforme aux données actuelles de la science, cette condition semble être remplie puisqu'il est avéré que la chirurgie et l'hormonothérapie sont les seuls traitements efficaces pour apaiser les souffrances causées par la dysphorie de sexe[1737]. Ensuite elle doit correspondre au domaine de compétence du médecin[1738]. L'existence de cette condition est à relativiser, notamment si la personne décide de suivre son parcours en médecine de ville ou encore passe par son médecin généraliste pour obtenir les hormones. Enfin, l'ordonnance doit mentionner que le médicament est prescrit hors A.M.M. et qu'il n'est, par conséquent, non remboursable, de fait, si le médicament est remboursé alors qu'il a été prescrit hors A.M.M., le médecin peut se voir imposer des sanctions de la part des caisses d'assurance maladie[1739]. Il semblerait qu'une tolérance règne autour du remboursement illégal des hormones.

344 . La présence d'un protocole institutionnalisé dans la prise en charge du transsexualisme pallie en quelque sorte à l'absence de loi venant autoriser ou encadrer les pratiques. Dès lors, le parcours de soin devait permettre une uniformisation des conditions

---

[1732] F., SIRONI, *Psychologie(s) des transsexuels et des transgenres*, Paris, Odile Jacob, 2011, p. 31-35. L'auteur parle même d'abus de pouvoir des professionnels de soin dans certains cas.
[1733] Excepté si le professionnel en question est le chef de service. V. les articles L4127-47 du Code de la santé publique et 47 du Code de déontologie médicale. La clause de conscience pourrait éventuellement jour lorsque la personne transsexuelle est mariée ou est parent d'enfants mineurs. V. H.A.S., *op. cit.*, novembre 2009, p. 63.
[1734] H.A.S., *op. cit.*, novembre 2009, p.65.
[1735] Arts. R 163-8 et s., L 162-4 et R 162-1-7 du Code de la Sécurité sociale.
[1736] HAS, *op. cit*.
[1737] P.T., COHEN-KETTENIS, S.H.M., VAN GOOZEN, « Adolescents with gender identity disorder who were accepted or rejected for sex reassignment surgery : a prospective follow up study », J. Am. Acad. Child. Adolec. Psychiatry, 2001 ;40 :472-81 ; Y.L.S., SMITH, S.H.M., VAN GOOZEN, A.J., KUIPER, P.T., COHEN-KETTENIS, « Sex reassignement : Outcomes and predictors of treatment for adolescent and adult transsexuals », Psychol. Med., 2005 ;35 :89-99.
[1738] Articles 70 Code de déontologie médicale et R4127-70 du Code de la santé publique.
[1739] Art. L315-3 du Code de la sécurité sociale.

d'intervention et des personnes pouvant en bénéficier[1740]. Mais ce protocole s'est vite révélé insatisfaisant, en témoigne la décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 23 septembre 1990[1741] dans laquelle le délai entre l'entretien et l'intervention fut trop court, ce qui n'a pas laissé le temps d'effectuer correctement le diagnostic différentiel. À la suite de l'opération le requérant ne s'estimant ni homme, ni femme, se suicidera en cours d'instance, car en l'espèce, l'intervention n'a pas eu pour but d'atténuer les souffrances mais de conduire à la mort.
Les dysfonctionnements multifactoriels[1742] de cette prise en charge ont conduit les patients transsexuels à chercher des parcours de soins parallèles, à l'étranger ou clandestinement. Ainsi, ils peuvent exercer librement le droit de choisir leur praticien, droit qui, selon la So.F.E.C.T. n'a qu'un « *caractère théorique* » [1743] , reléguant ainsi le patient transsexuel à une caste inférieure de patient.

345 . Ce genre de discussion ne saurait avoir lieu s'il était question du protocole de prise en charge du transsexuel mineur, car ce dernier n'existe pas.

B . La prise en charge des transsexuels mineurs

346 . Le sujet du transsexuel mineur est épineux à aborder pour deux principales raisons. D'abord, parce que le nombre de personnes concernées ne tient que de l'estimation, car les chiffres transmis, environ 1/500, ne tiennent compte que de ceux qui se dirigent vers des Centres médicaux spécialisés dans l'aide médicale à la transition[1744], l'autre partie

[1740] M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », *in Mélanges Prierre RAYNAUD*, 1985, p. 657 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.618.
[1741] CA Aix-en-Provence, 23 septembre 1990. En l'espèce, trois médecins ont été poursuivis : deux chirurgiens pour coups et blessures aggravés et le psychiatre pour complicité. V. également D., THOUVENIN, *Ibid.*, p. 221 ; Gaz. Pal., 1990.2.575, note J.-P., DOUCET ; JCP 1991, II, 21720, note G., MÉMETEAU.
[1742] Les associations et les personnes transsexuelles les font peser sur le manque de formation, de connaissance et de compassion des professionnels de santé, tandis que ces derniers rejettent la faute sur le manque de moyens qui leur sont accordés. V. Propositions de la So.F.E.C.T. pour l'amélioration de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 8 novembre 2010, p. 4.
[1743] Propositions de la So.F.E.C.T. pour l'amélioration de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 8 novembre 2010, p. 10.
[1744] N.P., SPACK et al., « Children and adolescents with gender identity disorder referred to a pediatric medical center », *Pediatrics*, 2012, Mar ;129(3) :418-25 ; U., RAUCHFLEISCH, « Transgenre, de plus en plus de consultations », *20 minutes*, 25,

demeure invisible[1745]. Ensuite, car il est question d'un sujet mineur dont l'autonomie peut parfois se trouver fragmentée voire totalement annihilée au profit des détenteurs de l'autorité parentale.

Cependant, le parcours de soin assurant le remboursement des frais relatifs à la transition ne distinguant pas la qualité de majeur ou de mineur de la personne atteinte de cette affection longue durée hors liste, il est envisageable de penser qu'il est applicable au transsexuel mineur. En dépit de cette observation logique, pendant longtemps la prise en charge du mineur transsexuel n'a pas été la règle[1746]. En effet, « *il ne saurait être question d'opérer les enfants, ni même les adolescents : il faut que la personnalité des sujets ait atteint ce degré de structuration qui fait un adulte, chez lequel la conviction transsexuelle est sûrement irréversible. On ne peut donc pas accepter l'opération avant vingt-et-un an, voire vingt-quatre ou vingt-cinq ans* »[1747]. Ainsi, nous retrouvons la définition stricte du degré de maturité qui ne peut être atteint qu'à l'âge adulte.

347 . La seule thérapeutique alors envisageable resterait le traitement par un pédopsychiatre[1748]. Mais cette pratique révèle un paradoxe de taille, puisque dans le cadre de la période d'observation, les psychiatres et psychologues demandent la présence d'un transsexualisme vrai, c'est-à-dire, qui s'est manifesté dès l'enfance. Aussi, et sous condition suspensive que le transsexualisme précoce ait été décelé, ce n'est qu'en cas d'échec de la psychothérapie pendant l'enfance que le transsexualisme vrai sera confirmé.

La psychothérapie envisagée se décompose en trois zones de prise en charge[1749] qui touchent l'environnement, les parents et l'enfant lui-même. Ainsi, la prise en charge dans l'environnement naturel est à la charge des parents qui devront favoriser les relations de leur enfant avec des enfants du même sexe, encourager les jeux mixtes ou encore poser des limites aux comportements de l'autre genre, ce qui implique la mise en place d'un dialogue autour du genre. À la lecture de ces quelques lignes nous nous demandons quelle est alors la différence entre la prise en charge dans l'environnement de l'enfant et le sexe d'élevage. Voici là l'exemple typique des thérapies correctrices, réparatrices ou de conversion qui demeurent

---

janvier 2013 ; B., REED et al., *Gender variance in the UK. Prevalence, incidence growth and geographic distribution*, Gender identity Research and Education Society, 2009, p. 18.

[1745] E., SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective*, Conseil de l'Europe, nov. 2013, p.9.

[1746] J., BRETON, *op. cit.*

[1747] S., KINDYNIS, Ch., FROHWIRTH, A., GORCEIX et J., BRETON, « Le transsexualisme », Paris 17 juin 1983, p.47-48.

[1748] J., BRETON, *op. cit.*, p. 49 ; Pour une approche contemporaine v. : K.J., ZUCKER, « Enfants avec troubles de l'identité sexuée : y-a-t-il une pratique la meilleure ?, « Lignes de conduite pour le traitement des enfants ayant des troubles du développement du sexe », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 56(2008), p. 351.

[1749] K.J., ZUCKER, *Ibid.*, p. 353.

encore aujourd'hui controversées[1750] et qui tendent à « *réprimer tous les comportements de l'enfant qui s'apparentent à ceux du sexe considéré comme opposé* » [1751]. Parmi ces pratiques, il en existe des plus contestables comme par exemple, les recommandations faites aux parents d'adolescents de les encourager à avoir des relations sexuelles (hétérosexuelles) ou encore de pratiquer les consultations psychiatriques en auditoires[1752]. On constate que certains médecins pratiquent les traitements hormonaux, voire les interventions sur les sujets mineurs avec le concours obligatoire des parents. M.-L. RASSAT, pour mettre fin à ces pratiques disparates propose une interdiction formelle de procéder à quoi que ce soit sur un sujet mineur, et même d'anéantir les conséquences de l'autorité parentale lorsque l'enjeu relève d'une question « *personnelle et dangereuse* »[1753], allant ainsi à l'encontre de l'état individuel du mineur prôné par SAVATIER[1754]. Dès lors, selon ce point vu, il faudrait laisser un individu vulnérable souffrir lorsque le mal dont il est victime est personnel et dangereux ? Cette position n'est évidemment pas souhaitable car elle contrevient avant tout aux missions médicales[1755], mais également parentales.

348 . Aujourd'hui encore, il existe un véritable « *trou noir* »[1756] autour de la prise en charge des jeunes transsexuels, dû, en partie à l'absence de tests de traitement[1757] lui-même causé par l'absence de moyens offerts aux équipes et aux professionnels qui souhaiteraient s'y intéresser. Lors de sa création en 2010, la So.F.E.C.T. n'a pas souhaité introduire le patient mineur dans sa Charte pour des raisons que nous ignorons. C'est par ailleurs, l'Association nationale transgenre (l'A.N.T.), qui dans une proposition de loi sur l'identité de genre du 4 mai 2014, envisage de donner une place au mineur dans le processus de transition[1758]. Ainsi, son article premier propose que la prise en charge du jeune transsexuel s'effectue sur

---

[1750] K., BRYANT, « Making gender identity disorder of Childhood : Historical lessons fot contemporary debates, sexuality research & social policy », *Journal of NSRC*, 2006, sept. Vol. 3, n°3, p. 23-39 ; D., EHRENSAFT, *Gender born, gender made. Raising healthy gender-nonconforming children*, The experiment, 2011 ; D. B., HILL et al., « Gender identity disorders in childhood and adolescence. A critical Inquiry », *Journal of psychology and human sexuality*, 3 feb. 2007, 17, 7-34 ; S.J., LANGER, J.J., MARTIN, « How dresses can make you mentally ill : Examining f-gender identity disorder in children », *Child and adolescent social work journal*, 2004, Vol. 21, n°1 ; G.P., MALLON, T DECRESCENZO, « Transgender children and youth : A child welfare practice perspective », *Child Welfare*, 2006, Mar-Apr, 85(2) :215-41 ; WPATH, *Standards of care for the health of transsexual, transgender and gender-nonconforming people*, 2009, p. 16.

[1751] E., SCHNEIDER, *Ibid.*, p.17.

[1752] E., SCHNEIDER, *Op. cit.*, p.18 et s.

[1753] M.-L., RASSAT, *Ibid.*, p.658.

[1754] En effet, lorsqu'il en vient à développer sur l'état individuel, SAVATIER distingue deux situations : celle du mineur et celle du majeur protégé. Le premier est placé sous la tutelle « de fait »de sa famille. R. SAVATIER, « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine », *D.* 1958. Chron. p.97

[1755] Art. 2 du Code de déontologie médicale.

[1756] K.J., ZUCKER, *op. cit.*, p. 351.

[1757] K.J., ZUCKER, « Gender identity disorder in children, adolescents and adults », *in* G.O., GABBARD, *Gabbard's treatments of psychiatric disorders*, 4th ed., Washington D.C., American Psychiatric Press, 2007, p. 683-701.

[1758] [En ligne : http://www.ant-france.eu/int-doc/2014-05-05-ppl-ant/2014-05-04-Proposition%20de%20loi%20sur%20l%27identit%C3%A9%20de%20genre%20(A.N.T.)%20.pdf].

demande des représentants légaux, et institue une zone d'autonomisation objective avec l'obligation de recueillir le consentement de l'enfant, dès qu'il a atteint l'âge de 10 ans. De plus, la rectification[1759] du sexe à l'état civil pourrait s'effectuer même si un des parents s'y oppose et si ce changement a lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le jeu des coïncidences a amené la So.F.E.C.T. à revoir sa Charte en 2015 en y intégrant les modalités de prise en charge des enfants et des adolescents transsexuels[1760]. Pour se faire, ses membres n'ont pas hésité à faire appel, notamment, au Dr. Jean CHAMBRY[1761], pionnier français de la prise en charge des jeunes transsexuels. Ainsi, la prise en charge s'articule autour de trois étapes[1762] : l'évaluation clinique par un pédopsychiatre et un endocrinologue pédiatrique, une prise en charge globale médicale et sociale, et les traitements médicamenteux en fonction de l'avancée de la puberté.

349 . Lors de la première étape, le mineur, accompagné de ses parents[1763], va subir des examens médicaux multiples (caryotype, échographie pelvienne, dosage hormonal) au cours desquels pédopsychiatre et endocrinologue vont évaluer les « *retentissements psychoaffectif, familial et social* » du processus de transition envisagé, c'est-à-dire, les conséquences qu'aurait ce dernier au sein de l'environnement naturel de l'enfant.

À la suite de cette évaluation intervient la prise en charge proprement dite. Cette dernière se veut globale et sera proposée à l'enfant, à ses parents et en partenariat avec le milieu scolaire. Ce dernier point a son importance, car en effet la particularité du transsexualisme juvénile reste le paradoxe de sa « *relative invisibilité sociale et* [sa] *forte survisibilité scolaire* »[1764]. Ainsi, l'équipe du Dr. CHAMBRY se charge de contacter les écoles, afin que le personnel enseignant soit au courant de la particularité de l'élève, mais également pour qu'une sensibilisation des autres enfants puisse être menée. Concrètement, la liste de présence de la classe comportera le prénom que se sera choisi l'enfant, néanmoins, pour la passation des examens nationaux tels que le brevet d'études du premier cycle du second degré (le B.E.P.C.) ou encore le baccalauréat, le prénom « *juridique* » de l'enfant sera utilisé[1765]. La démarche globale ne s'arrête pas là puisqu'il est possible que l'équipe accompagne également l'enfant dans les démarches administratives de changement juridique de prénom, mais également,

[1759] C'est le terme employé par l'A.N.T., nous savons que juridique mentil s'agit d'un changement de sexe.
[1760] Charte de la So.F.E.C.T. du 7 novembre 2015, p. 11 et s.
[1761] Entretien téléphonique avec le Dr. Jean CHAMBRY, 15 mars 2017.
[1762] Charte de la So.F.E.C.T. *Ibid.*, p. 13 et s.
[1763] Charte de la So.F.E.C.T. *op. cit.*, p. 15.
[1764] A., ALESSANDRIN, *Mineurs trans : de l'inconvénient de ne pas être pris en compte par les politiques publiques*, L'Harmattan, coll. « Agora débats/jeunesse », 2016, p. 6 [En ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01326833] ; C., DAYER, A., ALESSANDRIN, *Ibid.*, p. 83-101.
[1765] Entretien téléphonique avec le Dr. Jean CHAMBRY, 15 mars 2017.

qu'elle soutienne la famille de l'enfant qui peut vivre le transgenderisme de leur enfant, frère ou sœur comme un véritable deuil.

Arrive ensuite la phase de prise en charge dite médicamenteuse qui va différer en fonction de l'état d'avancement de la puberté de l'enfant mais aussi en fonction de son âge. D'une part, si la prise en charge a lieu en fin de puberté, la prescription des hormones, voire des interventions chirurgicales se déroulent dans les mêmes conditions que pour les adultes. D'autre part, lorsque la prise en charge a lieu en début ou en cours de puberté, il est d'usage de prescrire à l'enfant des bloqueurs de puberté jusqu'à l'âge de 16 ans afin de s'assurer que l'enfant est bien un « *persister* » et non un « *desister* ». C'est-à-dire, une personne dont le transsexualisme est persistant et non une personne en recherche d'identité de genre. Dans le premier cas et après la seizième année du jeune transsexuel, des hormones en dosage croissant sont administrées. Quelle que soit la décision, elle est prise dans le cadre d'une Réunion de Concertation Pluridisciplinaire d'éligibilité au traitement hormonal et aux différentes modalités de prise en charge (une R.C.P.) qui se réunit tous les trimestres avec les différentes équipes en charge des mineurs, mais également celles qui gèrent les adultes[1766]. Cependant, même si ce protocole a été mis en place par la So.F.E.C.T. elle-même, nous avons pu constater qu'au moment des entretiens téléphoniques avec les Dr. BOULON et LAFAYE DE MICHEAUX, qu'aucune équipe dédiée aux transsexuels mineurs n'existait à Bordeaux et Montpellier. Toutes les recommandations de la Charte de la So.F.E.C.T. ne doivent donc s'entendre qu'en théorie, mais ne doivent cependant pas être vivement critiquées puisqu'elles ont au moins le mérite d'exister. Le Dr. LAFAYE DE MICHEAUX nous parlait d'une demande adressée par les parents d'un enfant de 4 ans face à laquelle elle était démunie car même s'il existe le protocole, la pratique de l'antenne montpelliéraine de la So.F.E.C.T. ne concerne que les adultes, aucune formation n'a été dispensée pour adapter les pratiques.

Dès lors, pour apporter une assise pratique à ces développements nous citerons les propos du Dr. CHAMBRY, recueillis lors d'un entretien téléphonique en date du 15 mars 2017. Ce dernier précise que la prise en charge du transsexualisme juvénile doit s'interroger sur le « *comment et non le pourquoi* » de la dysphorie afin d'adopter la position la plus acceptante possible. Dans le cadre de son activité à l'E.P.S. Maison Blanche de Paris, il accueille les jeunes transsexuels sans limite d'âge et procède à la deuxième phase de prise en charge en moyenne après une année de suivi, une fois que la transition sociale est assumée de manière individuelle mais aussi familiale.

[1766] Charte de la So.F.E.C.T. *op. cit.*, p. 14.

350 . Malgré cette ligne de conduite, la prise en charge des mineurs transsexuels est « *bricolée au cas par cas, avec incertitude* »[1767]. Les professionnels de la So.F.E.C.T. tout comme le Dr. CHAMBRY, s'accordent pour affirmer que la France est en retard sur l'âge de la prise en charge, que de plus en plus de demandes émergent concernant des sujets de plus en plus jeunes, et que la formation professionnelle et les moyens mis à dispositions par les établissements de santé ne suivent pas. À l'instar des Pays-Bas, l'utilisation des bloqueurs de puberté en France semble s'être systématisée à l'issue de la période d'évaluation[1768], alors que les effets secondaires sur le long terme restent incertains[1769].

Mais quelle que soit la pratique choisie, les équipes et les professionnels associés à cette prise en charge doivent nécessairement adopter une attitude d'acceptance[1770], qui fait souvent défaut qu'il s'agisse des mineurs, mais également des majeurs. La principale cause reste la pauvreté voire l'inexistence de formation et de sensibilisation aux questions du transsexualisme juvénile[1771]. L'expression populaire veut que « *le Monde a peur de ce qu'il ne connaît pas* », et il est aisé de faire le lien entre cette affirmation et la réalité de la prise en charge du transsexualisme juvénile. En effet, la communauté médicale est frileuse face aux bonnes pratiques à mettre en place car elle ne dispose pas des informations étiologiques nécessaires, mais aussi d'études globales sur le sujet[1772]. De ce fait, les professionnels de santé qui se sont lancés dans une croisade en faveur de la reconnaissance et d'une prise en charge bienveillante du transsexualisme juvénile, ont mis du temps avant d'être enfin, ou presque pris au sérieux. Ainsi, le Dr. CHAMBRY nous informe avoir lutter pendant près de 3 ans pour faire reconnaître en pratique ce protocole, il dénonce la réticence des établissements de santé à accorder une légitimité au travail mené et donc à accorder les moyens

---

[1767] A., ALESSANDRIN, *Ibid.*

[1768] P.T., COHEN-KETTENIS, H., DELEMARRE-VAN DE WAAL, L.J.G., GOOREN, « The treatment of adolescent transsexuals : Changing insights », Journal of sexual Medicine, 2008, 5, 1892-1897 ; REED et al., Gender variance in the UK. Prevalence, incidence growth and geographic distribution, Gender identity Research and Education Society, 2009 ; T., REUCHER, « La transidentité entre 10 et 20 ans », *in* A., ALESSANDRIN, *La transidentité : Des changements individuels aux débats de société*, L'Harmattan, p. 51-59 ; N.P., SPACK et al., *Ibid.*;129(3) :418-25.

[1769] Entretien avec le Pr. Nicolas KALFA, le 31 janvier 2017.

[1770] E., SCHNEIDER, *Normierte Kinder, Transcript*, 2014.

[1771] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg*, Novembre 2012, p.15.

[1772] C., CHILAND, « La problématique de l'identité sexuée », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 56(2008), p. 333 ;

techniques[1773], humains et financiers nécessaires, ce qui l'a d'ailleurs poussé à changer d'établissement en 2017[1774].

351 . Le caractère aléatoire de ces pratiques nous éloigne « *du cadre égalitaire et rationnel instauré par la loi du 4 mars 2002* »[1775]. Cependant, des certitudes existent comme par exemple, la toute-puissance du psychiatre et du pédopsychiatre dans la poursuite des processus de transition, puisqu'ils sont les seuls à détenir le sésame[1776] qui ouvre la porte aux traitements hormonaux ou aux bloqueurs de puberté. Leur rôle est important car ils vont s'assurer que la demande qui leur est faite relève bien de la dysphorie de sexe et est étrangère à tout autre diagnostic, notamment psychiatrique[1777]. L'autre certitude, est que les bonnes pratiques doivent consister en des démarches acceptantes, ce qui implique inévitablement la sensibilisation et la formation des acteurs de la prise en charge.

352 . Ce qui fait la faiblesse de ces protocoles, c'est qu'ils ne reposent sur aucun statut juridique, ils sont le fruit de « *la bonne volonté* »[1778] d'une poignée de professionnels qui tentent de composer avec les moyens qu'on veuille bien leur mettre à disposition. Même si une loi sur la légalité des interventions et le contenu détaillé des protocoles n'est pas souhaitable, il faudrait toutefois établir un cadre, ou promulguer une « *loi-cadre* » pour arrêter les conditions de l'intervention et les personnes concernées[1779], laissant ainsi la liberté d'exercice de la profession médicale opérer. D'autres préconisent une réelle dépendance du droit civil comme faisant état des situations de faits[1780], soit un *statu quo* par rapport à la situation actuelle. Mais les faits que le droit civil constate ont montré que la prise en charge est à améliorer sur différents points, notamment sur les garanties post-chirurgicales[1781], et ces propositions d'amélioration émanent de divers horizons.

[1773] Il dénonce par ailleurs les délais des interventions, notamment à Lyon où les opérations de réassignations ne sont pas la priorité sur les plannings des blocs opératoires, si bien que le délai d'attente entre l'autorisation de pratiquer l'opération et l'intervention proprement peut atteindre trois années.

[1774] Son établissement originel, l'Hôpital Universitaire La Pitié Salpêtrière, avait notamment refusé la publication et donc la publicité du protocole, sous forme de plaquette, mené par l'équipe du docteur CHAMBRY.

[1775] D., ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », Raison publique, 15 mars 2012, [En ligne : http://www.raison-publique.fr/article530.html] Consulté le 24 octobre 2016.

[1776] D., ROMAN, *Ibid.*

[1777] Comme l'affirmait J.-P., BRANLARD : « pas d'opération irréversible sans conviction irréversible », J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.488.

[1778] Entretien téléphonique avec le Dr. Jean CHAMBRY, 15 mars 2017.

[1779] À l'image des articles 1er et suivants de la Proposition de loi tendant à autoriser les traitements médico-chirurgicaux pour les anormalités de la transsexualité et à reconnaitre le changement d'état civil des transsexuels, n° 260, Sénat, 9 avril 1982 ;
M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p.657.

[1780] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 452.

[1781] I., BON, *Ibid.*, p. 96.

II . Propositions d'amélioration de la prise en charge médicale de la dysphorie de sexe

353 . Les propositions qui vont suivre sont le fruit de réflexions menées à la suite de tensions entre les associations de défense des droits des personnes transsexuelles, les personnes transsexuelles elles-mêmes et les médecins[1782]. Ces tensions sont notamment dues à l'inadéquation entre les offres de soins, qui sont insuffisantes à tous les niveaux et les demandes, qui poussent les patients à s'orienter vers des modes de prise en charge parallèles. Dès lors, les psychiatres travaillant en équipe pluridisciplinaire ou en ville ont pu constater que 40% de leurs patients sont déjà hormonés, soit parce qu'ils ont suivi des « *itinéraires officieux* » *via* leur médecin généraliste par exemple[1783], soit parce qu'ils se sont procurés des hormones clandestinement. Les associations elles-mêmes participent à ce système parallèle en organisant un véritable « *marché de soin* » [1784] en transmettant des adresses d'endocrinologues peu regardants, ou en mettant en relation des personnes transsexuelles ayant des hormones en trop et prêtes à les revendre, voire à la donner. Ce système de débrouille est loin de convenir aux personnes qui l'utilisent et certaines autres sont prêtes à suivre, ou à poursuivre leur transition à l'étranger[1785] où la prise en charge est plus développée qu'en France, s'agissant à la fois du suivi psychologique mais également des techniques opératoires.

Le but des propositions d'amélioration qui vont suivre est avant tout de rendre le parcours de soin plus attractif et plus respectueux du droit des patients, pour notamment, éviter que certains d'entre eux ne se prostituent pour financer leurs soins[1786].

Aussi, ces recommandations émanent de sources diverses, dont la plus dense reste le rapport de la haute autorité de santé (la H.A.S.) de novembre 2009 portant sur la « *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France* », et qui regroupe les opinions de professionnels de santé sur le transsexualisme et sa prise en

[1782] A., ALESSANDRIN, *op. cit.*
[1783] H.A.S., *op. cit.*, p. 79.
[1784] A., ALESSANDRIN, *op. cit.*
[1785] Nous avons rencontré le 22 février 2017 Clara C., membre de l'association Angels à Montpellier qui nous expliquait son parcours de transition MtF au cours duquel elle a changé à plusieurs reprises de professionnel référant, pour enfin partir à l'étranger se faire opérer. En effet, en plus de la longueur excessive des délais pour se faire opérer, les suivis qui lui ont été proposés ont été menés par des professionnels non bienveillants, se permettant des remarques sur la transition telles que « On n'est pas là pour faire des brésiliennes ».
[1786] H.A.S., *op. cit.*, p. 78.

charge actuelle, mais également celles de personnes transsexuelles suivies en France[1787]. À ce rapport s'ajouteront les préconisations de prise en charge pour les transsexuels mineurs du Conseil national de l'Ordre des médecin (le C.N.O.M.) de Belgique[1788], mais également celles issues de la doctrine[1789] et de certaines tentatives législatives[1790]. Aussi, pour que ces améliorations soient cohérentes avec les objectifs de performances et de respect des droits des patients, il est nécessaire qu'elles interviennent bien en amont de la prise en charge, par le développement de la formation professionnelle et universitaire et l'élaboration d'études sur le transsexualisme (A), cela afin que les modifications liées à l'organisation du parcours de soin aient un sens (B).

A . Propositions d'amélioration en amont du parcours effectif de soin

354 . La première étape dans la mise en place d'une prise en charge optimale reste d'en avoir une connaissance accrue qui ne peut avoir lieu que si le sujet a été étudié par des communautés scientifiques (1). Or, s'il existe bien un domaine dans lequel les investigations scientifiques font défaut, c'est bien celui de la dysphorie de sexe et cela à tous les niveaux. Cependant, la formation des professionnels amenés à être impliqués dans la prise en charge de la dysphorie n'est pas à négliger et elle constitue la deuxième étape du chantier de rénovation à entreprendre (2).

[1787] H.A.S., *op. cit.*, p. 77.
[1788] Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins de Belgique, *Accompagnement médical du mineur transsexuel*, doc. n° a146001 du 28 juin 2014.
[1789] B., CORDIER, C., CHILAND, T., GALLARDA, *Ibid.*, p. 194.
[1790] Proposition de loi tendant à autoriser les traitements médico-chirurgicaux pour les anormalités de la transsexualité et à reconnaitre le changement d'état civil des transsexuels, n° 260, *Sénat*, 9 avril 1982.

1 . La création de fondations solides par la conduite d'études sur le transsexualisme

355 . La France est largement en retard par rapport aux Etats-Unis, notamment sur les études de suivi des transsexuels après leur transition[1791], ce qui s'explique par la pauvreté des chiffres due au fait que les personnes transsexuelles évitent tout contact avec des psychologues voire avec des chercheurs[1792] pendant ou après leur transition, le but étant pour eux de se fondre dans la masse de leur nouveau sexe et d' « *ellipser* » leur vie d'avant. Néanmoins, s'il existe des études, elles portent sur des petits échantillons et demeurent donc non significatives[1793]. En effet, l'absence de méthodologie et d'échelle d'évaluation standardisée rend les résultats inutilisables et non comparables, d'autant plus que les études catamnestiques sont insatisfaisantes puisque très peu de patients retournent auprès des équipes ou des professionnels de ville après l'opération[1794].

356 . Dans l'optique d'un développement des études, il faut nécessairement encourager le suivi des patients. Pour se faire, il pourrait être envisagé de conditionner la suite de la prise en charge financière, notamment celle des hormones, par l'obligation d'un suivi psychologique ou psychiatrique régulier. Or, cette mesure résonne comme une obligation de soin[1795], à l'image des obligations vaccinales des articles L 3331-2 et suivants du Code de la santé publique. Ces obligations portent clairement atteinte à l'article 16-1 du Code civil et leur salut n'est dû qu'à la mission de santé publique qu'elles remplissent, mission que ne semble nullement remplir la prise en charge du transsexualisme. Les études à mener sont donc dépendantes du besoin ou non de suivi des patients. Enfin, un autre point aurait également dû être éclairci : celui de la fin du suivi. En effet, jusqu'à quand le poursuivre ? Nous pensons que le suivi ne devrait pas excéder l'année qui suit le changement juridique de sexe. À

[1791] V. notamment J., RAYMOND, *The Transsexual Empire*, Beacon Press, 1979 ; T., KANDO, *Sex Change: The Achievement of Gender Identity Among Feminized Transsexuals*, Charles C. Thomas, 1973.

[1792] P., MERCADER, « Du déterminisme à la désexuation : le droit face au transsexualisme », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Editions, 2002, p. 102.

[1793] I., BON, *op. cit.*, p. 96.

[1794] C., CHILAND, *Changer de sexe*, Odile Jacob, 1997. Aussi, le secrétariat du Dr. LAFAYE DE MICHEAUX nous donnait les chiffres de suivi post opératoires dans le service de la So.F.E.C.T. Au 19 avril 2017, seules cinq personnes depuis 2010 continuent le suivi avec le Dr. LAFAYE DE MICHEAUX avec des types de suivi différents, ainsi trois d'entre elles ont un suivi épisodique, c'est-à-dire qui sont revenues au moins une fois après la réassignation, les deux autres ont un suivie dit régulier avec une visite au moins une fois par an.

[1795] En dehors de toute considération pénale de cette notion.

compter de cette dernière étape du processus de transition la personne est reconnue officiellement comme étant de l'autre sexe, la transition est objectivement achevée. Cependant, il est intéressant de voir comment la personne s'intègre dans la société à tous les points de vue et de recueillir les difficultés auxquelles elle s'expose. Ainsi, ces difficultés pourraient être comparées à celles subies durant la période d'expérience de vie réelle pendant laquelle la personne est juridiquement encore dans son sexe d'origine mais dont l'apparence affirme le contraire.

2 . L'amélioration des pratiques par l'apport de connaissances : la nécessité de la formation professionnelle des acteurs médicaux de la prise en charge

357 . Ce qui frappe d'emblée à ce sujet, c'est que la nécessité de la formation fut d'abord soulevée par des pays étrangers, notamment par le C.N.O.M. belge[1796] et E., SCHNEIDER, rapporteur du Luxembourg auprès du Conseil de l'Europe[1797]. Cette nécessité reste par ailleurs vivement réfutée par les membres de la Société Française d'Etudes et de prise en Charge du Transsexualisme qui justifie l'échec relatif de leur prise en charge par l'absence de moyens et de promotion de leurs missions[1798]. Or, cette réaction fait directement écho avec le discours des personnes transsexuelles déçues des équipes dites officielles, et qui dénoncent une certaine désinvolture lors des entretiens, voire une part de mépris confraternel envers les médecins de ville qui traiteraient les patients transsexuels en dehors des équipes[1799].

358 . Si une formation doit être mise en place, il faut qu'elle soit nécessairement globale et qu'elle investisse tous les niveaux de la prise en charge, qu'il s'agisse des majeurs ou des mineurs. Pour ces derniers, il est primordial que l'équipe médicale sache maîtriser la

[1796] Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins de Belgique, *Ibid*.
[1797] E., SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective*, Conseil de l'Europe, nov. 2013.
[1798] Propositions de la So.F.E.C.T. pour l'amélioration de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 8 novembre 2010.
[1799] Entrevue avec Clara C., association Angels, le 22 février 2017 ; J., PICQUART, *Ni homme ni femme. Enquête sur l'intesrexualité*, La MusaRdine, 2009.

psychologie du développement de l'enfant[1800], et quelle que soit la patientèle ciblée, abhorrer un discours acceptant et une approche bienveillante. Ainsi, les personnes transsexuelles n'auront plus à forcer leurs traits en poussant les stéréotypes du genre opposés à l'extrême ou à prétendre une hétérosexualité exacerbée, en somme, ne plus subir de pression dans le discours médical et ne plus dire ou montrer au médecin profane ce qu'il souhaite entendre ou voir[1801]. Cette pratique de l'exagération est courante et sa persistance aurait pour conséquence de totalement fausser le diagnostic et d'anéantir la solidité du processus de transition dont la base serait alors fondée sur une apparence de réalité. Or, les nouvelles dispositions relatives au changement de sexe à l'état civil semblent s'en contenter.

359 . La question de l'amélioration de la formation des professionnels peut trouver deux réponses : la formation initiale obligatoire ou la formation initiale et/ou continue optionnelle. Au regard du nombre restreint de cas de transsexualisme, nous ne jugeons pas nécessaire d'en imposer l'enseignement dans les toutes facultés de médecine ou de psychologie. En revanche, une approche optionnelle est préférable à plusieurs endroits. D'un point de vue historique d'abord, puisque la prise en charge de la dysphorie de sexe a été fondée sur la bonne volonté d'une poignée de professionnels, rendre la formation optionnelle reste dans la continuité de cette démarche. Dès lors, seuls les professionnels réellement sensibles à cette question voudront en bénéficier. Ensuite, d'un point de vue plus logistique, il n'est pas souhaitable que la formation puisse être dispensée par une multitude d'enseignants, les effets pervers tant redoutés pourraient alors se voir vérifiés[1802]. Ainsi, le diplôme universitaire (le D.U.) mis en place par la So.F.E.C.T. pourrait être valorisé et devenir la formation de référence dans la prise en charge de la dysphorie de sexe. Il serait également avisé d'exiger des postulants ou des professionnels à la prise en charge de la dysphorie de suivre cette formation dans le cadre de la formation initiale ou continue, dans l'optique d'accès à un poste dans une équipe de soin. Le suivi de ce D.U. pourrait même conditionner la prise en charge financière, dès lors qu'il offrirait la possibilité aux professionnels de santé qui l'ont suivi d'obtenir le statut de conventionné auprès de l'Assurance maladie. De plus, le suivi de ce D.U. en faculté de médecine permettrait aux étudiants d'effectuer leur internat dans les services locaux de prise en charge du transsexualisme et d'ainsi renforcer les équipes existantes.

[1800] Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins de Belgique, *op. cit.*
[1801] H.A.S., *op. cit.*, p. 82.
[1802] P.-H., CASTEL, *Ibid*, p.173.

360 . Accroître et dispenser les connaissances en matière de dysphorie de sexe est une étape indispensable à la réformation de la prise en charge matérielle des personnes transsexuelles. Mais cela ne suffit guère, il faut que tous les acteurs de la prise en charge se sentent impliqués, ce qui amène à la création d'un nouveau modèle de conventionnement des professionnels, à la réflexion autour du type d'enseignement à dispenser dans les facultés de médecine, mais aussi à la manière de mener des études catamnéstiques tout en respectant la vie privée des personnes « *transsexuelisées* »[1803]. Études et formations doivent constituer les fondations solides vers l'érection d'un parcours de soins irréprochable.

B . Propositions d'amélioration du parcours de soin *stricto sensu*

361 . Tout d'abord, l'amélioration de la prise en charge passe par une première étape qui consiste en sa dédiabolisation. En effet, la présence de la « *dysphorie de genre* » dans le D.S.M. et le C.I.M. psychiatrise le parcours de soin transsexuel et contribue à le dévaloriser. Ce qu'il faut toutefois rappeler, c'est que pour établir un diagnostic de dysphorie de genre, le psychiatre ou le psychologue doit procéder à un diagnostic différentiel, c'est-à-dire exclure toutes les autres pathologies mentales possibles. Dès lors, la présence du transsexualisme dans ces deux référentiels internationaux devrait être perçue uniquement dans un but utilitariste, de plus, le D.S.M. décrit des « *troubles* » et non des « *maladies* » [1804].
Cette dévalorisation du parcours de soin est vigoureusement dénoncée par la So.F.E.C.T. qui ne bénéficie pas des moyens matériels, humains et promotionnels nécessaires pour remplir sa mission[1805]. Sont notamment pointés du doigt le manque de disponibilités opératoires pour les chirurgiens, leur isolement par rapport à des confrères qui condamneraient leur pratique, mais également l'absence d'échelle de coût pour ces interventions[1806].

[1803] P.-H., CASTEL, « « Vers midi, le 20 août 1995 » : l'épiphanie transsexuelle de D. McCloskey », *Savoirs et clinique* 2003/1 (no2), p. 97-112.
[1804] H.A.S., *op. cit.*, p. 77.
[1805] C., CHILAND, « La problématique de l'identité sexuée », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 56(2008), p. 332 ; H.A.S., *op. cit.*, p. 148.
[1806] H.A.S., *op. cit.*, p. 80.

Ce ne sera qu'une fois les pratiques reconnues et respectées que les améliorations proposées disposeront du meilleur terrain pour pouvoir être mises en œuvre. Dans un premier temps, le perfectionnement du parcours de soin devrait se mettre à jour de deux manières : par une réorganisation des soins (1) et par l'établissement d'un protocole unique (2).

1 . Une réorganisation des soins pour une meilleure prise en charge géographique

362 . La Haute autorité de santé (la H.A.S.) [1807], préconise une organisation des soins sous forme de réseau organisé autour d'équipes de référence pluridisciplinaires spécialisées[1808] composées de psychiatre, chirurgiens, endocrinologue, personnel soignant, coordinateur[1809] et juriste[1810] . L'idée de la mise sur pied d'un réseau est venue à la suite de la possibilité de s'en tenir à l'existence d'équipe spécialisées locales. Cependant, il aurait fallu connaître le nombre nécessaire d'équipes à instaurer en fonction des demandes. Cette démarche reste impossible tant que l'épidémiologie du transsexualisme reste inconnue et tant qu'aucune étude ne vienne apporter d'éléments de réponse[1811]. D'où la proposition de mettre en place un réseau de soin, entre les équipes locales et les soignants de proximité qui assureraient le relais de la prise en charge immédiate du patient. Bien sûr, les médecins généralistes sont visés par cette proposition, mais également les membres d'associations ou encore les travailleurs sociaux. Ainsi, la prise en charge de proximité serait aussi pluridisciplinaire que la prise en charge en équipe locale de soin, les missions seraient alors diverses et s'étendraient du premier contact au suivi des traitements stables en passant par celui des transsexuels éloignés.

[1807] H.A.S., *op. cit.*, p. 146.
[1808] B., CORDIER, C., CHILAND, T., GALLARDA, « Le transsexualisme, proposition d'un protocole malgré quelques divergences », *Ann. Méd. Psychol.*, 2001, 159, p. 194.
[1809] Assurant l'accueil, la prise de rendez-vous et le suivi des patients.
[1810] Pour assurer la coordination entre l'aspect médical et l'aspect administratif.
[1811] H.A.S., *op. cit.*, p. 147.

Sur cette proposition, la H.A.S. n'est pas allée plus avant, nous ajoutons cependant que pour que ce réseau puisse être efficient, il est évident que les professionnels aient été formés aux questions du transsexualisme dans les conditions développées ci-avant, et apparaîssent sur une liste mise en place par l'Assurance maladie, afin assurer leur visibilité pour les patients.

2 . Le perfectionnement du parcours de soin pour une meilleure prise en compte des besoins des patients

363 . Ce perfectionnement est nécessaire pour que les droits des patients soient respectés. Même si dans la plupart des cas il est question de patients majeurs (a), il serait erroné de penser que les problématiques liées à la dysphorie de sexe épargnent les sujets mineurs (b). En effet, il est estimé qu'un adolescent sur six ne correspond pas au modèle binaire sans pour autant être atteint de variation du développement génital[1812].

a . Les perfectionnements du parcours de soin destiné aux majeurs

364 . Le second volet de l'amélioration de la prise en charge demeure inévitablement la mise en place définitive d'un protocole unique alliant à la fois respect des droits des patients, mais aussi respect de l'indépendance de l'exercice médical. Le protocole actuel ne convient pas aux personnes intéressées qui dénoncent des délais de prise de rendez-vous trop

[1812] S., MACHEFAUX, « La démarche diagnostique chez l'adolescent », *in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.

longs et un temps d'entretien individuel trop court[1813]. La Haute autorité de santé propose de réduire les étapes du parcours de transition à quatre et de limiter sa durée à deux ans. Les étapes dont il est question ne sont pas innovantes puisqu'ont été conservés le diagnostic différentiel pour une durée de 6 à 9 mois avec un psychiatre ou un psychologue en 2 à 10 séances, l'expérience de vie réelle pendant une année, mais qui peut débuter en même temps que le diagnostic. Arrive ensuite l'étape de l'hormonothérapie qui se scinde en deux parties : d'abord la prise d'hormones réversibles pour faciliter l'expérience de vie réelle, puis les hormones dites irréversibles en préparation de la dernière étape : l'intervention chirurgicale.

365 . Sur ce dernier point encore, la H.A.S. ne propose aucun moyen concret pour pallier le manque de médecins ou le manque de disponibilités techniques. Aussi, même s'il est impossible que toutes les spécialités chirurgicales de la prise en charge du transsexualisme soient représentées, il convient de faciliter leur pratique en mettant en place une sorte de roulement des spécialistes, sous la forme de vacations ponctuelles dans les établissements de santé. Cela afin d'éviter notamment de se retrouver dans une situation identique à celle des patients suivis par l'équipe de la So.F.E.C.T. du C.H.R.U. de Montpellier qui doivent se rendre dans un autre établissement pour subir les opérations liées à la transition FtM[1814].

De manière plus générale, le protocole proposé ne semble pas différer de ce qui se passe actuellement dans les équipes officielles et aucune proposition concrète pour réduire les délais d'attente n'a été proposée. Ainsi, puisque ce sont principalement les délais d'attente qui sont reprochés, une des solutions à mettre en œuvre serait de recruter des professionnels de santé formés, notamment des psychiatres, psychologues et endocrinologues, ou attirer les internes en médecine dans ces spécialités. Néanmoins, notons que la mesure d'un temps de parcours maximum de deux ans pourrait s'avérer contre-productive, notamment au regard du caractère expéditif de certains entretiens individuels. En effet, ériger une période butoir pour traiter une personne transsexuelle pourrait être vécue comme pressurisante pour l'exercice des médecins. La réalisation du diagnostic différentiel a parfois besoin de temps, aller trop vite aurait pour conséquence de faire passer pour transsexuelle une personne qui refoulerait tout simplement une homosexualité latente[1815]. En plus, la mise en place de ce délai butoir suppose une solide collaboration des établissements de santé pour bloquer des créneaux d'intervention dans des délais respectueux, ce qui n'est pas le cas actuellement.

[1813] H.A.S., *op. cit.*, p. 82, 150 et s.

[1814] Entretien téléphonique avec le secrétariat du Dr. LAFAYE DE MICHEAUX du 19 janvier 2017. En effet, seules les mammectomies et les ovariectomies sont pratiquées au C.H.R.U. de Montpellier.

[1815] CA Aix-en-Provence, 23 septembre 1990.

366 . La question de l'utilisation des hormones hors A.M.M. n'est pas non plus résolue. Aujourd'hui, ce type de prescription reste la règle jusqu'au changement de numéro de sécurité sociale[1816], mais avant cela, il s'agit d'une pratique illégale bien que tolérée. Les hormones sont indispensables au parcours de soin, et il nous semble primordial que leur utilisation respecte le Droit pour asseoir une plus forte légitimité à ce parcours. Cependant, la seule possibilité valable pour que la prescription de l'hormonothérapie soit légalement prise en charge reste d'étendre la portée de l'autorisation de mise sur le marché, par la biais d'une extension pour ajout d'une nouvelle activité[1817]. Cela implique le dépôt d'une nouvelle demande de mise sur le marché, soit une démarche longue, coûteuse et non rentable pour les laboratoires pharmaceutiques.

367 . Enfin, il a aussi été proposé de créer une instance régionale médico-judiciaire à laquelle les cas seraient soumis pour autorisation[1818]. Sous condition que cette instance respecte le secret médical et la vie privée des personnes qui s'y seraient présentées, le seul avantage aurait été l'assurance que la personne qui eut été autorisée par cette instance à débuter la transition, puisse être certaine que sa demande de changement juridique de sexe soit autorisée. Or, il existe un droit au changement de sexe depuis la loi « *J21* » de 2016[1819] qui semble être garanti de manière suffisante sans que soit créée une énième institution. De plus, une instance régionale sous-entend que des équipes régionales voire départementales existent ce qui n'est actuellement pas le cas.

[1816] H.A.S., *op. cit.*, p. 80.

[1817] Art. R 5121-41-1 du Code de la santé publique ; Décret n° 2008-435 du 6 mai 2008 relatif à la mise sur le marché des spécialités pharmaceutiques à usage humain, *JORF,* n°0107, 7 mai 2008, p. 7638 ; Règlement (CE) n°1234/2008 de la Commission du 24 novembre 2008 concernant l'examen des modifications des termes d'une autorisation de mise sur le marché de médicaments à usage humain et de médicaments vétérinaire.

[1818] B., CORDIER, C., CHILAND, T., GALLARDA, *Ibid.*, p. 194.

[1819] Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF, n°0269, 19 novembre 2016.

b . Les perfectionnements du parcours de soin destiné aux mineurs

368 . Les propositions ci-avant sur la réorganisation des soins sont transposables telles qu'elles aux mineurs, avec cette particularité que la formation des professionnels devra s'axer davantage sur la psychologie et le fonctionnement de l'enfant et de l'adolescent. En revanche, il est également évident que le protocole doit prendre en compte la vulnérabilité de l'individu qu'il est supposé traiter. Nous avons tenté en vain de trouver les propositions adéquates dans la littérature française, jusqu'au colloque du 1er juin 2017 : « *Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent* » organisé par l'A.F.A.R. [1820], c'est pour cela que nous nous sommes d'abord orientés vers le C.N.O.M. de Belgique[1821] qui ne préconise pas la mise en place d'équipes distinctes que celle existant pour les adultes, tout en mettant l'accent sur l'association du médecin traitant (généraliste ou pédiatre)[1822]. Cette pratique n'est pas satisfaisante. En effet, le patient mineur se caractérise par sa vulnérabilité qui en fait un sujet de droit particulièrement protégé. Dès lors, de la même manière qu'un juge des enfants est nommé en fonction de sa sensibilité et de ses connaissances en matière de protection de l'enfance, il en va de même pour les équipes médicales qui les traitent. Le C.N.O.M. belge poursuit en précisant que la décision doit néanmoins émaner du mineur s'il est discernant, mais que l'association des parents reste requise, en inversant ainsi l'ordre établit en droit français[1823].

369 . En France, trois consultations sont ouvertes, à La Pitié Salpêtrière, Maison Blanche et Robert Debré. Aussi, au Centre inter hospitalier d'accueil permanent pour adolescents (le C.I.A.P.A.) de l'hôpital Maison Blanche, la consultation dédiée au jeunes dysphoriques de genre du Dr. J., CHAMBRY compte déjà 30 demandes de prise en charge en attente[1824]. À l'occasion du colloque, les différentes étapes et les différentes manières de mener la prise en charge ont été développées[1825]. Il est alors possible de commencer le suivi dès l'âge de 3 ans, qui correspond aux premières manifestations de la dysphorie, et qui

[1820] Dr. CHAMBRY, *Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017. Qui se trouvent toutes les trois à Paris, à La Pitié Salpêtrière, Maison Blanche et Robert Debré.
[1821] Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins de Belgique, *op. cit.*
[1822] Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins de Belgique, *op. cit.*
[1823] Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins de Belgique, *op. cit.*
[1824] J., CHAMBRY, *Ibid*.
[1825] J., CHAMBRY, *op. cit*. Sur les différents modèles de prise en charge v. A., BARGIACCHI, « Devenir des enfants et des adolescents dysphoriques de genre », *in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017. *Actes à paraître.*

comprend un examen pédiatrique pour écarter la présence de variations du développement génital, entre autres, et une évaluation pédopsychiatrique fondée sur la partie du D.S.M. V relative à la dysphorie de genre chez le mineur[1826]. Une fois cette évaluation faite, une décision pluridisciplinaire doit être prise pour débuter les soins, c'est toute l'équipe qui décide de l'organisation de ces derniers. Cinq étapes constituent l'organisation des soins du transsexuel mineur : d'abord, l'accueil à la transition identitaire où seront expliquer au patient mais également à son entourage familial, les différents points importants de la transition, avec notamment la mise en garde devant d'éventuelles désillusions sur les délais où la réussite de certaines interventions, voire le caractère réversible des hormones. Arrive ensuite la transition dite sociale pendant laquelle l'enfant va choisir un nouveau prénom qui sera employé par sa famille, son entourage. Par ailleurs, un contact sera pris avec le milieu scolaire afin que les professeurs et les camarades de la classe du jeune patient soient informés et respectent cette transition. Une fois la transition sociale assumée, c'est-à-dire que le jeune patient est bien *persister* et non *desister*, l'endocrinologue pédiatre assisté du pédopsychiatre va débuter le stade hormonal de la transition, qui lui-même se scinde en deux parties. La première consiste en la prescription de bloqueurs de puberté, dont l'utilisation est récente en France bien que présente aux Pays-Bas depuis une vingtaine d'années[1827]. La décision de prescrire les bloqueurs de puberté intervient à la suite d'une réunion de concertation disciplinaire pour transsexuels adultes (une R.C.P.), généralement lorsque l'enfant arrive au stade 2 de Tanner, c'est-à-dire, lorsque la puberté commence à arriver mais n'est pas définitivement installée. À partir des 16 ans de l'enfant, ce dernier peut se voir prescrire les hormones du sexe opposé. Toutes les étapes de la phase hormonale sont soumises à l'autorité parentale. À l'occasion du colloque de juin 2017, une question a été posée sur la marche à suivre en cas de désaccord entre les parents tous deux détenteurs de l'autorité parentale. Cette situation s'est déjà imposée une fois au Dr. MARTINERIE, pédiatre, et le cas est allé devant le juges aux affaires familiales (le J.A.F.) qui a décidé que pour la question de la transition, la mère était seule à pouvoir consentir[1828]. Alors que l'article 5 de la loi argentine du 9 mai 2012 précise que l'initiative du parcours de transition doit émaner du mineur assisté de ses parents et d'un avocat après évaluation de son intérêt et de ses « *capacités progressives* ».

[1826] M.-F., LE HEUZET, « La démarche diagnostique chez l'enfant », *in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.
[1827] L., MARTINERIE, « Suppression de puberté et réassignation hormonale », *in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.
[1828] *Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.

Ensuite, arrive le moment du traitement chirurgical qui n'interviendra qu'une fois le patient majeur, et une fois que la transition sera effectuée avec une équipe traitant exclusivement les adultes. La dernière étape est bien entendu le traitement légal, facilité par la loi de 2016 mais qui ne reste ouvert qu'au majeur ou au mineur émancipé[1829].

370 . La prise en charge qui est proposée met l'accent sur un suivi acceptant et bienveillant, en intégrant tous les acteurs de la vie de l'enfant. Ainsi, les éléments de langages sont importants dans cette prise en charge[1830], puisque certains mineurs vont consulter dans l'angoisse de se retrouver face à un professionnel qui voudrait le normaliser[1831]. En réalité, il faut se placer bien au-delà de la simple prise en charge médicale et s'atteler à mettre en avant le meilleur environnement possible pour que l'enfant puisse vivre le début de la transition, et s'inscrire dans une campagne de lutte contre la marginalisation de patients qui, dans la grande majeure partie des cas, ont des projets de vie et professionnels[1832].

Il existe néanmoins des obstacles à lever avant que cette prise en charge puisse devenir optimale. D'abord, il existe une fâcheuse absence de consensus quant à la transition sociale précoce[1833], dans le sens où cette dernière pourrait biaiser le résultat de la transition et pousser l'enfant à devenir *persister*, dans le même sens que le sexe d'élevage. En effet, si l'on encourage un enfant à vivre dans le sexe opposé, il s'agit bien de la notion de sexe d'élevage qui a montré ses limites. D'un autre côté, la transition sociale précoce peut être salutaire chez l'enfant dans la mesure où elle contribue à son bien-être car elle diminue ses souffrances[1834].

371 . Le manque de moyens est également pointé du doigt, faisant que la France « *n'est pas à la hauteur en termes de qualité de soin* »[1835], en témoigne la terminologie employée : en France il est question de « *consultations* », ailleurs, de « *prise en charge* »[1836].

Face à ces observations et animée par la volonté de vouloir offrir des soins adaptés et de qualité, une demande de programme hospitalier de recherche clinique (un P.H.R.C.) est en cours, pour tenter de pallier à l'absence de recherches sur le sujet[1837]. L'accent a été également mis sur la nécessité de la formation et de l'information[1838].

[1829] Art. 61-5 du Code civil.
[1830] M.-F., LE HEUZET, *Ibid.*
[1831] J., CHAMBRY, « Le rôle de la consultation en pédopsychiatrie », *in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.
[1832] J., CHAMBRY, *Ibid.*
[1833] M.-F., LE HEUZET, *op. cit.*
[1834] S., MACHEFAUX, *Ibid.*
[1835] J., CHAMBRY, *op. cit.*
[1836] S., MACHEFAUX, *op. cit.*
[1837] M.-F., LE HEUZET, *op. cit.*
[1838] A., BARGIACCHI, *Ibid.*

372 . Pour le reste, les mêmes recommandations que pour les adultes peuvent être admises, avec en sus, la mise en place d'un suivi de la famille, afin que la pratique acceptante au sein de l'équipe médicale ait une continuité dans le lieu de vie de l'enfant pour une prise en charge optimale. De la même manière, un suivi psychologique devrait être mis en place pour la famille de l'adulte transsexuel, pour ses enfants par exemple, ou encore une aide juridique pour les époux qui souhaiteraient mettre un terme à un mariage ou les conjoints qui souhaiteraient se marier ou même accéder à la parentalité. Tout cela à l'image des « *patient advocate* » ou des « *peer support* » du Colorado Children's Hospital[1839] pour les personnes interesexes mais qui peuvent être étendus aux transsexuels[1840]. Ces groupes de personnes témoins issues du milieu non médical se chargent d'accompagner, d'écouter et de conseiller les « *victimes collatérales* » des états intersexuation, par leur expérience et même leurs témoignages. Il s'agit notamment de membres d'associations, de psychologues extérieurs aux équipes, mais aussi de personnes transsexuelles ou intersexes majeures ou mineurs aux parcours divers, ou encore de membres de leurs familles. Enfin, notons que les « *peer supports* » font d'ailleurs partie du plan d'action santé mentale de l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.) 2013-2020[1841]. Par ailleurs, le Dr. CHAMBRY a exposé son souhait de mettre en place des *peer supports*, mais se demande si cette approche est possible en France, surtout si les parents de jeunes transsexuels français sont culturellement disposés à vouloir parler de la dysphorie de leurs enfants avec leurs homologues[1842], d'autant plus que les français cultivent l'art du secret honteux, dans la mesure où une fois que la transition est achevée, la vie reprend comme si elle n'avait jamais eu lieu.

373 . La prise en charge des personnes transsexuelles révèle un certain nombre de dysfonctionnements pour lesquels des améliorations sont possibles. Les équipes auto-instituées sont conscientes de ces difficultés et dénoncent le manque de moyens mis à leur disposition par les établissements de santé et les pouvoirs publics, mais dans le même temps, se vexent du désintérêt des personnes intéressées de leurs structures. S'il existe un protocole de soin, il est évident que chacune de ces équipes reste libre dans les conditions de sa mise en œuvre, ce qui rompt considérablement avec le principe d'égalité de traitement entre les

---

[1839] N., LIANG., « The role of the Patient Advocate in a Multidisciplinary DSD Clinic », *Dialogues in Pediatric Urology*, déc. 2016, p. 3 ; A. B., BARATZ, « Intersex/Differences of Sex Development : Clinicians and Community Collaborating for Change », *Dialogues in Pediatric Urology*, déc. 2016, p.4-7.
[1840] A. B., BARATZ, *Ibid.*, p.5.
[1841] Point 50, OMS, Plan d'Action santé mentale 2013-2010, p. 13. [En ligne : http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/89969/1/9789242506020_fre.pdf].
[1842] J., CHAMBRY, *op. cit.*

patients. Sans limiter l'exercice de la prise en charge des personnes transsexuelles à ces seules équipes, il est évident que l'offre de soin doit s'étendre de manière raisonnée, aux professionnels de ville qui devront nécessairement se former aux questions épineuses de la dysphorie de sexe. Comme pour les transsexuels majeurs, la prise en charge des transsexuels mineurs a fait l'objet d'une initiative humaniste de la part d'une poignée de médecins spécialisés dans les soins infantiles. Il est évident que cette initiative doit être amplement saluée, mais surtout largement diffusée pour qu'elle s'étende au-delà des murs parisiens. La prise en charge proposée est basée sur l'acceptance et la bienveillance et ne se limite pas au traitement du mineur qui reste dépendant de son environnement scolaire et familial. Ainsi, la sensibilisation et le suivi dans ces deux lieux font partie intégrante de la prise en charge.

Ce modèle d'extension des soins à l'entourage du patient n'est pas l'apanage de la prise en charge du transsexualisme, en effet, l'accompagnement des parents vers la prise de décision est une considération essentielle de la prise en charge des jeunes intersexes[1843].

[1843] Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.

SECTION SECONDE : LA PRISE EN CHARGE DES PERSONNES SOUFFRANT DE VARIATIONS DU DÉVELOPPEMENT GÉNITAL

« *Tenter de changer l'identité de genre des enfants semble éthiquement aussi répugnant que de blanchir la peau des enfants noirs pour améliorer leur vie sociale* »[1844].

374 . Des certitudes commencent à émerger dans la prise en charge médicale des enfants porteurs de V.D.G. : il faut limiter les interventions d'assignation sexuelle lorsque celles-ci ne sont pas médicalement justifiées. La H.A.S. préconise d'attendre que l'enfant ressente le genre auquel il appartient[1845], le Dr. MEDJKANE quant à lui précise qu'il gère « *un centre d'accompagnement, pas un drive chirurgical* » [1846].

Mais cet objectif vers une prise en charge bienveillante (I) doit cependant prendre en considération les particularités de l'exercice médical dans ce cas précis. En effet, une forte empreinte culturelle et sociétale plane au-dessus de la prise en charge, puisque le modèle binaire de catégorisation des personnes physiques rend socialement inacceptable qu'un individu ne puisse être d'emblée catégorisé dans l'un ou l'autre des sexes, et rend donc les personnes intersexes totalement invisibles en Droit et dans la société (II). Cette invisibilité est la source première des pressions subies par les parents[1847], qui les pousse à refuser le délai de deux ans avant d'assigner leur enfant.

[1844] R.R., PLEAK., « Ethical issues in diagnosing and treating gender-disphoric children and adolescents », in M., ROTTNEK, *Sissies and Tomboys : Gender nonconformity & homosexual childhood*, New-York, New York University Press, 1999 , p. 14.
[1845] H.A.S., *op. cit.*, p. 23.
[1846] Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.
[1847] E., SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 37.

I . Vers une pratique bienveillante

375 . Comme pour la prise en charge du transsexualisme, il n'existe pas de protocole pour les variations du développement génital (les V.D.G.) [1848]. Ce manque apparent de coordination a notamment pour conséquence le développement de pratiques divergentes, différenciant celles dites « *bienveillantes* » des autres dites « *mutilantes* ». Même si ces dernières ont aujourd'hui tendance à demeurer l'exception, il faut souligner que le manque de coordination reproché n'est pas pour autant blâmable. En effet, contrairement à la dysphorie de sexe qui se manifeste et qui se traite de la même manière pour tous, les V.D.G. peuvent être multiples et trouver différentes sources, c'est pour cela que la prise en charge est effectuée au cas par cas. Aux Centres régionaux hospitalo-universitaires (C.H.R.U.) de Montpellier et de Lille, une proposition de prise en charge est décidée après consultation d'un « *staff* » composé de chirurgien, pédiatre, généticien, endocrinologue ou encore psychologue[1849].

L'harmonisation des pratiques est favorisée par la création en octobre 2005 de Centres de référence des maladies rares (C.R.M.R.) chargés de nourrir les réflexions autour des pratiques, mais aussi qui peuvent être consultés par les équipes locales[1850]. Ces centres sont les outils privilégiés pour que soit mise en place une prise en charge bienveillante des cas d'intersexuation physique et cela à deux niveaux. D'une part, sur le poste du ménagement de l'annonce qui en réalité conditionne la suite de la prise en charge (A), et d'autre part, sur celui de la prise en charge médicale telle qu'elle (B).

[1848] Entretien avec N., KALFA, Montpellier, le 31 janvier 2017.
[1849] Entretien avec N., KALFA, Montpellier, le 31 janvier 2017, Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.
[1850] V. Arrêté du 9 mai 2017, Portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares. Il existe trois sites constitutifs s'agissant du Centre de référence du développement génital : du fœtus à l'adulte qui se situe au C.H.R.U. de Montpellier, au C.H.U. de Lille, et à l'Hôpital Kremlin-Bicêtre de l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris.

A . Le ménagement nécessaire de l'annonce du diagnostic

« *In the world of D.S.D., words have the power to heal and to harm* »[1851].

« *The treatment of intersex patients is perhaps the perfect demonstration of the importance of language in medicine* »[1852].

376 . Des études et des publications récentes ont montré le pouvoir des mots en médecine[1853], et spécifiquement dans le cadre de l'annonce de l'anomalie génitale aux parents ou à la personne directement concernée[1854]. Ainsi, la forme de cette annonce est importante puisqu'elle intervient sur un sujet qui subit un certain nombre de pressions. En effet, les parents ou la personne intersexe subissent, dans un premier temps, la pression que la société fait peser sur l'existence d'un sexe qui ne saurait être différent des sexes féminin et masculin. Dans un second temps, et dans le cas des nouveau-nés, c'est la contrainte administrative qui presse les parents à assigner juridiquement[1855].

377 . Ainsi, le choix des mots employés par les médecins dans ce domaine est particulièrement important dans la mesure où ces derniers pourront orienter les parents sur une intervention chirurgicale dans le meilleur des cas, ou pourront contribuer à faire émerger des réactions post-traumatique, notamment chez la mère qui pourrait ne pas investir son enfant[1856]. D'un côté, l'annonce du diagnostic peut être perçue comme une invitation pour les

---

[1851] « Dans le monde des V.D.G., les mots ont le pouvoir de guérir ou de blesser ». Traduit par nous. I., WONG, « If we don't help increase intersex awarness, who will ? », Dialogues in Pediatric Urology, déc. 2016, p.9.

[1852] « Le traitement des personnes intersexes et sans doute la démonstration parfaite de l'importance du langage en médecine ». Traduit par nous. I., WONG, *Ibid.*

[1853] F., MEDJKANE, G., KECHID, N., CARÉ, C., FROCHISSE, « Accompagnement des enfants porteurs de désordre du développement sexuel et de leurs familles, un exercice multidisciplinaire », Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence, 2016, 64, 517.

[1854] T., JONES et al., 2016. *Intersex. Stories and Statistics from Australia*, OpenBook Publishers, p. 106 ; F., MEDJKANE, G., KECHID, N., CARÉ, C., FROCHISSE, *Ibid.*; A., MICHEL, C., WAGNER, C., JEOUDE, « L'annonce de l'intersexualité : enjeux psychiques », Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence, 2008 ;56, p. 365-369.

[1855] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg*, Novembre 2012, p. 63 ; K., PLETT, « Das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Indentität », *in Dolumentation : Intersexualität im Diskurs*, Conseil d'éthique allemand, 2012, p. 35.

[1856] A., MICHEL, C., WAGNER, C., JEOUDE, *Ibid.*

parents à prendre une décision urgente alors qu'aucune urgence médicale ne la justifie, et de l'autre, elle peut faire grandir dans l'imaginaire de ces derniers l'idée que leur enfant n'est pas « *normal* », et donc les inciter indirectement à subir les interventions proposées.

Comme développé plus haut, ces circonstances rendent le consentement des parents à l'acte médical vicié et il devient évident que les modalités de l'annonce et de l'accompagnement de la famille et des personnes intersexes doivent être revues.

378 . Deux orientations sont envisageables à cet égard, la première consiste à reprendre les propositions émises pour les personnes transsexuelles, notamment en termes de formation des professionnels amenés à les rencontrer, la seconde s'inspire d'une pratique outre-Atlantique où certains établissements de santé ouvrent leurs portes à des non professionnels.

Brièvement, la première proposition tend à favoriser la formation initiale par des informations tendant à démontrer l'importance de l'annonce du diagnostic qui doit être fondée sur le fait que l'enfant n'est pas malade et qu'il aura une vie normale sans opération, enfin que l'assignation n'est pas un gage de bien-être futur. En effet, *« aucune opération ne permet d'établir – que ce soit en l'assignant ou en le rétablissant – « le sexe », c'est-à-dire, l'identité de genre »*[1857]. Aussi l'élaboration d'un protocole d'annonce pourrait être opportun[1858], contrairement à la mise en place d'un protocole de prise en charge qui n'est pas approprié au polymorphisme de l'intersexuation physique.

379 . Notre seconde proposition nous vient directement des États-Unis, et plus spécifiquement du *Colorado's Children's Hospital* qui a introduit au sein des équipes médicales pluridisciplinaires des « *patients advodates* »[1859] ou encore de « *peer supports* »[1860]. Ces patients conseillers[1861] répondent directement à un besoin des familles qui demandent, quelle que soit la décision prise pour leur enfant, une aide psychosociale. Par ailleurs, une étude américaine de 2015 a démontré que 40% des familles allemandes concernées demandent une telle aide mais que seulement la moitié en bénéficie, et cela par divers moyens (mise à disposition de personnel dans les établissements de santé, associations, consultation dans le milieu privé)[1862]. De même, une autre étude américaine précise que 40% des parents

---

[1857] J., WOWERIES, audition devant le Bundestag allemand, 25 juin 2012.

[1858] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Ibid.*, p.55.

[1859] N., LIANG., *Ibid.*, p. 3.

[1860] A. B., BARATZ, *op. cit.*, p.4.

[1861] Traduit de l'anglais par nous-même.

[1862] V., PASTERSKI, P., PRENTICE, I. A., HUGHES, « Consequences of the Chicago consensus of disorders of sexe development (DSD) : Current practices in Europe », Archives of disease in childhood, 2010 ;95(8) :618-23.DOI :10.1136/adc.2009.163890.PubMed PMID :19773218.

interrogés ne comprennent pas le discours médical qui leur et fait, et encore moins l'ampleur et la teneur du diagnostic posé[1863].

Ces groupes vont alors apporter un soutien à deux niveaux : aux parents ou aux personnes intersexes, mais aussi à l'équipe médicale elle-même[1864].

D'une part, ils vont offrir aux parents et/ou à la personne concernée, une information « *réaliste* »[1865] puisque ces groupes sont composés de personnes directement intéressées par les variations du développement génital, soit qu'elles sont directement touchées, soit qu'elles font partie de l'entourage de ces personnes[1866]. Peuvent également faire partie de ces *peer support* toute autre personnalité sensible aux questions sur l'identité de genre, comme par exemple, des personnes transsexuelles ou encore des associations[1867]. Ils interviennent dans le cadre d'entretiens de groupe ou individuels à la demande de l'individu afin d'échanger sur les questionnements qui pourraient émerger sur toutes les interrogations inhérentes à la prise en charge médicale et sociale de l'intersexuation physique. D'autre part, les *patients advocate* vont pouvoir avertir les équipes médicales en opérant un retour sur les entretiens de groupes et individuels afin que ces dernières puissent adapter les soins et le discours[1868], de sorte que l'exercice de ces groupes contribue sans aucun doute à l'amélioration de la prise en charge médicale des cas d'intersexuation physique. L'idée d'instaurer ces patients experts au C.H.R.U. de Lille est présente depuis une dizaine d'année[1869], mais sa non réalisation est due à deux facteurs : d'abord, l'absence de suivi à la suite de la fin de la prise en charge, puis la prise de contact difficile avec les associations. Concernant le premier facteur, il a été question de réfléchir à la mise en place d'une systématisation des consultations régulières pour un suivi qui n'a pas toujours pas été mis en œuvre, le second facteur tient dans un contentieux qui oppose l'équipe lilloise à V. GUILLOT, membre fondateur de l'Organisation internationale intersexe. En effet, le discours médiatique de ce dernier tourne autour de l'instrumentalisation par les médecins des intersexes à des fins de recherche et d'enseignement par le fait notamment de montrer des photos dans les amphithéâtres de médecine. Pour appuyer ces dires, il a réussi à se procurer le matériel éducatif de la faculté de médecine de Lille pour le

---

[1863] E., BENNECKE, K., WERNER-ROSEN, U., THYEN, E., KLEINEMEYER, A., LUX, M., JÜRGENSEN et al., « Subjective need for psychological support (PsySupp) in parents of children and adolescents with disorders of sex development (dsd) », *European Journal of Pediatrics*, 2015. doi : 10.1007/s00431-015-2530-8.
[1864] A. B., BARATZ, *op. cit.*, p.4.
[1865] A. B., BARATZ, *op. cit.*, p.6.
[1866] N., LIANG., *op. cit.*, p. 3.
[1867] A. B., BARATZ, *op. cit.*, p.5.
[1868] N., LIANG., *op. cit.*
[1869] Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.

diffuser au grand public sur le net… L'équipe médicale a pris contact avec M. GUILLOT il y a un an, aucune réponse ne leur a été adressée.

380 . Le ménagement ou le *management* de l'annonce et de l'accompagnement de toutes les personnes concernées par la variation du développement sexuel est une étape importante à plusieurs postes. Elle va permettre d'abord de donner une assise solide au consentement à l'acte médical car il aura été absolument compris, mais également de permettre à l'enfant de grandir dans un environnement sain, surtout lorsque l'on sait que les conséquences post traumatiques d'une mauvaise annonce de V.S.D. sont identiques à celles de l'enfant qui a survécu au cancer[1870] et qu'après coup, 50% des parents regrettent leur décision d'assignation[1871]. En plus de la formation des professionnels de santé, l'appropriation des *peer support* ou des *patients advocate* en France pourrait être une solution appropriée, d'autant plus que ces groupes de patients font partie des objectifs du plan d'action santé mentale de l'O.M.S. pour 2013-2020[1872].

B . Le ménagement de la prise en charge médicale

381 . Les interventions chirurgicales pratiquées sur les nouveaux-nés intersexes, autrement appelées « *mutilations génitales occidentales* »[1873], sont justifiées par le corps médical par le biais de l'urgence médicale. Or, telle que définie par les dispositions de l'article L 1111-4 al. 4 du C.S.P., ces opérations n'entrent en rien dans la qualification d'urgence médicale, puisqu'en réalité, les médecins agissent en fonction des ordres – orientés

[1870] V., PASTERSKI, K., MASTROYANNOPOULOU, D., WRIGHT, K.J., ZUCKER, I. A., HUGHES, « Predictors of posttraumatic stress in parents of children dignosed with a disorder of sex development », *Archives of sexual behavior*, 2014 ;43(2) :369-75. Doi :10.1007/s10508-013-0196-8. PubMed PMID :24085468.

[1871] A.J., LORENZO, J.L., PIPPI SALLE, B., ZLATESKA, M.A., KOYLE, D.J., BAGLI, L.H., BRAGA, « Decisional regret after distal hypospadias repair : single institution prospective analysis of factor associated with subsequent parental remorse or distress », *J. Urol.*, 2014 :191(5 Suppl) :1558-63. Doi :10.1016/j.juro.2013.10.036.PubMed PMID :24679868 ; F., GHIDINI, S., SEKULOVIC, M., CASTAGNETTI, « Parental decisional regret after primiray distal hypospadias repair : Family and surgery variables, and repair outcomes », *J. Urol.*, 2016 ;195(3) :720-4. Doi : 10.1016/j.juro.2015.10.118.PubMed PMID :26518112.

[1872] Point 50, OMS, Plan d'Action santé mentale 2013-2010, p. 13. [En ligne : http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/89969/1/9789242506020_fre.pdf].

[1873] Zwischengeschlecht.org, « Western mutilation a.k.a. Cosmetic genital surgery performed on children », *Switzerland 14th Universal periodic review*, 2012 ; E., *op. cit.*, p. 31.

des parents motivés par l'apaisement de leur angoisse d'avoir donné la vie à un individu ni tout à fait de sexe masculin, ni tout à fait de sexe féminin, et non pas par la mise en œuvre des mesures nécessaires à la survie de l'enfant[1874]. Pour autant, la notion d'urgence, en dehors de toute acception médicale n'est pas étrangère à la prise en charge des nouveau-nés porteurs de variation du développement génital. En effet, il existe bien une urgence qui vient justifier, non plus les interventions, mais la réalisation de bilans étiologiques après la naissance de l'enfance[1875]. Le Dr. François MEDJKANE pédopsychiatre au C.H.R.U. de Lille, qualifiait cette urgence de médicale dans un article sur le caractère multidisciplinaire de l'accompagnement des enfants porteurs de désordre du développement sexuel et de leurs familles, dans la revue « Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence » en 2016[1876]. Cependant, à la lecture de ces lignes, il est évident que par l'appellation « *urgence médicale* », le Dr. MEDJKANE et ses coauteurs, font référence à l'urgence psychologique que nous développions tantôt et qui pèse sur les parents. Cet urgence a plusieurs facteurs dont le premier demeure l'organisation juridique autour de l'assignation des nouveau-nés intersexes, ainsi, au mieux l'enfant n'a pas d'existence juridique pendant 5 jours[1877], au pire, pas de sexe pendant 2 ans[1878].

382 . Mais ce désarroi psychologique des parents est accentué par l'environnement dans lequel naîtra l'enfant : la maternité. En effet, au regard du nombre peu important de naissance d'enfants intersexes dans ces services, les personnels qui y travaillent se retrouvent souvent déstabilisés, ce qui aboutit à une désorganisation du service, mais également à un changement d'attitude envers les familles. Dès lors, les parents se sentent envahis d'un sentiment de « *délaissement voire* [d']*abandon psychique* » dus à l'inappropriation des réactions des personnels soignants, d'où la nécessité de les former.

Tous ces éléments contribuent à une prise de décision précipitée, fondée sur la peur du regard de la société et de la non intégration future de leur enfant. La question se pose alors de savoir si cette pression est susceptible d'être évitée par le législateur qui reconnaîtrait soit la neutralité du sexe, soit qui donnerait injonction aux parents de ne pas assigner tant que l'enfant n'aie pas pu se prononcer sur son genre. Il s'agirait pour cela d'ouvrir les œillères en direction des pays voisins. Ainsi le droit belge impose une déclaration de naissance dans les 15 jours qui suivent la naissance, mais la déclaration de l'identité sexuée peut s'effectuer dans

[1874] J.-P., MARTIN , « La chirurgie réparatrice dans les états intersexuels », *La revus du praticien*, tome XI, n°7, 1er mars 1961, p. 725.
[1875] F., MEDJKANE, G., KECHID, N., CARÉ, C., FROCHISSE, *op. cit.*
[1876] J., PICQUART, *Ibid.*, p. 144-145.
[1877] Art. 57 du Code civil.
[1878] Point n°55 de l'I.G.R.E.C.

les 3 mois[1879], tandis que l'Allemagne, depuis le 1er novembre 2013 impose un délai de réflexion aux parents d'intersexes qui sont interdits d'assignation[1880], tant que l'identité sexuée de l'enfant n'est pas acquise. Il semblerait toutefois que la mise en place d'une possibilité législative n'aient aucun impact face à l'ancrage socioculturel de la binarité sexuelle et que l'assignation restera la seule option enisageable pour les parents[1881].

383 . Cette chirurgie génitale est sujette à de vifs débats pour connaître la portée du consentement ou l'adhésion de l'enfant dans la prise de décision[1882]. S'il n'existe pas de réponse issue d'un consensus à cet égard[1883] , une assez grande majorité des équipes médicales qui tentent de redorer une image ternie des pratiques antérieures[1884], s'accordent pour offrir une place prépondérante à la voix de l'enfant[1885]. Cette position n'est pas l'apanage de la médecine contemporaine et certains praticiens des années 80 affirmaient déjà leur refus d'opérer les enfants à la naissance, « *l'heure de la chirurgie réparatrice* [ne devant pas intervenir] *tant que la puberté n'est pas là ou n'est pas proche* » [1886], et en fonction du sexe social de la personne, c'est-à-dire, de son genre[1887].

La pratique actuelle s'analyse désormais plus en termes d'accompagnement que comme une prise en charge médicale proprement dite. Le Dr. MEDJKANE nous confiait à ce titre que l'activité du Dr. AUBRY, chirurgienne en charge des intersexes filles, se cantonnait principalement à l'accompagnement des enfants, pour les éclairer notamment sur des questions de sexualité. D'ailleurs, lorsque des adolescentes se présentent à elle pour une réduction du clitoris ou une adaptation de la cavité vaginale, cette dernière opte systématiquement pour des pratiques non invalidantes. Ainsi, dans le premier cas, il ne sera pas question de sectionner le surplus de tissu, mais de le recourber en coude, dans le second,

---

[1879] Néanmoins, cette rectification est considérée comme une erreur matérielle d'assignation donc on pourra modifier selon la procédure de rectification pour erreur. V. N., GALLUS, « Etat civil et transidentité en droit belge, *in* « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

[1880] Loi allemande du 7 mai 2013, citée par J., HAUSER, « Le mystère du chevalier d'Éon », note sous TGI Tours, 2ème civ., 20 aout 2015, *JCP G*. n°44, 1157.

[1881] Entrevue avec le Dr. François MEDJKANE, Pédopsychiatre coordinateur, C.H.R.U. de Lille, 26 mai 2017.

[1882] H.F.L., MEYER-BAHLBURG, « Gender assignment and reassignment in intersexuality : controversies, data, and guidelines for research », *Adv. Exp. Med. Biol*., 2002 ;511 :199-223 ; S.E., SYTSMA, *Ethics and intersex*, Dordrecht, Springer, 2006.

[1883] H.F.L., MEYER-BAHLBURG, « Lignes de conduite pour le traitement des enfants ayant des troubles du développement du sexe », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 56(2008), p. 342.

[1884] Lors de notre entrevue, le Dr. MEDJKANE nous informait qu'un article « retour d'expérience » était paru dans le quotidien local La Voix du Nord. Cet article relatait des pratiques ancestrales sans aucun rapport avec celles du C.H.R.U. de Lille. L'équipe a souhaité exercer un droit de réponse pour avertir les lecteurs que les pratiques décrites n'avaient plus cours aujourd'hui. Après plusieurs relances, la rédaction a sommé l'équipe de stopper leur harcèlement sous menaces de poursuite.

[1885] Entrevue avec le Dr. François MEDJKANE, Pédopsychiatre coordinateur, C.H.R.U. de Lille, 26 mai 2017 ; Entretien avec N., KALFA, Montpellier, le 31 janvier 2017.

[1886] J.-P., MARTIN , *Ibid.*, p. 726.

[1887] J.-P., MARTIN , *op. cit.*, p. 733.

la pratique malveillante de l'insertion de dilatateurs est remplacée par une discrète irrigation. Pour les cas de prise en charge au stade de la petite enfance, l'équipe Lilloise mais aussi celle de Montpellier, après une évaluation pluridisciplinaire, fait une proposition d'intervention aux parents mais également à l'enfant dont la réaction va occuper une place prépondérante dans la réalisation de cette proposition. Ainsi, si ce dernier exprime par divers moyens (verbalement ou par ses réactions lors de l'hospitalisation) son inconfort dans les soins proposés, l'équipe reporte sa proposition en expliquant que l'enfant n'est pas prêt à recevoir les traitements. Dans une faible proportion des cas, les parents sont réceptifs aux motivations des médecins et décident de patienter, mais dans la plupart, cas ils s'efforcent de trouver une nouvelle équipe encline à opérer[1888], dans l'ombre de Pr. MONEY, favorisant une assignation avant l'âge de 3 ans en fonction du sexe le plus plausible selon les données anatomiques, endocriniennes et surtout la conviction des parents[1889].

384 . La pratique actuelle tend à vouloir redorer l'image aujourd'hui erronée de la prise en charge des personnes intersexes. En effet, là où auparavant il était question de sauvegarder une véritable *omerta* sur l'état de la personne, allant du secret de famille en passant par la perte fortuite d'un dossier médical[1890], aujourd'hui la prise en charge est fondée sur l'acceptance et l'accompagnement global. *Exit* donc la pratique du « *chirurgien sorcier* » [1891] tout puissant, surtout depuis la création de la F.I.R.E.N.D.O. au sein des différents centres de référence de maladies rares sur le développement génital du fœtus à l'adulte, dont les C.H.R.U. de Montpellier et de Lille, avec l'Hôpital du Kremlin Bicêtre à Paris sont désormais les sites constitutifs, sous la coordination des Hospices civiles de Lyon depuis l'arrêté du 9 mai 2017 portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares. Depuis maintenant quelques années, les influences publiques et internationales se penchent sur les pratiques liées à la prise en charge des enfants intersexes. Ainsi, les littératures médicale et profane se développent sans toutefois bénéficier de la visibilité escomptée.

[1888] F., MEDJKANE, G., KECHID, N., CARÉ, C., FROCHISSE, *op. cit.*, p.518.

[1889] A.-M., RAJON, « Ce que nous apprennent les parents d'enfants porteurs d'ambiguïté génitale », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 2008 ;56, p. 370-376.

[1890] Le rapport du Sénat du 23 février 2017 préconise par ailleurs un total libre accès aux données de santé pour enfin respecter les dispositions impératives de l'article L 1111-7 du C.S.P. V. M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions*, 23 fév. 1017, p. 44 et s ; E., SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 34 ; A., KOLBE, *Intersexualität, Zweigesclechtlichkeit und Verfassungsrecht. Eine interdisziplinäre Untersuchung,* Nomos, 2010, p. 136-137.

[1891] J.-P., MARTIN, *op. cit.*, p. 725.

II . Une volonté affirmée de plus de visibilité pour une véritable reconnaissance des V.D.G.

385 . Les variations du développement génital ont besoin d'une reconnaissance qui va au-delà de la simple remise en cause de la binarité sexuelle. En effet, si « *tout écart par rapport à ce modèle est alors qualifié de pathologie* »[1892], le monde médical sensible à une approche bienveillante de leur prise en charge se livre régulièrement à une véritable lutte vers la reconnaissance. Cette lutte est menée aussi bien auprès du public profane que des confrères non informés des évolutions considérables de la prise en charge. Ainsi, pour qu'une reconnaissance effective puisse transparaître, il convient d'assurer une double visibilité des états d'intersexuation physiques : d'une part, dans la société (A), d'autre part dans la communauté médicale (B). Par ailleurs, cet objectif de visibilité est au cœur des recommandations des sénatrices M. BLONDIN et C. BOUCHOUX et devrait prendre une place prépondérante dans la prise en charge à venir des personnes intersexes[1893]. Il a notamment été question, pour assurer cette visibilité d'appliquer les dispositions des articles 61-5 et suivants du Code civil aux personnes intersexes[1894], seulement cette opportunité n'est pas complétement satisfaisante puisque l'article 61-5 précise que le droit au changement de sexe ne concerne que les majeurs ou les mineurs émancipés.

[1892] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *op. cit.*, p.16.
[1893] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *Ibid.*, p. 44 et s.
[1894] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 79.

A . La reconnaissance par la visibilité sociale

« *On a vraiment peur que de ce qu'on ne comprend pas* »[1895].

386 . Ces quelques mots de Guy de MAUPASSANT illustrent parfaitement la problématique sociale liée aux personnes intersexes. En effet, la différence issue de l'absence de différentiation sexuée fait peur car elle est inconnue par la société. Ainsi, cette peur se retrouvera chez les parents de nouveau-nés intersexes qui voudront assigner au plus vite, parfois en dépit de l'avis médical, dans le but d'éviter à leur enfant les désagréments liés à leur situation sexuée. Dès lors, s'il est admis par le plus grand nombre que l'intersexuation physique, loin d'être une pathologie, ne correspond pas à la normalité du caractère binaire du sexe, il convient, sans prétendre pouvoir inverser cette tendance, de faire connaître ces variations, de les rendre visibles.

Ainsi, différents moyens peuvent être utilisés, et le premier qui semble le plus évident est la fin du système binaire. En effet, il est nécessaire de désacraliser la binarité pour enfin assurer une visibilité autour des personnes intersexes, de sorte qu'au moment des propositions faites aux parents, ces derniers ne balaient pas du revers la main l'option de ne pas assigner. Puisqu'il n'existerait plus, juridiquement et socialement ni homme, ni femme, il n'y a plus aucune raison de craindre une mise à l'écart. Néanmoins, une telle suppression intervient dans un contexte plus large, car même notre Droit tend aujourd'hui à annihiler les différences entre les sexes pour plus d'égalité, et certaines règles nécessitent inévitablement une sexuation déterminée si elles ne sont pas modifiées[1896]. De même que le retrait du sexe à l'état civil n'enterrerait pas du même coup l'idée de binarité dans l'esprit d'une majorité qui n'a vécu que sous ce modèle de classification.

[1895] G. de MAUPASSANT, *Contes de la bécasse*, 1883.

[1896] Voir notamment l'art. L 2141-2 al. 2 du Code de la santé publique pour la procréation médicalement assitée qui ne concerne le couple composé d'un homme ou d'une femme ; L 1225-16 du Code du travail sur le congé maternité qui ne concerne que la femme en état de grossesse.

387 . L'autre possibilité pour rendre visible l'intersexuation physique à la société reste la mise en place d'études destinées au grand public, voire vulgarisées. La communauté médicale s'est déjà positionnée en faveur de la mise en place de ces études, notamment pour justifier l'élaboration d'un moratoire sur les interventions d'assignation. Mené par Milton DIAMOND et Anne FAUSTO-STERLING, ce mouvement propose une suspension généralisée des interventions tant que des études sur long terme n'aient pas été diligentées concernant, entre autres, le devenir des jeunes opérés[1897]. Mais il existe un obstacle de taille empêchant de mener ce type d'études : l'absence d'échantillonnage qui est dû, d'une part, au nombre restreint de personnes concernées, rappelons que le taux de naissance annuel est estimé à 2%[1898]. D'autre part, parce qu'à l'instar des personnes transsexuelles, les personnes intersexes ou leurs parents ne souhaitent plus avoir à faire avec les équipes médicales[1899]. Depuis 2012, l'Union Européenne a débuté l'étude *DSD-Life* chargée d'évaluer et d'améliorer les traitements et la prise en charge des personnes intersexes en collaboration avec les associations existantes et dont l'un des objectifs est « *la réduction de la stigmatisation par une information des équipes pédagogiques et du grand public* »[1900]. Les personnes intéressées pour participer à cette étude, c'est-à-dire, uniquement les porteuses de V.D.G., doivent se rapprocher d'un des quatre centres français rattachés à l'étude (Lyon, Toulouse, Montpellier et Paris), aujourd'hui le nombre de participants s'élève à 1040 au travers de toute l'Europe[1901].

388 . Cependant, cette aspiration à plus de visibilité n'est pas nécessairement partagée par tous. En effet, certains parents alimentent cette volonté de rester cachés du reste de la société, épris d'une mixité de sentiments allant de la culpabilité à la honte, en passant parfois par un véritable deuil de l'enfant parfait[1902]. Néanmoins, cette situation est justement issue du problème global de l'invisibilité de l'intersexuation physique en France. Ainsi, si la société était sensible aux diverses composantes du sexe et à leur non concordance, les parents de jeunes intersexes ne seraient pas confrontés à ces épreuves. Mais pour l'heure, il convient d'assurer à ces parents un accompagnement spécialisé à l'image des *patients advocacy*

[1897] M., DIAMOND, « Prenatal predisposition and the clinical management of some pediatric conditions, *J. Sex. Marital Ther*., 1996 ;22(4), Fall, p. 139-147 ; C., CHILAND, *Le transsexualisme*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2003.
[1898] H.A.S., *op. cit.*, p.23.
[1899] F., MEDJKANE, G., KECHID, N., CARÉ, C., FROCHISSE, *op. cit.,* p.519 ; Entrevue avec le Dr. François MEDJKANE, Pédopsychiatre coordinateur, C.H.R.U. de Lille, 26 mai 2017.
[1900] Traduit par nous. https://www.dsd-life.eu/about-dsd-life/impact/?L=25.
[1901] Réponse électronique du Dr. Birgit KÖLHER du 12 juin 2017.
[1902] F., MEDJKANE, G., KECHID, N., CARÉ, C., FROCHISSE, *op. cit.,* p.519 ; Entrevue avec le Dr. François MEDJKANE, Pédopsychiatre coordinateur, C.H.R.U. de Lille, 26 mai 2017 ; Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *op. cit.*, p.12.

américains[1903]. Le Dr. MEDJKANE nous confiait avoir tenté d'instaurer ce système des patients experts au C.H.R.U. de Lille sans succès, car les patients traités ne reviennent plus et les associations L.G.B.T.I. ne s'estiment pas compétentes sur les questions intersexes[1904].

389 . Aussi, la doctrine juridique s'est penchée sur ce sujet afin de proposer des solutions favorisant la visibilité des personnes intersexes. Ces propositions ne sont pas légions et se limitent à deux principales : la suspension des qualifications pour les mineurs intersexes, ainsi que la suspension de la qualification juridique[1905]. Ces deux propositions s'analysent, en pratique par l'instauration d'un allongement du délai de déclaration, mais également par la création d'une troisième catégorie de sexe indéterminé. Le premier aménagement n'est pas nouveau et il suffirait de garder l'option de non assignation de l'I.G.R.E.C. en supprimant toute idée de délai, tout en instaurant une sorte d'action interrogatoire à l'initiative du Procureur de la République, après les examens médicaux terminés, qui demanderait aux parents le sexe qu'ils ont choisi[1906]. Ainsi, les résultats seraient transmis au Procureur alors même qu'il n'en aurait pas fait la demande et cela en dépit des règles relatives au respect de la vie privée et du secret professionnel. Le pas est trop grand et la visibilité demandée doit être rationnalisée et non réclamée au prix de la violation d'autres droits.

390 . Quant à la suspension de la qualification du sexe, il s'agirait d'enlever, tout bonnement, le pouvoir décisionnel aux parents, les pressions sociales[1907] pesant sur eux altérant leur jugement[1908]. Cette mesure aurait un impact considérable à court terme sur la fin des mutilations génitales occidentales, mais pas nécessairement sur le plus long terme. En effet, nous savons que l'annonce de la V.D.G. peut avoir un impact sur l'investissement du parent sur son enfant, ce qui constitue un facteur supplémentaire de développement de troubles pédopsychiatriques[1909]. Or, s'il ne peut même pas se faire une idée du sexe de son enfant à la naissance, nous pouvons aisément penser que l'investissement parental fera sans doute défaut tout au long de son développement.

391 . Cependant, ces propositions ne font en réalité, que déplacer le véritable problème, en effet, même si la visibilité des personnes intersexes sera assurée par l'absence d'une mention à l'état civil, elle le sera aussi par l'impossibilité pour l'enfant de bénéficier de

---

[1903] H.F.L., MEYER-BAHLBURG, *Ibid.*, p. 343.
[1904] Entrevue avec le Dr. François MEDJKANE, Pédopsychiatre coordinateur, C.H.R.U. de Lille, 26 mai 2017.
[1905] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit*, Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 78.
[1906] B., MORON-PUECH, *Ibid.*, p. 79.
[1907] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 80.
[1908] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 38.
[1909] A.-M., RAJON, « L'épreuve corporelle : l'intersexualité de l'enfant », *in* C., NEIRINCK, *L'état civil dans tous ses états,* Paris, LGDJ, 2008, p. 75, 78.

documents d'identité. Dès lors, s'organisera autour de lui une invisibilité juridique qui entraînera une survisibilité sociale et donc une stigmatisation entre les personnes qui disposent de documents d'identité et les autres.
En définitive, l'assignation dans un sexe à la naissance rend invisible les personnes intersexes mais leur permet une existence juridique et donc de se fondre dans la masse sociale sans risquer la discrimination. Pour que ces propositions soient efficaces, le législateur ne doit pas se cantonner à la face visible de l'iceberg de la binarité et devra s'attaquer, comme l'en prévient la Cour de cassation[1910] à un chantier beaucoup plus vaste.

392 . Tout reste à faire pour changer l'appréhension de la binarité des sexes et dédramatiser sur la situation des personnes intersexes. Loin d'en faire la promotion, il convient d'assurer leur visibilité sans en organiser la stigmatisation. Cela passe notamment par un changement du système de pensée binaire, plutôt que par une abstention médicale[1911] qui ne fait que répondre aux angoisses de parents formatés par une société peu ouverte aux « *itinéraires bis* ».
Ce changement pourrait être plus aisé si la communauté médicale était solidaire envers la poignée de professionnels qui s'efforcent d'apporter une prise en charge bienveillante.

B . Une visibilité au sein de la communauté médicale nécessaire

393 . Malgré l'image que certains médias tentent de faire véhiculer au sujet des équipes pluridisciplinaires en charge des personnes intersexes[1912], il est évident de constater qu'un changement d'attitude du corps médical a été opéré, notamment, à la suite de l'échec de la théorie de J. MONEY[1913]. Ce changement ne constitue cependant pas la règle absolue de la prise en charge, car une certaine proportion de médecins accède encore aux demandes

[1910] Civ. 1ère, 4 mai 2017, n° 16-17.189., *JCP G,* 24, 2017, 662 ; *AJ Fam.,* 2017, 354 ; *D.,* 2017, 981.
[1911] Entrevue avec le Dr. François MEDJKANE, Pédopsychiatre coordinateur, C.H.R.U. de Lille, 26 mai 2017.
[1912] J., FIORITI, « Après les « mutilations », la vie « détruite » de V. GUILLOT, né intersexe», La Voix du Nord, 25 mars 2017 ; « L'enfer de la vie des intersexes », La Voix du Nord, 4 mai 2017.
[1913] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 44 et s.

d'assignation des parents à la suite d'un avis défavorable émanant d'une première équipe médicale. Le Dr. MEDJKANE et le Pr. KALFA ont par ailleurs déjà été confronté à des familles qui réclamaient avec véhémence la chirurgie, et qui se sont tournés vers d'autres équipes, voire des chirurgiens isolés, pour procéder aux interventions de normalisation face aux refus des équipes lilloise et montpelliéraine.

Mais la désolidarisation du corps médical à l'égard des professionnels de l'intersexuation physique va au-delà de la simple nostalgie de « *l'ère MONEY* ». En effet, des médecins non avertis et non ou mal informés sur l'intersexuation continuent de dénoncer des pratiques malveillantes généralisées sans s'intéresser aux évolutions considérables en terme de déontologie et d'éthique médicales qui ont été faites[1914].

Dès le début des années 2000, sans doute las des préjugés à leur égard, les membres d'équipes pluridisciplinaires se sont mis à écrire sur leur sujet de prédilection pour, d'une part expliquer leurs pratiques mais aussi pour tenter de lever les obstacles à une meilleure prise en charge[1915]. C'est dans cette dynamique qu'un groupe de travail du Sénat est intervenu en février 2017, pour lever le tabou qui plane au-dessus des personnes intersexes et de leur prise en charge. Ce rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions s'inscrit dans la lignée de l'étude *DSD-Life* soutenue par l'Union européenne.

394 . Ce qui frappe d'emblée, lorsque l'on se penche sur ces travaux, c'est la nécessité impérieuse d'améliorer les équipes pluridisciplinaires. Ainsi pour qu'un soin optimal puisse être dispensé, il faut des spécialistes en néonatalogie, endocrinologie pédiatrique, urologie pédiatrique, gynécologie, génétique, conseil génétique, santé mentale, travail social, infirmiers et éthique médicale[1916], c'est-à-dire de tous horizons, sans se cantonner à la médecine. De même, la formation continue de ces spécialistes est primordiale à différents niveaux allant des progrès médicaux à l'étude des évolutions sociales[1917].

395 . Cette même formation doit également appréhender l'annonce et l'accompagnement de la variation du développement génital aux parents mais aussi à la

[1914] V. entre autres M., DIAMOND, *Ibid.*; C., CHILAND, *Ibid*.

[1915] I.A., HUGHES, C., HOUK, S.F., AHMED, P.A., LEE, *LWPES Consensus Group, ESPE Consensus Group, Consensus statement on management of intersex disorders*, Arch. Dis. Child., 2006 ;91 :554-63 ; F., MEDJKANE, G., KECHID, N., CARÉ, C., FROCHISSE, *op. cit.*, p. 519 ; H.F.L., MEYER-BAHLBURG, *op. cit.*

[1916] I.A., HUGHES, C., HOUK, S.F., AHMED, P.A., LEE, *Ibid.*.

[1917] H.F.L., MEYER-BAHLBURG, *op. cit*., p. 340 ; M., BLONDIN, C., BOUCHOUX*, op. cit.*, p.57 et s.

personne dont la découverte serait plus tardive[1918]. En effet, il a été démontré qu'il existait un lien ténu entre la manière d'annoncer le diagnostic et le désir de traitement[1919]. Ainsi si l'annonce est pathologisante et fataliste, les parents auront tendance à précipiter l'intervention[1920]. À Lille et Montpellier, le discours aux parents est le plus neutre possible, les personnels s'efforcent de n'exercer aucune pression indirecte sur eux, en employant par exemple les termes asexués tels que « *votre enfant* », « *votre bébé* » ou encore « *le bébé* » [1921]. Ainsi, le discours médical doit être dépourvu de tout stéréotype de genre. En définitive, abandonner toute approche pathologisante des V.D.G. est un premier pas vers la négation de la classification binaire, puisque la pathologisation n'« *est* [qu']*une question de perspectives, indissociable du modèle de la binarité du genre* »[1922].

396 . Ces observations qui émanent de la pratique médicale ont réussi à trouver un écho dans le rapport du Séant du 23 février 2017 qui a proposé un certain nombre de recommandations, toutes en phase avec la réalité de la prise en charge[1923]. Ainsi, les sénatrices Maryvonne BLONDIN et Corinne BOUCHOUX ont pu développer les propositions mises en place par la doctrine médicale.

L'information des parents, nous le savons, est au cœur de la problématique de prise en charge de l'intersexuation physique à la naissance, à ce titre, le rapport propose que les diagnostiques prénataux (les D.P.N.) se développent pour le dépistage. Il serait alors question de procéder à des examens génétiques qui donneraient ensuite lieu à un conseil génétique auprès des futurs parents[1924]. De cette manière, ces derniers sont mis au courant avant même les résultats des examens que l'intersexuation existe et qu'hors les cas particuliers d'hyperplasie congénitale des surrénales, elle ne justifie pas d'intervention. Cependant, nous craignons que l'extension des D.P.N. aux cas d'intersexuation physique n'ait pour conséquence d'augmenter le nombre d'avortements. Mais si l'interruption volontaire de grossesse reste possible en-deça des 12 semaines de gestations si la mère se trouve dans une situation de détresse[1925], les conditions

---

[1918] Commission nationale d'éthique pour médecine humaine (NEK-CNE, Suisse), 2012, p. 10 et s. ; M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 44 et s.

[1919] V., GUILLOT, « Intersexes : ne pas avoir le droit de dire ce que l'on ne nous a pas dit que nous étions », *in Nouvelles questions féministes, revue international francophone : À qui appartiennent nos corps ? Féminisme et lutte intersexes*, Antipodes, Vol. 27, n°1/2008, p. 5-8.

[1920] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *op. cit.*, p.16-17.

[1921] Entrevue avec le Dr. François MEDJKANE, Pédopsychiatre coordinateur, C.H.R.U. de Lille, 26 mai 2017.

[1922] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *op. cit.*, p.16.

[1923] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 44 et s.

[1924] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 90.

[1925] Art. L 2212-1 du Code de la santé publique.

de l'interruption médicale de grossesse ne semblent pas permettre se réalisation dans l'hypothèse de la découverte *in utero* d'une V.D.G.[1926].

Une telle approche va par ailleurs permettre la mise en place d'un suivi psychologique adapté pour toute la famille[1927], mais s'inscrit également dans un cadre délimité par le principe de précaution, comme l'indique la recommandation n°8 du Rapport du Sénat[1928]. Celle-ci propose de généraliser la collégialité de la prise de décision par le biais d'un protocole de soin déterminé. Ici, il ne faut pas entendre le terme « *protocole de soin* » comme une succession d'acte médicaux posés dans un but précis, mais comme la procédure en amont à toute prise de décision de la part des parents ou de la personne intersexe. C'est ainsi qu'au C.H.R.U. de Lille une évaluation pluridisciplinaire est mise en place au moment de l'accueil, qui précédera un certain nombre d'entretiens d'accompagnement avec la famille, à la suite desquels l'équipe fera une proposition de traitement aux parents qui seront libres d'accepter ou de refuser[1929]. Le schéma est peu ou prou le même au C.H.R.U. de Montpellier où, lorsque des cas complexes se présentent, l'équipe saisit le Centre de référence des maladies rares sur le développement génital du fœtus à l'adulte (C.R.M.R.) de Lyon pour avis[1930]. Le recommandation n°8 tend alors à instaurer une base solide dans le début de la prise en charge jusqu'à la prise de décision et elle s'articule logiquement avec la n°10 qui propose de mettre en place une liste des équipes spécialisées[1931]. Même si ces listes existent déjà dans le cadre de l'arrêté sur les Centres de référence[1932], il convient d'en assurer la promotion pour réduire le niveau d'anxiété des parents. Ainsi, au stade des examens génétiques, des informations lacunaires pourront être délivrées aux futurs parents concernant aussi bien l'existence des cas d'intersexuation physique que d'équipes spécialisées pour sa prise en charge.

[1926] Art. L 2213-1 du Code de la santé publique.
[1927] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p.57 et s.
[1928] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p.57 et s., p.89.
[1929] Entrevue avec le Dr. François MEDJKANE, Pédopsychiatre coordinateur, C.H.R.U. de Lille, 26 mai 2017.
[1930] Entretien avec N., KALFA, Montpellier, le 31 janvier 2017.
[1931] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p.90.
[1932] Arrêté du 9 mai 2017, Portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares.

CONCLUSION

DU CHAPITRE PREMIER

397 . La prise en charge des états d'intersexuation est limitée, aussi bien du point de vue des patients que des médecins. Ainsi, ces derniers dénoncent le manque de moyens mis à leur disposition pour offrir une prise en charge optimale, et c'est précisément ce manque de moyens qui est interprété par les patients comme un manque d'investissement de la part des médecins. Cette perte de confiance rationnellement injustifiée, ne trouve pas écho dans son intégralité dans le cadre de la prise en charge des personnes intersexes. Dans cette hypothèse, les équipes existent et disposent de moyens techniques mis à dispositions par les établissements auxquels elles dépendent, mais les praticiens qui les composent, se retrouvent pris dans les « *injonctions contradictoires* »[1933] entre le droit civil et le droit de la santé qu'ils ont du mal à retranscrire aux parents démunis. La contradiction dont il est question concerne les fondements juridiques de chacun de ces pans du Droit. D'une part, le droit de la santé impose que les interventions n'aient pas lieu car elles ne sont ni urgentes, ni justifiées par une nécessité médicale[1934]. D'autre part, le droit civil impose une assignation dons les délais qui peuvent varier de 5 jours à 2 ans.

Ces constatations n'ont su rester sans réponses de la part de l'opinion publique, qui s'est empressée de proposer un certain nombre d'améliorations communes à la prise en charge des personnes transsexuelles et intersexes[1935], tournant autour d'impératifs relatifs à de meilleurs information et accompagnement. La mise en place d'étude, à l'image de *D.S.D-Life,* de formations professionnelles dans divers domaines (enfance, éducation, santé mentale et physique, aide sociale), et d'une refonte du Droit sont au cœur de ces propositions. Les questions de visibilité et de recentrage de la place du mineur dans la prise de décision sont

[1933] L., BRUNET, *Ibid.*, p. 263.

[1934] Arts. 16-3 du Code ciivl et L 111-4 al. 4 du Code de la santé publique.

[1935] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p.57 et s ; Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *op. cit.*, p. 4 ; E., SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 26 et s.

également évaluées, et l'intégralité de ces réflexions devrait faire l'objet d'un avis du Comité consultatif national d'éthique (le C.C.N.E.) dans les prochaines années[1936].

398 . La nécessité de plus de visibilité des états d'intersexuation est l'un des chantiers le plus important. Actuellement, les communications autour des personnes transsexuelles et surtout des personnes intersexes, s'effectuent dans leur propre intimité, créant ainsi le microcosme des intersexuations[1937]. Dès lors, l'amélioration de la prise en charge ne doit plus s'entrevoir que du point de vue de la technique et des moyens médicaux, de l'efficacité et de la qualité des soins, mais dans des considérations beaucoup plus larges. En effet, ces pratiques aléatoires ont pour conséquence première de favoriser les atteintes aux droits fondamentaux des patients.

D'autant plus que les droits dont il est question concernent des minorités pour lesquelles ils devraient trouver une application privilégiée.

[1936] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p.57 et s.
[1937] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 44 et s.

CHAPITRE SECOND :
DES ATTEINTES MANIFESTES ET CARACTÉRISÉES AUX DROITS FONDAMENTAUX

« *La pratique médicale se conformait alors à des jugements de valeur culturels et sociaux que la perspective éthique actuelle n'estime plus compatibles avec les droits fondamentaux de la personne, notamment avec le respect de son intégrité physique ainsi qu'avec son droit à l'autodétermination* »[1938].

399 . Les pratiques médicales dont il est question sont étroitement liées au Droit. D'une part, la pratique des assignations le plus tôt possible sur les enfants intersexes peut se voir justifiée par les courts délais légaux de déclaration à la naissance, d'autre part, la proposition demeure inversée pour les personnes transsexuelles, qui se voyaient opposer un refus dès lors qu'elles n'avaient pas subi de modifications irréversibles de sexe. La loi de modernisation de la justice du XXIème siècle[1939] semble avoir mis fin à cette dépendance du Droit envers la médecine.

La conséquence principale de ces pratiques sur la vie des personnes n'est pas à négliger. Ainsi, lorsqu'elles s'effectuent sur des individus mineurs, il est indispensable que ces derniers bénéficient d'une protection particulière, qui pourrait s'apparenter à un droit spécial à l'intégrité physique, en plus des droits fondamentaux basiques (SECTION PREMIÈRE). Les sujets majeurs quant à eux, bénéficieront de la protection attachée à l'exercice des droits fondamentaux relatifs à la dignité humaine, à la vie privée et au corps humain (SECTION SECONDE).

[1938] Commission nationale suisse d'éthique pour la médecine humaine (NKE-CNE), *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'intersexualité,* prise de position n°20/2012, novembre 2012, p.20.
[1939] Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016.

SECTION PREMIÈRE : LES ATTEINTES SPÉCIFIQUES AUX DROITS DES MINEURS

400 . Le Doyen SAVATIER plaçait le mineur sous la tutelle « *de fait* »[1940] de sa famille à cause de sa condition de personne vulnérable. Dès lors, sous couvert de la jouissance de l'autorité parentale, les parents prennent alors les mesures nécessaires à la protection de la sécurité, la santé et la moralité de leur enfant, dans le respect qui lui est dû mais également en l'associant aux décisions qui le concernent[1941].

La santé de la personne mineure est un sujet sensible, au carrefour de tensions entre impératifs de protection et autonomie[1942] du mineur, si bien que des zones du subjectivisation ont été mises en place afin que des bribes d'autonomie surgissent dans le droit de la santé appliqué au justiciable de moins de 18 ans[1943]. Néanmoins, en dehors de ces traces d'autonomie, il est toutefois possible de faire entendre la voix du mineur lorsque son discernement et son degré de maturité le lui permettent.

401 . Mais quelle que soit la décision à prendre et la part de participation du mineur à cette dernière, la décision finale va devoir systématiquement assurer et respecter l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet intérêt qui demeure un principe matriciel du droit des mineurs et du droit de la famille[1944], s'analyse en une « *notion magique* »[1945] poussant les parents, le juge, le médecin et le juriste à opérer une balance entre les risques et les bénéfices d'une action sur la vie de l'enfant. Les mineurs porteurs de V.D.G., comme les jeunes transsexuels ne sont pas exclus de l'application de ce principe, néanmoins, la particularité due à leur état d'intersexuation rend sa mise en œuvre ambivalente (I).

Si bien qu'en pratique, les difficultés à prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions concernant son identité sexuée et/ou de genre, se manifestent par des atteintes

---

[1940] R. SAVATIER, Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine, *D*. 1958. Chron. p.97 et s.

[1941] Art. 371-1 Code civil.

[1942] P., PEDROT, « À propos de la santé de l'enfant. Les lois du 4 mars 2002 : convergence ou divergence ? », *in Le droit et les droits de l'enfant,* L'Harmattan, coll. « champs libres », 2007, p.135.

[1943] V. notamment l'art. L 2212-4 al. 2 du Code de la santé publique sur l'avortement sur une mineure, L 5134-5 du même Code pour la contraception, ou encore l'art. L 162-1-18-18 du Code de la sécurité sociale sur le secret des remboursements des soins subis par la personne mineure sans le consentement des parents.

[1944] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs,* Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 2ème éd., 2014, p. 62.

[1945] J., CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, *Les personnes. Personnalité. Incapacité. Personnes morales,* PUF, coll. « Thèmis », 18ème éd., 1992, n°110.

portées à divers droits, notamment ceux relatifs à l'intégrité corporelle, à la non-discrimination ou encore à la reconnaissance de la modification du sexe[1946]. L'existence de ces atteintes n'est pas *per se* préjudiciable, dans la mesure où il existerait des moyens de pouvoir réparer les dommages qui pourraient en découler. Or, les circonstances dommageables de l'action ou de l'inaction médicale dans le cadre des états d'intersexuation ne peuvent pas bénéficier des mécanismes de protection habituels (II).

I . L'ambivalence de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son application aux états d'intersexuation

402 . La notion d'intérêt supérieur de l'enfant[1947] (A) vient renforcer le mécanisme de protection des individus mineurs du fait de leur vulnérabilité. Mais les mineurs intersexes ou les jeunes dysphoriques de sexe constituent un groupe particulièrement vulnérable[1948] par rapport aux autres enfants mineurs qui ne présenteraient aucune anomalie du développement génital ou qui seraient cisgenres. Le poids de la vulnérabilité nous pousse alors à considérer les enfants et adolescents transsexuels et intersexes comme un groupe distinct des autres mineurs et nécessitant une protection particulière[1949], surtout lorsque l'on sait par exemple, qu'il existe une corrélation entre les violences physiques et mentales subies par eux, et les tentatives de suicide ou dépressions[1950].

[1946] *Éléments de droit comparé sur l'intersexualité,* Bureau de droit comparé, Services de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, 25 janvier 2017, p. 1.

[1947] Thomas Dumortier, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 26 novembre 2013, consulté le 12 juin 2017. URL:http://revdh.revues.org/189 ; DOI : 10.4000/revdh.189.

[1948] M., DELVAUX-STEHRES, *Réponde de Mme la Ministre de l'Éducation nationale et de la formation professionnelle à la question parlementaire n°2732 du Député Claude Adam* ; A.H., GROSSMAN, A.R., D'AUGELLI, « Transgender Youth : Invisible and Vulnerable », *Journal of Homosexuality,* Vol. 51, n°1, 2006, 111-128 ; *Issues and Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Health,* 2006, p. 111-128.

[1949] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p. 4.

[1950] A.H., GROSSMAN, A.R, D'AUGELLI, *Ibid.*, p. 527-537.

Les mineurs en état d'intersexuation sont donc un groupe à fort risque[1951] d'autodestruction, ce qui dénote clairement avec les implications concrètes du principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment celle de tendre vers plus d'autonomisation dès qu'il est question de problématiques particulièrement impactantes sur la vie future du mineur (B).

A . Éléments de compréhension sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

403 . L'intérêt de l'enfant ou l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion centrale du droit de la famille et du droit des mineurs, présente dans pléthore de normes juridiques internes et internationales[1952]. Son existence reste néanmoins attribuée à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (la C.I.D.E.) de 1989 qui dispose que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* »[1953]. Bien que datant du siècle dernier, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a mis du temps à trouver une applicabilité directe par le justiciable français, qui n'est intervenue qu'en 2005[1954].

[1951] E., SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective,* Conseil de l'Europe, nov. 2013, p. 13.

[1952] CE, 22 sept. 1997, *Cinar, JCP,* 1998, II, 10051, comm. GOUTTENOIRE-CORNUT ; *RTD Civ.,* 1997, 908, obs., J., HAUSER ; *JCP,* 1998, I, 101, chron. Th., FOSSIER. Sur le regroupement familial ; Civ.1ère, 25 février 2009, *JCP,* 2009, II, 10072, obs. A., GOUTTENOIRE. Sur la primauté de la « loi personnelle », en l'espèce, une *kafala* ; Art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 18 décembre 2000, n°2000/c 364/01 ; Directive du 13 décembre 2011, relative à l'exploitation sexuelle des enfants ; Convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille, 23 novembre 2007, *JO,* n° L192, 22 juill. 2011, p. 0051-0070 ; Résolution du Parlement européen du 19 janvier 2011 sur l'adoption internationale dans l'Union européenne, *JO,* n° C136, 11 mai 2012, p. 0024-0026 ; Directive n° 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, *JO,* n° L337, 20 décembre 2011, p. 0009-0026 ; Directive 2012/20/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012, *JO,* n° L315, 14 nov. 2012, p. 0057-0073.

[1953] Art. 3-1 de la C.I.D.E.

[1954] Civ.1ère, 18 mai 2005, n°02-20613, *D.,* 2005, 1909, note ÉGÉA ; *Dr. Fam.* 2005, comm. 156, note GOUTTENOIRE ; *JCP.,* 2005, note GRANET-LAMBRECHT et STRICKER.

Depuis, le principe ne cesse d'être apporté aux débats devant les prétoires dès qu'un enfant mineur est concerné[1955], alors même qu'aucune définition pérenne ne lui a été donné malgré un nombre probant de tentatives[1956].

404 . La sociologue Irène THÉRY considère l'intérêt supérieur de l'enfant comme « *un indice et un effet de la place désormais reconnue à l'enfant dans la famille et la société,* [dès lors] *le caractère virtuel de la notion d'intérêt manifesterait la volonté de prendre en considération la diversité des situations concrètes, dans une optique pragmatique, libérale et pluraliste* »[1957]. En d'autres termes, la démarche consiste à « *choisir parmi plusieurs intérêts de l'enfant, celui qui favorise le mieux son épanouissement* »[1958]. L'épanouissement dont il est question se situe à tous les niveaux de la vie de l'enfant, allant des pans éducatifs et affectifs de son existence, mais également à son bien-être immédiat et futur[1959]. Ces deux dernières marques de l'épanouissement de l'enfant entrent dans le champ de notre sujet à des endroits différents. D'une part, il est question de prendre en considération l'épanouissement immédiat du jeune transsexuel afin d'éviter toute marginalisation ou décrochage scolaire, d'autre part, il faut s'interroger sur la vie future du nouveau-né ou du très jeune intersexe et se demander dans quelle mesure les actes de conformation génitale auront un impact sur la construction de son identité de genre, voire simplement son identité. Par ailleurs, c'est le rapport entre intérêt supérieur de l'enfant et droit à l'épanouissement, qui en fait un principe à valeur constitutionnelle, de manière indirecte *via* l'alinéa 10 du préambule de 1946[1960]. C'est en effet, sur ce fondement que le Conseil constitutionnel a examiné les reproches faites au P.A.C.S. au sujet de l'intérêt supérieur de l'enfant[1961].

405 . À cause de l'étendue de la notion d'épanouissement, mais également de l'absence de définition précise de l'intérêt supérieur de l'enfant, il était prévisible que la

---

[1955] Principalement en droit de la filiation, sur les expertises médicales en vue d'établir le lien de filiation, v. Civ. 1ère, 29 mai 2013, n°12-15901 ; Civ.1ère, 28 mars 2000, n°98-806, *Bull. civ.,* I, n°103 ; *JCP*, 2000, II, 10409, concl. PEITE, note M.-C. MONSALLIER SAINT MLEUX ; *JCP,* 2000, II, 10410, obs. T., GARÉ ; *D.* 2000, 731, note T., GARÉ. Sur l'adoptionCiv. 1ère, 15 décembre 2010, n°09-10439, *D.,* 2011, 1995, obs. P., BONFILS et A., GOUTTENOIRE ; Civ. 1ère, 25 février 2009, n°08-11.033, Civ. 1ère, 10 octobre 2006, *JCP,* 2006, II, 10072, comm. M., FARGE. Sur le droit de garde, v. C.E.D.H., *P.V., c/ Espagne,* 30 novembre 2010, n°35159/09 (sur la restriction du droit de visite chez le parent transsexuel) ; *Johansen c/ Norvège,* 7 aout 1996, n°17383/90, *JCP*, 1997, I, 4000, obs., F., SUDRE ; CA Nîmes, 3 juillet 2002, *AJ Fam.,* 2002. 339.

[1956] J., COSTA-LASCOUX, « Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs » *in « Intérêt de l'enfant » et « droits de l'enfant », De quel droit ? De l'intérêt… aux droits de l'enfant,* Cahiers du CRIV, n°4, 1988, p. 161 et s. ; I., THÉRY, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », *in* Ministère de la Justice, *Du divorce et des enfants,* Institut National d'Études Démographiques, PUF, 1985, p. 33 ; « La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération ou d'interférence ? », *Droit et société*, n°22, 1992 ; M., DONNIER, « L'intérêt de l'enfant », *D.,* 1959.

[1957] I., THÉRY, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », *in* Ministère de la Justice, *Du divorce et des enfants,* Institut National d'Études Démographiques, PUF, 1985, p. 33.

[1958] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *Ibid.*, p. 64.

[1959] J., CARBONNIER, *Droit civil,* t. 2, *La famille,* PUF, coll. « Thèmis », 16ème éd., 1993, n°185.

[1960] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op. cit.*, p.82.

[1961] Cons. Const., 9 nov. 1999, n°99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité,* §78 et 78.

jurisprudence en retienne une appréciation large en la rattachant à d'autres principes moins sujets à interprétation. C'est donc ainsi que l'intérêt de l'enfant peut comprendre l'intégrité physique (art. 19 de la C.I.D.E.), le droit à l'identité (art. 8 de la C.I.D.E.) ou encore celui d'être entendu dans les décisions qui le concernent (12 de la C.I.D.E.) [1962].

406 . L'intérêt de l'enfant demeure un standard dès qu'il est question de droit des enfants, et cette notion est utilisée à la manière d'un instrument de mesure[1963], d'où son indétermination. En réalité, elle est un facteur d'adaptabilité du droit[1964] face à des situations complexes, relevant de la juste appréciation entre opportunité d'autonomie et exercice des droits relatifs à l'autorité parental. Face à cette mise en balance constante des intérêts en présence, deux approches dans l'appréciation de la notion sont envisageables, selon que l'on se place d'un point de vue objectif ou subjectif[1965]. La première approche se veut générale et abstraite, dans cette hypothèse, l'intérêt supérieur de l'enfant s'entend comme une sorte de règle de droit générale qui regroupe l'intérêt de toutes les personnes en situation de minorité. La seconde approche se veut concrète et constituerait une règle de droit spéciale s'appliquant à une situation particulière marquée par un fond culturel, religieux ou social propre à la famille ou à la situation dans laquelle évolue l'enfant. Le choix de l'une ou l'autre de ces approches par les juges reste à leur discrétion et dépend des circonstances de l'espèce.

Pour les états d'intersexuation, les deux approches sont envisageables, dans le cadre des jeunes transsexuels, ils peuvent être victimes de discrimination fondée sur l'identité de genre. Le fait qu'il s'agisse d'une discrimination donne le crédit à l'approche générale. En revanche, l'approche concrète semble être de mise lorsque l'intérêt de l'enfant se situe au niveau de l'autorisation d'interventions médicales (traitement ou chirurgie) sur l'enfant. Sauf si l'on se place du même côté que la jurisprudence française sur la circoncision rituelle, qui n'étant pas un acte médical nécessaire, reste un acte objectivement soumis à l'accord des deux parents mais également à l'assentiment de l'enfant dès que ce dernier est en mesure de l'exprimer[1966].

407 . Les juges sont donc les garants du respect de l'intérêt de l'enfant[1967], avec le renfort du Défenseur des enfants, créé en 2000[1968] mais fusionné en 2011[1969] avec le

---

[1962] E., SCHNEIDER, *Ibid.*, p. 25.

[1963] S., RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », *in* C., PERELMAN, R., VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit,* Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherche de logique », 1985, p. 42.

[1964] P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE, *op.cit.*, p. 65.

[1965] J.-P., SERVEL, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales,* Thèse, Aix-en-Provence, 1978, p. 75.

[1966] V. notamment CA Paris, 5 novembre 2013, inédit ; CA Colmar, 8 janvier 2014, inédit ; CA Orléans, 14 mars 2006.

[1967] T., HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie pour les adultes », *JDJ,* n°303, mars 2011, p. 10 ; A., GOUTTENOIRE, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *in Mélanges F., DEKEUWER-DÉFOSSEZ,* Montchrestien, 2013, p. 147 ; CEDH, 23 juin 1993, *Hoffman c/ Autriche, D.,* 1994, 327, obs. J., HAUSER ; 21 déc. 1999, *Salguiero de Silva Mouta c/ Portugal, JCP.,* 2004, II, 10122, note A., GOUTTENOIRE.

Défenseur des droits. Pour le sujet qui nous intéresse même si le but de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant est le même : la reconnaissance, l'enjeu n'en demeure pas moins différent selon l'état d'intersexuation considéré. Ainsi, l'intérêt du jeune transsexuel réside dans la limitation, voire l'annihilation des souffrances liées à la dysphorie de sexe, tandis que celui de l'intersexe intervient bien en amont et consiste à ne pas créer de souffrances futures en assignant médicalement. Sur ce dernier point s'ajoutent les considérations de droit de la santé : dans une certaine proportion de cas, le but médical est étranger aux assignations, la seule motivation restant l'intégration sociale et familiale de l'enfant[1970].

La prise en compte ou non de l'intérêt du mineur transsexuel ou intersexe est d'autant plus importante qu'elle agit directement sur la vie quotidienne instantanée ou future de la personne, puisqu'il est question de forger l'identité de genre.

B . Les implications concrètes de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les états d'intersexuation

408 . L'étude de ces implications nous pousse à nous questionner à propos des conséquences sur le droit à un état de complet bien-être[1971] du mineur (1), mais également au sujet du caractère contreproductif de l'autorité parentale dans son application aux mineurs intersexes et transsexuels (2).

[1968] Loi n° 2000-196, 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, *JORF,* n°56, 7 mars 2000, p. 3536, abrogée par la Loi n° 2011-334, 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

[1969] Loi n° 2011-334, 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, *JORF*, n°0075, 30 mars 2011, p. 5504.

[1970] Ph., REIGNÉ, *JCP G.,* n°50, 10 déc. 2012, 1348.

[1971] Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19 juin -22 juillet 1946; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats.

1 . Intérêt de l'enfant et état de complet de bien-être

409 . D'une part, il est admis que la santé est cet « *état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* » [1972]. Dès lors l'intérêt de l'enfant en matière de santé s'étend à toutes ces considérations, notamment au bien-être social. En effet, c'est cette facette de la définition de la santé qui va poser le plus de difficultés dans le respect de l'intérêt supérieur des enfants intersexes et transsexuels. La principale s'entend de leur « *relative invisibilité sociale* [contre] *une forte survisibilité scolaire* »[1973]. La société ne les reconnaît pas, c'est en ce sens qu'ils sont invisibles, toutefois, les rapports sociaux, notamment scolaires, les poussent à justifier de leur état d'intersexuation et à le rendre visible, laissant le champ libre à toute sorte de discrimination et de stigmatisation, dues à l'exclusivité du modèle binaire.

C'est ainsi que le rapport Luxembourgeois « *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg* » de novembre 2012, est venu mettre en lumière les différentes sources et conséquences d'attitude de rejet social contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant[1974] . Outre les mauvais traitements correctifs validés et pratiqués par la famille et certains spécialistes de psychiatrie juvénile, il a été constaté un nombre élevé de suicides ou tentatives de suicide chez les personnes transsexuelles pendant leur enfance ou leur adolescence[1975]. C'est précisément pendant cette période et sa concomitance avec la fréquentation du milieu scolaire que les mineurs transsexuels et intersexes sont les plus vulnérables, vérifiant ainsi les propos de M. PICHARD : « *le collège c'est l'enfer du genre* »[1976]. Lorsque l'enfant persiste dans la voix scolaire et qu'il ne se voit pas contraint d'y

---

[1972] Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, *Ibid.*

[1973] A., ALESSANDRIN, *Mineurs trans : de l'inconvénient de ne pas être pris en compte par les politiques publiques*, L'Harmattan, coll. « Agora débats/jeunesse », 2016, p. 6 [En ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01326833] ; C., DAYER, A., ALESSANDRIN, « Entre invisibilité et sur-visibilité : les transgressions de genre à l'école », *in* G., FERREOL, E., DUGAS (dir.), *Oser l'autre,* EME, 2014, p. 83-101.

[1974] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national *Ibid.*, p. 14.

[1975] Une enquête menée par le Mouvement d'Affirmation Gay (M.A.G.) en 2011 relève que 69% des transsexuels interrogés ont eu des idées suicidaires à l'adolescence, dans A., ALESSANDRIN, *Mineurs trans : de l'inconvénient de ne pas être pris en compte par les politiques publiques*, L'Harmattan, coll. « Agora débats/jeunesse », 2016, p. 7 [En ligne : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01326833].

[1976] « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

décrocher[1977], l'école peut devenir le lieu privilégié d'un harcèlement en lien direct avec les stéréotypes de genre.

410 . Il serait par ailleurs erroné de penser que le harcèlement n'émane que des camarades de classe des intersexes et transsexuels, même si les mots des pairs sont parfois cruels, l'attitude du personnel enseignant se trouve souvent à la source du mal-être[1978]. Il ne faut cependant pas couvrir de blâmes les enseignants qui ne sont pas formés à l'accueil de ce type de public[1979], mais cette lacune a généralement de graves conséquences sur la réussite scolaire. En effet, en plus des absences dues aux opérations, intersexes et transsexuels peuvent se retrouver dans des situations embarrassantes (vestiaires de sport, sieste, activités aquatiques etc.), voire confrontés au refus des enseignants de les appeler par le prénom choisi et d'utiliser les pronoms y référant. Ces situations seront vectrices de stress et pousseront l'enfant à s'éloigner de ce lieu devenu pathogène. Il n'est évidemment pas dans l'intérêt de l'enfant de quitter le milieu scolaire prématurément.

Il suffirait pourtant de prendre exemple sur les pratiques étrangères[1980], et notamment les lois argentine de 2012[1981] et californienne de 2013[1982]. L'article 12 de la première offre le droit à toute personne, quel que soit son âge, d'utiliser le prénom qui correspond à l'identité de genre même s'il est différent de celui de l'état civil. La loi californienne quant à elle, est exclusivement centrée sur le milieu scolaire et autorise les enfants à participer aux activités scolaires non mixtes conformément à leur identité de genre, même si elle diffère de ce qui est inscrit dans le dossier scolaire. Dans les écoles autrichiennes une brochure comprenant des informations sur l'intersexualité est offerte aux enfants de 6 à 12 ans, en Australie, une directive du ministre de l'éducation et du développement de la petite enfance de l'état de Victoria impose aux personnels enseignants et aux directeurs d'établissements scolaires de tenir compte du genre choisi par l'élève pour les toilettes, douches et vestiaires[1983] .

411 . Les états d'intersexuation semblent être incompatibles avec la recherche de l'état de complet bien–être social qui constitue un pan des différents intérêts supérieurs de l'enfant.

[1977] A., ALESSANDRIN, *Ibid*.

[1978] S., WHITTLE, L., TURNER, M., AL-ALAMI, « Engendered penalties : transgender and transexual people's experiences of inequality and discrimination », *the Equalities review,* 2007, p. 65 ; J., MOTMANS, *Être transgenre en Belgique. Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres,* Bruxelles, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2009, p. 75, 197-168.

[1979] E., SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 40.

[1980] E., SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 25.

[1981] Loi n°26743 du 9 mai 2012, Droit à l'identité de genre.

[1982] Loi Ammiano, n° AB1266, du 12 aout 2013, *Droits de l'élève. Répartition, programme scolaire, activités selon le sexe*.

[1983] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p. 73 et s.

Oscillant entre invisibilité et survisibilité sociale, les mineurs transsexuels et intersexes sont confrontés à des situations stigmatisantes, discriminatoires, attentatoires à leur vie privée, mais aussi au droit à l'éducation[1984] de manière quotidienne, ce qui dénote avec les objectifs de l'éducation nationale inscrits à l'alinéa 2 de l'article L 111-2 du Code de l'éducation : « *la formation scolaire favorise l'épanouissement de l'enfant* ».

2 . Incompatibilité de l'autorité parentale comme garantie du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

412 . Vouloir écarter l'autorité parentale doit conduire à plus d'autonomisation pour le mineur dans la prise de décisions, mais il s'agit également d'admettre que l'autorité parentale n'est plus garante du respect de l'intérêt supérieur des enfants transsexuels et intersexes. L'Allemagne le démontre parfaitement avec le vote de la *Personenstandgesetz*, le 1er novembre 2013, dont l'article §22 al. 3 oblige les parents d'enfants intersexes à n'inscrire aucun sexe à l'état civil. Le *Bundesgerichtshof* a par ailleurs précisé, dans un arrêt du 22 avril 2016 que la mention du sexe devait impérativement rester vide, et que même les mentions « *inter* » ou « *divers* » étaient proscrites.

413 . L'éviction de l'autorité parentale dans la détermination du sexe de l'enfant au profit d'une autonomisation du mineur, ne consiste pas nécessairement à demander à ce dernier de prendre une décision immédiate, mais de savoir patienter jusqu'à ce que l'enfant se trouve dans les dispositions optimales pour prendre la décision qui correspond le mieux à son intérêt.

[1984] Art. 26 de la D.U.D.H., arts. 2, 13 et 14 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; arts. 1, 2 et 5 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination sociale ; arts. 1 et 10 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes ; arts. 2, 9, 28 et 29 de la C.I.D.E. ; art. 2 du premier protocole additionnel de la C.E.D.H. ; art. 24 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Arts. L 111-1 et 2 du Code de l'éducation.

À ce titre, il a été un moment question de créer un droit spécifique à l'intégrité du corps du mineur[1985], comme semble l'avoir admis la Cour constitutionnelle de Colombie en 1997[1986]. En l'espèce, une fillette de 8 ans était porteuse d'une paire de chromosomes XY ainsi que d'une insensibilité aux androgènes. Sa mère souhaite l'opérer, mais les médecins s'y opposent, elle saisit alors la justice qui donne raison au médecin. En effet, selon le juge constitutionnel colombien, la mère ne peut se substituer à l'enfant pour une question aussi grave que la détermination du sexe et de l'identité de genre. S'il doit y avoir une intervention chirurgicale, elle doit émaner de la volonté de la fillette, les juges recherchent alors la réalité du consentement en plus de statuer sur l'intérêt supérieur de l'enfant[1987].

414 . Néanmoins, la mise en place d'un tel droit nécessite malgré tout quelques limitations, puisque toutes les interventions médicales ne sauraient être consenties pleinement par le mineur. D'une part, il conviendrait de limiter ces interventions à celles qui sont strictement nécessaires à la sauvegarde de la santé de l'enfant. La santé ne comprenant pas uniquement l'aspect purement physique du bien-être, mais englobe également l'épanouissement au sein de la société, la détermination d'un sexe à la naissance et donc d'une identité de genre forcée, ne rentreraient pas dans ce critère de nécessité absolue de l'intervention. De plus, même si l'action chirurgicale sur le jeune intersexe aura le mérite de le faire rentrer dans les cases binaires sociales admises, il n'en demeure pas moins que les interventions pratiquées sont loin d'être satisfaisantes et devront être réitérées à plusieurs reprises, sans parler de la prise d'hormones à vie de ces enfants. Concernant les jeunes transsexuels, l'objet de leur demande se situe également au niveau de l'épanouissement personnel par la réalisation concrète de leur identité de genre.

Dans les deux cas, l'action médicale intervient sur la souffrance. D'une part, chez les jeunes intersexes, l'assignation à la naissance aura potentiellement comme conséquence de faire naître une souffrance future liée à un mal-être sur l'identité de genre. D'autre part, c'est le raisonnement inverse qu'il convient d'adopter pour les jeunes transsexuels, car c'est bien l'action de la médecine par l'utilisation de bloqueurs hormonaux, puis d'hormones, qui va contribuer à apaiser la souffrance de la vie dans le mauvais genre.

[1985] L., BRUNET, « Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personnes intersexes », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 64, 2016, p. 262 ; J. E., MENDEZ, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,* Assemblée générale de l'ONU, Conseil des Droits de l'Homme, 22ème session A/HRC/22/53, 2013 ; Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe, résolution de 1952 (2013) sur *le droit des enfants à l'intégrité physique*, 1er octobre 2013.

[1986] Sentencia SU 337/99, 12 mai 1997.

[1987] Cour constitutionnelle de Colombie, 12 mai 1999 : Le consentement des parents d'un intersexe de moins de 5 ans est valide s'il est guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant et que le consentement de l'enfant ait été vérifié, notamment par le médecin.

415 . Ensuite, il convient de mettre en avant le modèle d'autonomisation à mettre en place pour y parvenir, et deux options sont possibles. La première consiste à ériger une présomption de discernement dès qu'il s'agit de statuer sur un état d'intersexuation physique. Cette option est soutenue par le Défenseur des droits[1988], mais également par le groupe de travail dirigé par Mesdames les sénatrices BLONDIN et BOUCHOUX dans leur rapport n°441[1989], sans toutefois qu'elle soit expressément précisée. La prise de position n° 20/2012 de novembre 2012 par la Commission Nationale d'éthique suisse pour la médecine humaine[1990], semble avoir été le texte instigateur de cette option. Ainsi, il prévoit une simple association de l'enfant jusqu'à l'âge du discernement, au-delà duquel aucun acte ne pourra être fait sans son consentement[1991]. Quoi qu'il en soit, aucune intervention ne pourra être faite avant que l'enfant ne puisse se décider lui-même[1992]. En France, certaines équipes pluridisciplinaires prenant en charge les très jeunes intersexes ont opté pour ce type d'approche, bien que l'ayant modulée. Par exemple, au C.H.R.U. de Montpellier, le Pr. KALFA n'ausculte le mineur que s'il l'a décidé[1993].

416 . La seconde option tient dans la mise en place d'une objectivisation de l'autonomisation en arrêtant un âge fixe pour consentir. S'il est admis scientifiquement que le genre apparaît vers l'âge de 6 ans[1994], l'âge de raison intervient une année plus tard. La France n'a pas opté pour ce système objectif d'autonomisation du mineur, sans compter la majorité légale, contrairement à la province de Québec (CA) où le recours au juge est systématique dès qu'il est question de prendre une décision grave sur la santé de l'enfant de plus de 14 ans[1995]. Cette option n'est pas souhaitable tant le critère de l'âge fixe est aléatoire et dépend de la personnalité de chacun[1996]. L'exemple à prendre nous semble être celui de l'équipe pluridisciplinaire du C.H.R.U. de Lille du Dr. MEDJKANE, pour le prise en charge des jeunes intersexes. En effet, peu importe l'âge, qu'il se compte en mois ou en année, l'équipe

---

[1988] Rapport du Défenseur des droits au comité des droits de l'enfant des Nations Unies, 27 février 2015. Au sujet des procédures juridictionnelles. Cette position a été réitérée et adaptée au cas des mineurs intersexes lors des discussions au sujet du rapport n°441 du Sénat, mentionné ci-après.

[1989] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p.88.

[1990] Ph., REIGNÉ, *Ibid*.

[1991] Prise de position n° 20/2012 de novembre 2012 par la Commission Nationale d'éthique pour la médecine humaine, p. 13-21.

[1992] *Ibid.*

[1993] Entretien avec le Pr. N., KALFA, Mardi 31 janvier 2017, C.H.R.U. de Montpellier.

[1994] L., KOHLBERG, « A cognitive developmental analysis of children's sex role concepts and attitude », *in The development of sex differences,* Stanford University Press, 1966, p. 82-172.

[1995] Art. 18 du Code civil du Québec.

[1996] Le Dr. CHAMBRY affirme que les jeunes transsexuels sont en moyenne matures plus jeunes que les enfants cisgenres. V. J., CHAMBRY, « Du transsexualisme à la dysphorie de genre », *in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.

médicale s'attarde sur toutes les manifestations, sur toutes les expressions de l'enfant. Ainsi, s'il ne peut encore parler mais que son comportement semble rejeter l'hospitalisation, cette dernière sera stoppée, sauf si un impératif thérapeutique justifie son maintien. Dès que la parole arrive, elle est systématiquement prise en compte dans les options de prise en charge mentionnées aux parents. Parfois, l'équipe sent que l'enfant ne souhaite pas se faire opérer, dans ce cas, elle émet un avis défavorable à l'intervention et propose aux parents d'attendre pour réitérer ultérieurement la demande. Certains parents décident de consulter une autre équipe plus conciliante et par définition mutilante[1997].

417 . Le droit spécial à l'autonomie corporelle des mineurs pourrait constituer la garantie du respect de l'intégrité du corps de l'enfant en écartant le jeu de l'autorité parentale[1998]. En effet, les enfants, adultes en devenir, ne devraient pas suivre un traitement lorsqu'ils sont trop jeunes pour être informés et donner leur consentement[1999], et ainsi manifester leur compréhension des tenants et aboutissants de la décision. Dans ce cadre, les interventions pratiquées sur les nouveau-nés intersexes entrent dans les pratiques traditionnelles préjudiciables visées par l'article 24 §3 de la C.I.D.E.[2000]. Il est alors question de « *mutilations génitales occidentales* »[2001], car leur caractère est plus culturel que thérapeutique. Cette dynamique d'éviction de l'autorité parentale des décisions concernant l'assignation sexuée de l'enfant doit pour être efficace, être soumise à des mesures coercitives sous forme de réparation. Cependant, il semble compromis de trouver un quelconque responsable à même de réparer les dommages causés, c'est pour cela qu'il est plutôt envisagé de se positionner du côté de l'indemnisation.

[1997] Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.

[1998] A. B., BARATZ, « Intersex/Differences of Sex Development : Clinicians and Community Collaborating for Change », *Dialogues in Pediatric Urology,* déc. 2016, p.6.

[1999] T., HAMMARBERG, *Rapport d'activités 2011*, Strasbourg, 17 janvier 2012.

[2000] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *op. cit.*, p.65 ; H-J., VOSS, *Intersexualität-Intersex. Eine intervention,* unrast transparent, 2012, p. 31-36 ; U., KLÖPPEL, *XXOXY ungelöst. Hermaphroditismus, Sex und Gender in der deutchen Madizin. Eine historische Studie zur Intersxualität,* transcript, Bielfeld, 2010, p. 215-216.

[2001] 14th Universal Periodic Review 2012, *Swiss Ngo's Submission,* [En ligne : http://intersex.shadowreport.org] ; Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *op. cit.*, p.68.

II . L'absence de *modus restituti* pour les atteintes à l'intégrité du corps du mineur

418 . Les propos qui vont suivre ne concerneront que les personnes intersexes, car il sera question de trouver le moyen de réparer les préjudices causés par l'assignation dans un sexe à la naissance ou durant l'enfance, en somme, les préjudices liés à une atteinte à l'intégrité du corps. Les mineurs transsexuels consentent volontiers aux traitements prescrits par l'équipe médical, les interventions de réassignation chirurgicales ne leur étant pas ouvertes avant 18 ans, ils ne sont, par conséquent, pas concernés par les atteintes dont il sera question.

419 . La question des atteintes portées aux corps des très jeunes enfants porteurs de V.D.G. a suscité bon nombre de réflexions internationales[2002], mais également en droit interne lorsque des personnes intersexes assignés à la naissance et certains juristes[2003] ont ressenti le besoin de faire jouer le droit de la responsabilité pour au moins tenter de trouver un « *bénéfice* » aux contraintes subies pendant l'enfance et qui ont des répercussions indéniables sur la vie d'adulte. Cependant, le modèle réparatoire n'est pas celui qui convient le mieux, en effet, la recherche d'une faute et de responsables n'est pas aisée (A). En revanche, la nécessité pressante d'assigner émanant en grande partie de la contrainte sociale, la possibilité d'une indemnisation basée sur la Solidarité nationale n'est pas à exclure (B).

[2002] *Éléments de droit comparé sur l'intersexuatlité,* Bureau de droit comparé, Services de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, 25 janvier 2017, p. 4 ; Rapport n°-22/53, 1er février 2013, Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, Conseil des droits de l'Homme, ONU ; Résolution 1953(2013), Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe.

[2003] Pour les personnes intersexes, cette idée est menée par Vincent GUILLOT, membre fondateur de l'Organisation internationale intersexe, du côté des juristes par Benjamin MORON-PUECH dans une certaine mesure.

A . L'instabilité du modèle réparatoire

420 . Il s'agit ici de désigner un responsable aux dommages causés à la personne intersexe du fait des interventions chirurgicales diligentées à son égard pendant son enfance. À ce titre deux responsables putatifs peuvent être identifiés : le médecin comme auteur principal du dommage, et les parents qui en sont les décisionnaires[2004].

Mais quelle responsabilité faire peser sur eux[2005]? Si la responsabilité médicale est une responsabilité pour faute prouvée[2006], les parents peuvent aussi voir leur responsabilité délictuelle engagée en cas de non-respect des obligations découlant de l'autorité parentale[2007], notamment s'ils n'ont pas su protéger l'enfant dans sa santé ou sa sécurité[2008]. Mais elles ne sont pas les seules responsabilités à pouvoir s'appliquer (2) et la responsabilité pénale pourrait trouver sa place dans le processus de réparation (1).

1 . La difficile mise en œuvre de la responsabilité pénale

421 . D'abord, une atteinte à l'intégrité physique a été portée sur une personne dont l'état de vulnérabilité est constaté, ce qui suffit à justifier l'étude de la responsabilité pénale.

Traditionnellement, la mise en place de la responsabilité pénale nécessite la réunion de trois éléments : légal, intentionnel et matériel.

L'élément légal, qui constitue le fondement textuel de l'infraction, ne pose pas de difficulté particulière, il peut s'analyser, pour le sujet qui nous intéresse, par des manquements à une

[2004] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 41.
[2005] D. et M., DUVAL-ARNOULD, *Droit et santé de l'enfant,* Masson, coll. « Droit médical pratique », 2002, p. 70 et s.
[2006] Art. L1142-1, I du Code de la santé publique.
[2007] Art. 1240 du Code civil.
[2008] Art. 371-1 al. 2 du Code civil.

obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement[2009]. Ainsi, les médecins sont tenus par l'article 32 du Code de déontologie de s'engager à « *assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science* », et les parents à assurer la protection de leur enfant dans divers aspects de leur vie, notamment la santé[2010]. Il est également possible de placer les mutilations génitales sous l'appellation des atteintes volontaires à l'intégrité ou à la vie[2011], dans la mesure où ces actes ne sont justifiés ni par une finalité médicale ni par un texte spécifique et surtout en l'absence du consentement de la personne. Un certain nombre de dispositions pénales trouveraient alors à s'appliquer, notamment celles concernant les violences[2012], les tortures et actes de barbarie[2013], voire les infractions aux règles de la chirurgie esthétique selon un auteur[2014], même si les infractions possibles dans cette hypothèse sont principalement d'ordre administrative[2015].

422 . Ce même auteur, en même temps qu'il en fait l'apologie, vient démontrer l'inapplicabilité des infractions volontaires puisque selon lui, les médecins interrogés ne sauraient pas que leur geste est contraire au Droit[2016]. Cette affirmation utopique risque cependant de tomber lorsque l'on s'interroge sur le fait de savoir si priver un enfant ou un nouveau-né, qui n'a aucune connaissance en matière sexuelle, de toutes les chances de pouvoir pratiquer « *normalement* » l'acte de chair et de pouvoir procréer « *normalement* », mais aussi lorsqu'il s'agit de faire d'un individu sain une personne dépendante à vie aux hormones, n'est pas contraire au Droit… De plus, pratiquer des actes graves comme ceux dont il est question nécessite qu'ils soient justifiés au moins par une nécessité médicale ou une urgence du même type, ce qui n'est pas le cas. Nous doutons donc légitimement de l'argument de l'ignorance du Droit et rappelons que nul n'est censé l'ignorer. Dès lors, l'élément intentionnel semble être présent. Ce dernier suppose la connaissance des faits et une double volonté, celle du comportement et celle du dommage[2017]. Le dommage ne pose pas de problème puisqu'il y a clairement une atteinte à l'intégrité physique qui s'analyse en une mutilation génitale. En revanche, la question du comportement peut être débattue, si l'on se place du point de vue de la contrainte morale de l'article 122-2 du Code pénal. Ainsi, « *n'est*

[2009] Art. 121-3 al.3 du Code pénal.
[2010] Art. 371-1 du Code civil.
[2011] Arts. 222-1 à 222-18-1 du Code pénal.
[2012] Art. 222-7 à 222-16-2 du Code pénal.
[2013] Art. 222-1 à 222-6-2 du Code pénal.
[2014] B., MORON-PUECH, *Ibid.*, p. 44.
[2015] V. art. L 6324-2 du Code de la santé publique.
[2016] B., MORON-PUECH, *op. cit*, p. 42.
[2017] Y., MAYAUD, *Droit pénal général,* 2ème éd., PUF, coll. « Droit fondamental », 2007, n°235 et s.

pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ». Le médecin qui pratique la chirurgie génitale peut-il opposer la contrainte morale des parents comme cause de non imputabilité ? La contrainte morale équivaut la force majeure du droit civil amputée du critère d'imprévisibilité[2018], mais les conditions d'extériorité et d'irrésistibilité demeurent. Cette dernière implique que le médecin n'avait pas le choix d'agir comme il l'a fait[2019]. Or admettre l'irrésistibilité dans ces cas, revient à nier l'indépendance de l'exercice de la profession de médecin[2020], d'autant plus qu'ils ont la possibilité de se dégager de leur mission envers un patient en faisant jouer leur clause de conscience[2021]. Objectivement, l'élément intentionnel est caractérisé. Il apparaît donc fortement compromis de se fonder sur les atteintes involontaires à l'intégrité physique[2022], notamment celle de l'article 222-10 du Code pénal.

Enfin, l'élément matériel devrait être caractérisé également, à la condition qu'aucun secret n'ait été gardé sur l'histoire médicale de la personne, et principalement à condition que son dossier médical ne soit ni incomplet, ni perdu[2023].

423 . Mais le médecin n'est pas nécessairement le seul à voir sa responsabilité engagée. En effet, l'article 121-7 du Code pénal dispose qu' « *est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment,* […] *aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ». Cette personne « *sera puni*[e] *comme auteur* […] *de l'infraction* »[2024]. Dans ces circonstances, les parents pourraient être sanctionnés en tant que complices de l'atteinte volontaire au corps de leur enfant en tant que donneurs d'ordre. Cette analyse se trouve cependant limitée par l'article 122-4 du Code pénal qui rend irresponsables les personnes ayant accompli un acte autorisé par la loi ou le règlement. Or, les parents sont détenteurs de l'autorité parentale par les dispositions de la loi civile, ils sont donc autorisés à agir pour la protection de la santé, de la moralité et de la sécurité de leur enfant[2025]. À ce titre, l'établissement de santé pourrait également se voir inquiéter pour fourniture de moyens. Cependant, nous doutons que les actes d'assignation sexuée remplissent les missions de

[2018] Crim. 29 janvier 1921, *S.,* 1922, 1, 1985, note ROUX.
[2019] Crim. 11 juin 1926, *DH,* 1926, 378.
[2020] Art. 5 du Code de déontologie médicale.
[2021] Art. 47 du Code de déontologie médicale.
[2022] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 42 et s. Les justifications de l'auteur nous laissent perplexe car il exclut les atteintes involontaires tout en justifiant la non application de l'article 222-20 du Code Pénal par l'absence d'atteinte délibérée.
[2023] Sur ces pratiques v. Le rapport du Sénat du 23 février 2017 préconise par ailleurs un total libre accès aux données de santé pour enfin respecter les dispositions impératives de l'article L 1111-7 du C.S.P. V. M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *Ibid.*, p. 44 et s.
[2024] Art. 121-6 du Code pénal.
[2025] Art. 371-1 du Code civil.

protection que doit assurer l'autorité parentale dès lors qu'ils ne sont pas justifiés par une nécessité médicale.

424 . Enfin, le principe de la responsabilité pénale paraît convenir, néanmoins, il ne pourrait peser indéfiniment sur les épaules d'un auteur le risque de se voir inquiété, c'est pour cela que le Droit a mis en place les prescriptions. En matière pénale, la prescription diffère selon le type d'infraction, ainsi le crime se prescrit désormais par 20 ans, le délit par 6 ans et la contravention par un an à compter de l'apparition du dommage[2026] et à partir de 18 ans si la personne était mineure au moment des faits. La plupart des pratiques actuelles nous montre que la prise en charge de l'intersexuation à la naissance peut se fonder sur une approche autre que chirurgicale, mais les personnes qui demandent aujourd'hui un droit à réparation pourrait se voir refuser leur droit en se voyant opposer soit le délai de prescription, soit l'absence d'élément matériel, faisant de la réparation pénale un mode aléatoire de responsabilité.

2 . L'inutile secours des responsabilités civile et disciplinaire

425 . La responsabilité médicale est une responsabilité pour faute que le patient doit prouver, en plus de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité entre le la faute et le dommage. Parmi les fautes qui peuvent être reprochées au médecin dans le cadre de la prise en charge des enfants intersexes, le manquement aux devoirs généraux ou la faute technique dans l'exécution de l'acte médical[2027] occupent une place de choix. Cela implique qu'il n'a pas suivi les règles de son art en la matière, et que sa pratique est contraire aux données acquises et actuelles de la science.

La faute dont il peut être question peut également s'analyser en une faute simple, comme indiqué à l'article L 1142-1-I du Code de la santé publique, et constituer une violation de l'article 16-3 du Code civil qui précise qu' « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt*

[2026] Respectivement arts. 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale, Crim., 4 nov. 1999, *Bull.* n°248, p. 775.
[2027] D. et M., DUVAL-ARNOULD, *Ibid.*, p.71.

thérapeutique d'autrui ». Or, nous savons que l'assignation des jeunes porteurs de variation du développement génital ne remplit pas, dans un grand nombre de cas, un but médical. De plus quand bien même l'assignation aurait un intérêt pour un tiers – les parents ou la société – l'intérêt en question ne saurait être thérapeutique, la faute est donc caractérisée.

Le préjudice peut se situer à plusieurs postes, notamment moral et physique et sera évalué selon l'état actuel de la personne. Par exemple, il peut être moral lorsque la personne découvre subitement son intersexuation à l'issue d'échecs de procréation médicalement assistée consécutifs[2028], et il peut être physique lorsque les chirurgies ont endommagé les voies urinaires créant ainsi des douleurs à chaque mixtion.

Le lien de causalité quant à lui pourrait être difficile à prouver surtout s'il n'existe aucune trace de l'assignation dans l'histoire médicale du patient, cependant, il pourra toujours se prévaloir de la perte de chance. En effet, s'il est admis que le lien de causalité doit être direct et certain, la jurisprudence a affirmé que « *la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable* »[2029]. Les pertes de chance qui auraient pu être utilisées concernent celles d'avoir pu choisir son identité de genre ou encore d'avoir pu éviter d'être hormono-dépendant à vie. Il n'existe aucun doute quant au succès de cette dernière, contrairement à la première. En effet, même si grâce aux émanations du droit au respect de la vie privée, nous savons qu'il existe des droits attachés au respect de l'identité de genre, notamment à sa construction[2030] mais surtout à sa reconnaissance[2031]. Mais tant que la reconnaissance de l'identité de genre est limitée par une approche binaire, le droit qui y est attaché ne saurait s'appliquer de manière satisfaisante. Effectivement, comment justifier l'invocation de la perte de chance de choisir son identité de genre, si l'identité choisie n'est ni féminine, ni masculine, qui sont les seules reconnues ?

426 . Enfin, la prescription extinctive en matière civile est moindre que celle prévue par le Code pénal. Les dommages causés par l'action médicale au civil se prescrivent donc par 10 ans à compter de la date de consolidation du dommage[2032], c'est-à-dire, la date à laquelle il n'a plus évolué[2033], et à partir des 18 ans de la victime[2034]. Pour autant, l'article

---

[2028] Cas relaté par le Dr. MEDJKANE, Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.

[2029] Civ. 1ère, 14 octobre 2010 n° 09-69195, *Bull. civ.* 2010.

[2030] CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni,* série A, n°160, p.16, §39 ; CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse,* A. 280-B, §24, *RTDH*, 1995, p.53, note P., GEORGIN ; 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie,* n°53176/99 ; CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne,* n°35968/97 ; 25 septembre 2012, *Godelli c/ Italie,* n°33783/09 ; *Y. Y, / Turquie*, 10 mars 2015, n°14793/08.

[2031] CEDH, grde. ch., 16 juillet 2014, n°37359/09, *Hämäläinen* c/ *Finlande,* V. H., APCHAIN, "Transsexualisme, reconnaissance du genre et respect de la vie privée", *JDI,* n°4/2015, p. 1260-1264.

[2032] Art. L 1142-28 du Code de la santé publique.

[2033] Sur la notion de consolidation v. notamment M., BACACHE, A., GUÉGAN-LÉCUYER, S., PORCHY-SIMON, *D.,* 2014, 2362 ; *D.,* 2001, 3253, note sous CE Rouen, 10 oct. 2001 ; J., JOURDAIN, *RTD Civ.,* 2000, 851.

2226 al. 2 du Code civil prévoit le même délai de prescription qu'au pénal dès lors que les atteintes portées au corps d'un mineurs se définissent comme étant des actes de tortures ou des actes de barbarie, ce qui semble être le cas des mutilations génitales occidentales[2035].
Enfin, la responsabilité disciplinaire du médecin peut être engagée[2036] en cas de violation d'une obligation déontologique, mais n'aboutira pas à une réparation, seulement à une sanction professionnelle, allant de l'avertissement à la radiation, en passant par le blâme et l'interdiction temporaire d'exercer. Notamment, le médecin pourra se voir reprocher par ses pairs de ne pas avoir respecter les dispositions de l'article 43 du Code de déontologie médicale qui érige le médecin en « *défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage* ».

427 . En définitive, le système réparatoire n'est pas satisfaisant car il comporte trop d'aléas, en dehors du principal : la conviction des juges. Même si objectivement les médecins peuvent être reconnus responsables et/ou coupables d'atteintes volontaires au corps des jeunes intersexes, il n'en demeure pas moins que, pour la plupart, ils ont agi dans le flou total, en l'absence d'études, d'enseignements et d'édiction de bonnes pratiques à ce sujet. Aujourd'hui, même si les pratiques ont changé, comme le démontrent celles qui ont cours aux C.H.R.U. de Lille et de Montpellier, il n'en demeure pas moins que les enfants victimes de mutilations génitales devenus adultes veulent être reconnus victimes de la société et en retirer un « *profit* » en guise de lot de consolation pour les années de souffrances vécues.
Ainsi, la responsabilité n'est pas humainement envisageable[2037], en effet, « *la réparation proposée peut aussi être entendue comme une porte qui se ferme pour l'enfant vis-à-vis de sa propre histoire* »[2038]. Il reste néanmoins deux possibilités pour assurer cette reconnaissance. La première consiste à mener une politique de durcissement par la contrainte juridique sur les médecins comme à Malte avec le *Gender identity, Gender expression and Sex characteristics Act* de 2015, dont l'article 14 dispose que le mineur apte consent avec ses parents. S'il est inapte, alors le traitement peut quand même avoir lieu avec l'autorisation des parents et celle d'une équipe pluridisciplinaire nommée par le Ministre de l'égalité. Ou à l'instar de la loi

---

[2034] Art. 2252 du Code civil.
[2035] 14th Universal Periodic Review 2012, *Swiss Ngo's Submission,* [En ligne : http://intersex.shadowreport.org] ; Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *op. cit.*, p.68.
[2036] Sur les fondements des articles L 4125-1 à L4125 -8 du Code de la santé publique.
[2037] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 40.
[2038] F., MEDJKANE, G., KECHID, N., CARÉ, C., FROCHISSE, « Accompagnement des enfants porteurs de désordre du développement sexuel et de leurs familles, un exercice multidisciplinaire », Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence, 2016, 64, 519

allemande qui interdit aux parents d'assigner leur enfant s'il est déclaré intersexe par le médecin[2039]. La seconde possibilité qui obtient les faveurs des instances françaises, consiste à assurer la reconnaissance des mutilations *via* la Solidarité nationale.

B . La prévalence du modèle indemnitaire

428 . La préférence pour le modèle indemnitaire a vite réussi à se trouver une majorité de partisans, et cela après l'impulsion donnée par l'Allemagne qui a créé un fonds d'indemnisation spécifique pour les personnes intersexes mutilées à la naissance ou pendant leur enfance, après un avis dans ce sens du Conseil d'éthique allemand[2040].
Le rapport du Sénat sur l'étude des variations du développement sexuel, va également dans ce sens dans sa recommandation n°4 qui propose la mise à l'étude d'un système indemnitaire[2041], et suit par ailleurs, les préconisations du Défenseur des Droits[2042]. Cependant, il a fallu s'interroger sur la manière de mettre effectivement en place un tel fonds, et deux visions se sont vite opposées entre ceux qui se contenteraient d'une extension des compétences de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux[2043] (l'O.N.I.A.M.), et ceux qui envisagent la construction d'un fonds *ad hoc*[2044] spécifiquement dédié à une faible proportion d'une portion encore plus faible de l'Humanité[2045].

429 . Ce fond d'indemnisation *ad hoc* prendrait la forme d'un fonds d'indemnisation rétrospectif[2046] qui s'analyse comme la « *réponse du pouvoir public* […] *à des catastrophes collectives qui ont atteint un nombre important de personnes et révélé des dysfonctionnements*

[2039] Art. §22 al. 3, *Personenstandgesetz*, 1er novembre 2013.
[2040] Deutscher Ethikrat, *Intersexualität. Stellungnahame,* 2012, p. 181.
[2041] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p.89. La recommandation émise a été modifié à l'occasion des débats préparatifs de ce rapport. En effet, il était question exclusivement de créer de toute pièce ce fonds d'indemnisation.
[2042] Avis n°17-04 du Défenseur des droits, 20 fév. 2017, p. 5.
[2043] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*; Avis n°17-04 du Défenseur des droits, 20 fév. 2017, p. 5.
[2044] B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p.28.
[2045] Le nombre de personnes souffrant de V.D.S. s'élèverait à 2% de la population mondiale.
[2046] B., MORON-PUECH, *Ibid.*

de l'administration publique »[2047]. L'auteur propose que ce fonds soit financé par les principaux responsables de ces catastrophes, sans qu'aucun obstacle ne soit fait à une éventuelle procédure en responsabilité individuelle.

Plusieurs écueils viennent néanmoins noircir cet utopique tableau. D'une part, faire l'analogie entre les V.D.G. et une catastrophe collective relève de l'hyperbole, puisque l'intersexuation physique ne toucherait qu'une infime partie de la population mondiale s'élevant entre 1,2% et 2%, il est donc exagéré de parler de collectivité dans ces circonstances. Ensuite, rapprocher l'état d'intersexuation physique d'une catastrophe semble être contradictoire avec les propos tenus par l'auteur, qui prônent l'ouverture et l'acceptation de la société sur la différence, en arguant que la binarité sexuelle n'est pas une fin, sous couvert de droit à l'autodétermination. Or, le LITTRÉ nous informe que la catastrophe est une *« renversement,* [un] *grand malheur*, [une] *fin déplorable* »[2048]. Soit autant de mots appartenant au champ lexical de la pitié et non de l'acceptation sociale. De plus, la création d'un fonds distinct renforcerait l'isolement et la stigmatisation des personnes intersexes.

D'autre part, le fait de faire financer ce fonds par les responsables desdites catastrophes pose problème à deux égards. D'abord, la catastrophe est par nature chargée d'aléa, dont la caractéristique première est de ne pas avoir de responsables ! Quand bien même nous resterions sur l'idée d'un financement par les responsables, les développements qui précèdent ont montré que ces derniers peuvent être divers : le médecin ou les parents par complicité dans l'hypothèse d'une responsabilité pénale. Dès lors, comment procéder ? Les médecins devront-ils voir leurs cotisations d'assurance augmenter, pour que ce surplus entre directement dans les caisses du fonds *ad hoc* ? Les parents pourraient-ils se voir supprimer les aides étatiques ? Ou pis encore, être condamnés à verser une rente à leurs enfants ? Notons que ces interrogations ne concernent que la mise en cause de la responsabilité pénale, en effet, parents et médecins sont couverts dans le cadre de leur assurance en responsabilité civile.

430 . Enfin, la question de la mise en place de ce fonds ne doit pas être éludée, quand bien même ses chances de succès semblent considérablement compromises. L'auteur s'interroge sur le fondement juridique qui pourrait convenir. Il est d'abord question de contrainte par le Cour européenne des Droits de l'Homme, puis d'obligation constitutionnelle. En effet, la Cour E.D.H. serait à même de pouvoir contraindre l'État français de mettre en

[2047] J., KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation,* Thèse, université Panthéon Assas et Université de Cologne, 2011, n°144.

[2048] *Catastrophe, Dictionnaire de la langue française,* [En ligne : https://www.littre.org/definition/catastrophe].

place un tel fonds[2049], nous pensons cette perspective peu probable d'aboutir puisque l'économie public reste un domaine où la souveraineté des États s'exerce encore librement.

La seconde tentative d'assise textuel concerne la Constitution[2050]. Dans le même registre que celui de la catastrophe collective, l'auteur propose de se fonder sur l'alinéa 12 du Préambule de 1946 qui dispose que « *la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ». Propos contradictoires avec l'idée d'un financement du fonds par les responsables ! Cependant, cet alinéa n'est pas directement invocable par le justiciable du moins devant les juridictions de l'ordre administratif[2051]. Une autre tentative de justification peut ressortir de l'alinéa 11 du même Préambule de 1946 relatif à l'aide collective en raison de circonstances internes à l'individu[2052] telles que l'état de grossesse ou encore la vieillesse. Mais l'auteur va plus loin et propose de cumuler ces deux dispositions, ou du moins de les rendre analogues. C'est douter de la capacité du pouvoir constituant à éditer des règles efficaces qui est remise en cause. D'autant plus qu'il est effectivement possible de faire référence aux catastrophes sanitaires de masse, comme celle du Médiator® pour invoquer l'alinéa 12, mais il sera fort probable de se voir opposer les données acquises de la science qui ont changées depuis.

431 . Conscient de l'infaisabilité de sa proposition emplie de contradictions, l'auteur a dû se résigner à abandonner la création d'un fonds spécifique, pour opter pour l'idée majoritaire d'un rattachement à l'O.N.I.A.M. [2053].

Initialement, l'O.N.I.A.M. est compétent pour l'indemnisation des accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales dont l'origine est un aléa thérapeutique, pour lequel aucune responsabilité ne peut être engagée[2054]. La Solidarité nationale va alors prendre le relais dans cette indemnisation[2055], et cela de manière tout à fait logique si l'on considère que l'enfant intersexe a été mutilé suite aux pressions sociales subies par ses parents. En plus de faire peser la charge de la faute sur les épaules de la société toute entière, la compétence de l'O.N.I.A.M. va également faciliter et simplifier le processus d'indemnisation, notamment en termes de charge de la preuve et de délais[2056], mais aussi éviter l'engorgement des

[2049] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p.29.
[2050] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p.30 et s.
[2051] CE, 10 déc. 1962, Société indochinoise de constructions électriques mécaniques, Rec. Lebon, p. 677 ; CE, 29 nov. 1968, Tallagrand, n°68938.
[2052] Cons. Const., 14 aout 2013, n°2003-483, D.C., cons. n°7.
[2053] B., MORON-PUECH, op. cit., p.32.
[2054] Art. L1142-1-1 et L1142-23 du Code de la santé publique.
[2055] Sur le financement de l'O.N.I.A.M., v. art. L1142-23 du Code de la santé publique.
[2056] Voir la procédure au niveau de la Commission de conciliation et d'indemnisation (la C.C.I.), art. L1142-5 du Code de la santé publique.

tribunaux[2057]. Sur ce dernier point, notre position est plus mitigée puisque le droit français n'a connu aucune instance concernant une action en réparation d'un préjudice causé les mutilations génitales opérées sur des enfants intersexes.

Enfin, il existe néanmoins un inconvénient de taille, puisque seuls les dommages causés après le 4 septembre 2001 pourront être indemnisés[2058]. Or, la plupart des interventions qui sont remises en cause aujourd'hui ne datent pas du XXIème siècle. Pour tous les dommages causés avant cette date, c'est la responsabilité pour faute qui reste de mise. Ce qui ne pose de problème particulier puisque nous avons démontré que cette responsabilité n'a de limites que par rapport aux délais de prescription et aux données acquises de la science.

Notons, à titre indicatif, que l'action de groupe[2059] n'est pas envisageable, car même si originellement elle n'était admise que pour la réparation des dommages matériels[2060], la loi du 26 janvier 2016 l'a étendu aux dommages corporels mais uniquement lorsqu'ils ont été subis à la suite d'un manquement d'un fournisseur ou producteur de produits de santé[2061], ce qui ne correspond pas à l'origine des dommages subis par les personnes intersexes.

432 . Le droit des mineurs en état d'intersexuation est marqué par les atteintes au corps et à la vie privée dont ils sont spécifiquement victimes. Ces atteintes sont principalement dues à la négation de leur existence par le Droit et la société[2062] et la volonté de normalisation qui l'entoure.

433 . Les problématiques qui touchent les jeunes transsexuels et intersexes ne sont bien évidemment pas les mêmes. D'un côté, c'est bien l'absence de prise au sérieux et l'inertie de la médecine qui sont dangereuses, bien plus que l'action qui est limitée à la prescription de bloqueurs de puberté et d'hormones. De l'autre, c'est l'action prématurée de la médecine qui est dénoncée et qui est source de mal-être. La prise en charge actuelle des jeunes en état d'intersexuation porte atteinte à une quantité non négligeable de droits fondamentaux[2063] : intérêt supérieur de l'enfant[2064], droit de ce dernier à être entendu et de

[2057] J., KNETSCH, *Ibid.*, n°161-165.
[2058] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p.104.
[2059] M., RANOUIL, « Actien de groupe, assurance et fonds d'indemnisation », *JCP G,* 2017, 1274, 747.
[2060] Loi n°2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation, *JORF,* 18 mars 2014, p. 5400.
[2061] Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF, n°0022, 27 janvier 2016, intégrant l'article L 1143-2 dans le Code de la santé publique.
[2062] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit*, p. 66.
[2063] E., SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 38.
[2064] Art. 3 de la C.I.D.E.

participer aux décisions qui le concernent[2065], droit à la protection contre les atteintes à l'intégrité physique et les pratiques traditionnelles préjudiciables[2066].

Ces diverses atteintes ne trouvent cependant pas d'écho dans le droit de la responsabilité qui se trouve limité[2067]. En effet, s'il existe des droits spéciaux attachés aux enfants, la protection qu'ils émettent est insuffisante pour rendre le droit de la responsabilité effectif. Au contraire le droit civil français incite à pratiquer les mutilations des intersexes[2068]. Aucun médecin français n'a été condamné pour des mutilations sur des jeunes intersexes, contrairement à l'Allemagne qui, en 2008 condamnait pour la première fois un chirurgien pour ce genre de faits[2069].

S'ajoutent à ces limites les obstacles juridiques liés notamment aux délais de prescription concernant des opérations anciennes et dont la prise de conscience de l'illicéité est récente, mais aussi aux difficultés d'avoir parfois accès au dossier médical qui, même s'il doit être conservé pendant 20 ans[2070] à compter de la dernière visite, est souvent soit incomplet, soit perdu, soit détruit[2071].

[2065] Art. 12 de la C.I.D.E.

[2066] Arts. 19 et 23.4 de la C.I.D.E.

[2067] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p.26 et s.

[2068] Par le point 55 de l'I.G.R.E.C ou encore la C.C.A.M. qui parlent des « traitements appropriés ». B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p.22.

[2069] Le Dr. de Christiane VÖLLING, condamné par le Tribunal de première instance de Cologne, pour lui avoir enlevé les organes génitaux à l'âge de 18 ans sans information.
J., PICQUART, *Ni homme, ni femme. Enquête sur l'intersexuation,* La Musardine, 2009, p. 211.

[2070] Art. R 1112-7 al. 3 du Code de la santé publique.

[2071] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.,* p. 44 et s.

SECTION SECONDE : LES ATTEINTES AUX DROITS FONDAMENTAUX

434 . La reconnaissance du droit au changement de sexe opérée par le Parlement européen en 1989[2072] a ouvert la voie à la reconnaissance des droits relatifs à l'identité de genre[2073]. Cependant, pour que le régime puisse être efficient, il est nécessaire qu'un régime de protection soit mis en place pour répondre de manière coercitive ou dissuasive aux atteintes qui pourraient être portées contre ce droit.

Le droit à la construction de l'identité de genre sous-entend l'implication d'un certain nombre de principes fondamentaux qui seront utilisés comme des moyens, la reconnaissance étant la finalité. Aussi, le principe de l'intégrité du corps humain trouve à s'appliquer de manière ambivalente, dès lors que la création de l'identité de genre passe par la libre disposition du corps et entre ainsi dans le cercle de plus en plus large du domaine de la vie privée, mais aussi s'attache à la notion de dignité lorsque des actes médicaux graves sont posés sur des personnes sans leur consentement (I). Cependant, nous verrons que, même si le droit à la construction de l'identité de genre a connu des avancées considérables, elles resteront inachevées tant que le genre ne sera envisagé que de manière binaire. Le droit à la reconnaissance est la suite logique du droit à la construction de l'identité de genre, il implique que la personne qui a vu son changement de sexe autorisé, puisse se voir reconnaître tous les droits relatifs à ce nouvel état. Il implique également que les mesures antidiscriminatoires s'appliquent à son égard dans le but de ne pas créer une catégorie d'êtres humains stigmatisés et mis à l'écart (II).

[2072] Résolution du 12 septembre 1989 sur la reconnaissance du droit de changer de sexe après des traitements médicaux et chirurgicaux et du droit à la reconnaissance juridique du nouveau sexe, Parlement européen.
[2073] V. notamment CEDH, grde. ch., 16 juillet 2014, n°37359/09, *Hämäläinen* c/ *Finlande,* V. H., APCHAIN, *Ibid.*

I . Les atteintes au corps : Entre vie privée et dignité

435 . Le principe de l'intégrité du corps humain dans son application aux états d'intersexuation dispose du renfort de deux autres principes fondamentaux, selon l'état en question.

Ainsi, s'il s'agit des personnes transsexuelles, le principe du respect dû à la vie privée vient légitimer les atteintes volontaires portées au corps de la personne dysphorique de sexe (A), tandis que c'est le principe de dignité du corps humain qui sera mis en avant par les personnes intersexses, pour dénoncer les assignations génitales subies (B).

A . La notion de dignité en renfort du respect de l'intégrité du corps

436 . Le concept de dignité est sans conteste un des principes substantiels de la normativité[2074] en droit français. Il est également un principe matriciel[2075], dans la mesure où il « *transcende l'absence de textes, ou leur contingence, leur factualité ou leur vacuité* »[2076]. Une interprétation large de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (la D.D.H.C.) en fait l'« *assise du droit moderne* »[2077], tant les critères d'égalité et de liberté sont essentiels à la notion de dignité.

[2074] F., BRUNET, *La normativité en droit,* Thèse, Mare&Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p.193.
[2075] B., MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.,* 1995, p. 221.
[2076] F., KERNALEGUEN, « Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ? » *in* B., FEULLIET-LIGER, K., ORFALI (dir.), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international,* Bruylant, 2016, p.98.
[2077] F., BRUNET, *Ibid.*

Ce principe a longtemps été le fondement non juridique de notre Droit[2078], puisqu'il trouvait sa source n'importe où, sauf dans la Loi interne[2079]. À partir du milieu du XXème siècle, le droit international, en réaction aux atrocités de la Seconde Guerre Mondiale, est venu consacrer le droit au respect de la dignité humaine dans le Préambule de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945[2080], mais également dans celui de la Déclaration universelle des Droits de l'homme du 10 décembre 1948[2081] (la D.U.D.H.).

La constitutionnalisation du principe de dignité a été tardive en France, elle émane de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994[2082] relative aux lois de bioéthique, qui se fonde sur le préambule de la Constitution de 1946 pour proclamer « *la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation* », position qui sera d'ailleurs confirmée dans une autre décision du Conseil constitutionnel du 19 janvier 1995 à propos du droit au logement[2083].

437 . Le principe de dignité implique que les êtres humains, libres et égaux entre eux, doivent être traités humainement. En effet, la dignité constitue une « *valeur intrinsèque à l'être humain, inconditionnelle, intangible et inaliénable* »[2084], dès lors, peu importe que la personne soit juridiquement capable ou non, soumise à une peine restrictive de liberté ou encore vivante ou non, elle a droit au respect de sa dignité parce qu'elle appartient à l'Humanité.

Mais la dignité peut aussi prendre une acception plus individuelle, dans le sens où chacun peut être maître de sa propre dignité et en définir les curseurs. En cela, elle devient une notion à contenu variable[2085] selon qu'elle concerne la collectivité ou l'individualité. Dès lors, il existe bien « *deux conceptions de la dignité* […] *celle de l'exigence morale collective de la sauvegarde de la dignité* […] *aux dépens du libre arbitre de la personne* […] *et celle de la*

[2078] A.-C., AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille,* PUAM, 2007, p.200.

[2079] Notamment dans la philosophie et la théologie. Sur la pensée kantienne de la dignité, v. R., OGIEN, « Dignité humaine : une notion qui apporte plus de confusion que de clarté », *in* B., FEULLIET-LIGER, K., ORFALI (dir.), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international,* Bruylant, 2016, p. 445. Sur l'aspect religieux, v. Genèse, I, 26-27 « Dieu créa l'homme à son image ». A.-C., AUNE, *Ibid.*

[2080] « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ».

[2081] « *Nous, peuples des Nations Unies, résolus à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites* ».

[2082]Conseil constitutionnel, n°94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, *JO*, 29 juillet 1994, p. 11024 ; *D.,* 1995, p. 236, note B., MATHIEU ; L., FAVOREU, L., PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* 10ème éd., Dalloz, 1999, p. 878. V. également A.-C., AUNE, *op. cit.*, p.211.

[2083] N°94-359, 19, *JO.,* 21 janvier 1995, p.1166

[2084] F., KERNALEGUEN, *Ibid.*, p.93.

[2085] C., PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *in Les notions à contenu variable en droit,* Bruylant, 1984, p. 363-374. *Contra* v. G., HAARSCHER, *Ibid.* p. 329-336.

protection du libre arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine »[2086], selon l'utilité qui en est faite, c'est-à-dire, selon qu'elle est un outil de régulation ou de protection[2087]. Dans la première hypothèse, la dignité s'applique même lorsque la victime consent aux atteintes, dans ce cas, elle n'est autre qu'une composante de l'ordre public[2088]. Dans la seconde, elle serait un « *concept absolu* »[2089], c'est-à-dire qui « *prédétermine toutes les autres normes du Droit et, dans une certaine mesure, transcende tout rapport juridique* »[2090]. Dans cette version, la dignité est indissociable de la volonté individuelle, ce qui en fait un concept relatif[2091].

438 . Il existe un certain nombre d'enjeux importants autour de la dignité dont le principal reste celui d'assurer « *une cohésion entre les dimensions individuelles et sociales* » [2092] de la notion, surtout avec le développement des droits relatifs à l'autodétermination qui l'ont transformé en un véritable « *un droit subjectif où la volonté individuelle joue le rôle principal* »[2093].

439 . C'est en cela que la dignité est considérée comme une notion à contenu variable[2094] puisqu'il n'est pas possible d'en établir par avance l'uniformité, la prévisibilité et l'égalité de son application[2095]. Même si, à l'origine, les droits attachés à la dignité de la personne concernaient son âme[2096] et visaient à répondre aux atteintes psychologiques[2097], elle englobe aussi et surtout l'intégrité physique de la personne. C'est d'ailleurs dans ce domaine qu'elle est dénoncée dans le cadre de la prise en charge des personnes trans' en Europe. Ainsi, en Allemagne, la Cour fédérale constitutionnelle du 11 janvier 2011[2098] a décrit l'obligation faite par les tribunaux de subir des modifications irréversibles comme étant contraires aux

---

[2086] *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral,* adoptée le 25 mars 2010, Section du rapport et des études du Conseil d'État, p. 19.
[2087] F., KERNALEGUEN, *op. cit.*, p.101. D'autres appellations sont toutefois possibles : « protectionnisme juridique » selon D., ROMAN, « « À corps défendant ». La protection de l'individu contre lui-même », *D.,* 2007, p. 1284, ou encore dignité « institutionnelle » selon F., BRUNET, *op. cit.*, p.196.
[2088] A.-C., AUNE, *op. cit.*, p.226 ; C., ATIAS, *Philosophie du droit,* PUF, 1999, p. 205. V. notamment CE, 2 juillet 1993, *Milhaud, D.,* 1994, p. 69 ; CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge, D.,* 1996, p. 177 ; *JCP G,* 1996, G, II, 22630, note HAMON et *Ville d'Aix-en-Provence, AJDA,* 1995, p. 878882 ; C.E.D.H., 23 mai 2002, n°42758/98, *K.A. et A.D. c/ Belgique.*
[2089] CE, 27 octobre 1995, *Morsang sur Orges* et *Ville d'Aix-en-Provence, Rec.* p. 373, concl. FRYDMAN ; *RFDA*, 1995, p.1204, concl. FRYDMAN ; *GAJA,* Dalloz, 18ème éd., n°96.
[2090] F., BRUNET, *op. cit.*, p.191.
[2091] A.-C., AUNE, *op. cit.*, p.233.
[2092] X., BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux,* Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003, n°1611.
[2093] A.-C., AUNE, *op. cit.*, p.236. V. également C.E.D.H., *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni,* 16 mars 1997, *D.,* 1998, p.97, note J.-M., LARRALDE ; *JCP G.,* 1998, I, 107, n°34, obs. F., SUDRE ; *RTDC*, 1997, 1013, obs., J.-P., MARGUÉNAUD ; *Pretty c/ Royaume-Uni,* 29 avril 2002, n°2346/02 ; *KA et AD c/ Belgique,* 17 février 2005, *RTD Civ,* 2005-2, pp. 341-342, obs., J.-P., MARGUÉNAUD et P., REMY-CORLAY ; *D.,* 2005, p. 2973, note M., FABRE-MAGNAN.
[2094] C., PERELMAN, *Ibid.*, p. 363-374. *Contra* v. G., HAARSCHER, *Ibid.* p. 329-336.
[2095] C., PERELMAN, *op. cit.*p. 373.
[2096] A.-C., AUNE, *op. cit.*, p. 195.
[2097] B., BEIGNIER, *L'honneur et le droit,* LGDJ, t. 234, 1995.
[2098] Cour fédérale constitutionnelle, 1 BvR 3295/07, 11 janvier 2011.

garanties constitutionnelles relatives à l'intégrité physique et au droit de l'autodétermination sexuelle. De même pour l'office fédéral suisse de l'état civil qui, dans un avis du 1er février 2012, demande de ne pas poser comme condition préalable la chirurgie, qui conduit à la stérilisation pour accéder aux demandes de changement juridique de sexe. Les lois suédoise et hollandaises de 2013 suppriment quant à elles cette exigence de la stérilité[2099]. Mais la dignité pour les personnes transsexuelles va au-delà des atteintes portées au corps et s'étend à l'essence même de leur souffrance : la reconnaissance, comme l'ont par ailleurs affirmé les décisions *Sheffield* et *Horsham c/ Royaume-Uni* rendues par la C.E.D.H. en 1998. L'absence de reconnaissance intégrale du changement de sexe des personnes transsexuelles les rend « *victimes de graves souffrance et détresse profondes et* [constitue] *un affront à leur dignité* »[2100]. Jusqu'à la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle[2101], la reconnaissance juridique du nouveau sexe n'était pas certaine d'être assurée tant la jurisprudence était fluctuante. Aujourd'hui, la prédominance du sexe psychosocial sur les autres composantes objectives semble avoir été acquise par la jurisprudence[2102], mais il reste encore du chemin pour que pleine dignité soit rendue aux personnes transsexuelles. Il s'agira de leur attribuer un véritable droit à l'oubli[2103] de leur ancienne identité pour qu'aucune trace ne subsiste, et ainsi limiter les cas dans lesquels elles devront justifier d'un état qui relève de leur vie privée. Dans cette circonstance, les personnes dysphoriques de genre demandent le respect de la dignité qui est due à n'importe quel autre membre de l'espèce humaine.

La question de la reconnaissance est également au cœur de la problématique liée à la dignité des personnes intersexes. En effet, le système de catégorisation binaire ne le leur laisse aucune opportunité d'existence, et donc de reconnaissance en droit Ffançais. Et plus encore, à la naissance, il est même question de n'inscrire aucune mention de sexe sur l'acte de l'état civil pendant deux ans au maximum[2104], leur empêchant ainsi de bénéficier d'une carte nationale d'identité ou encore d'un passeport[2105]. La dignité des personnes intersexes pourrait être recouvrée par plusieurs moyens, dont le premier s'inscrit dans la rénovation du contenu

---

[2099] Loi suédoise du 10 janvier 2013 et des Pays-Bas, du 19 décembre 2013.

[2100] N° 22985/93 et 23390/94, §42.

[2101] Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016.

[2102] V. CA Montpellier, 15 mars 2017, n°16/02691.

[2103] P.-H., CASTEL, *Les métamorphoses impensables. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p. 126 ; G., LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *in* J.-M., LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps,* Bruxelles, Bruylant, 2009, p.301

[2104] Point n°55 de la Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.

[2105] Point 49, de la circulaire du 10 janvier 2000 relative à l'instruction générale ayant pour objet de faire la synthèse de la réglementation applicable en matière de délivrance et de renouvellement de la carte nationale d'identité instituée par le décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 modifié, *BO Ministère de l'intérieur,* n°1, 2000, p.235 ; Art. 5 du décret n°2005-1726, 30 déc. 2005 relatif aux passeports, *JORF*, n°304, 31 décembre 2005, p. 20742.

essentiel des actes de l'état civil, allant de l'acte constitutif de l'identité civile, à ceux qui permettent de la justifier. Ainsi, la reconnaissance de leur état pourrait être lourde de conséquence sur la gestion des futures naissances, les parents ne demanderaient sans doute plus que soit pratiquées les interventions.

440 . La notion de dignité est bel et bien une « *notion-cadre* »[2106], qui définit le « *socle commun fédérant les diverses protections et éléments physiques et psychiques de la personnalité de chacun* »[2107]. Elle demeure un véritable outil de lutte[2108] contre l'oppression des pouvoirs publics sur la volonté des personnes, mais également contre les manifestations trop prononcées de cette volonté faisant courir un risque au groupe des Hommes. Ce dernier argument pourrait être celui mis en avant par le législateur, réticent à réviser les règles relatives à la mention du sexe à l'état civil, cependant, sur la balance bénéfice/risque, une telle révision l'emporte brillamment contre le *statu quo* des assignations.

Vie privée et dignité sont indissociables, certains auteurs pensent même que la protection de la vie privée vise la dignité[2109], et nous ne pouvons que suivre cette analyse dans la mesure où la dignité est elle-même indissociable de la volonté[2110].

[2106] G., CORNU, *Les personnes,* 13ème éd., Montchrestien, 2007, n°12, p. 25.

[2107] J., ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé,* PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, p.23 ; A., PENA, « Droits de la personnalité », *in* D., CHAGNOLLAUD, G., DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux,* Dalloz, 2006, p. 564.

[2108] B., FEUILLET-LIGER, « Plaidoyer pour un usage parcimonieux de la dignité en droit », *in* B., FEULLIET-LIGER, K., ORFALI (dir.), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorma international,* Bruylant, 2016, p.479-480.

[2109] A.-C., AUNE, *op. cit.*, p.208.

[2110] A.-C., AUNE, *op. cit.*, p.233.

B . La dignité, une ramification du respect dû à la vie privée au service de l'intégrité du corps

« *Etre transgenre, en France, c'est également perdre tout droit à la vie privée* »[2111].

441 . Comme le principe de dignité, la notion de vie privée est une notion phare du droit français aux fondements multiples[2112], qui désigne l' « *l'intimité de l'être humain en ses divers éléments afférents notamment à sa vie familiale, à sa vie sentimentale, à son image ou à son état de santé, qui doivent être respectés en ce qu'ils ont trait à l'aspect le plus secret et le plus sacré de la personne* »[2113] (1). Cependant, la vie publique peut parfois émettre des ingérences dans la sphère de la vie privée des personnes, spécifiquement chez les personnes transsexuelles qui peuvent parfois se retrouver dans des situations embarrassantes et non justifiées, du fait de la publicité des actes de l'état civil (2).

1 . Le relatif respect de la vie privée des personnes en état d'intersexuation

442 . Dans ce contexte, l'enjeu du respect dû à la vie privée est double car des atteintes sont constatées aussi bien du côté des dysphoriques de sexe que des personnes intersexes, notamment lorsqu'il s'agit de prouver son identité en montrant les pièces qui sont censées en

[2111] S., NICOT, « Sexe, genre et état civil : vers des droits humains nouveaux ? », *in* E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 286.
[2112] Art. 9 du Code civil ; 12 de la D.U.D.H. ; 8 de la C.E.D.H. ; Conseil const., 16 septembre 2010, n°2010-25 QPC.
[2113] CA Paris, 5 déc. 1997, *D*. 1998, IR 32.

attester. Les difficultés se posent néanmoins à différents niveaux, les personnes intersexes auront des documents d'identité mensongers dans la mesure où ces derniers ne reconnaissent que la binarité sexuelle, et bien évidemment dans l'hypothèse où ils ne s'identifient ni au genre féminin, ni genre masculin. Dans ce contexte, il est encore question de reconnaissance. Le problème est tout autre pour les personnes transsexuelles dont les documents administratifs et d'identité seraient en inadéquation avec le nouveau sexe, malgré un changement juridique effectif. Ainsi, en dépit d'une modification en marge de l'acte de naissance[2114], une personne peut garder un numéro de Sécurité sociale masculin alors que l'acte en question la désigne comme étant de sexe féminin[2115]. De même, pour les documents des organismes sociaux, dont font partie les bulletins de paies[2116], ou encore lorsqu'une jeune femme voudra s'inscrire à l'Université sous un prénom masculin[2117]. Ces situations sont attentatoires à la vie privée des personnes transsexuelles dans la mesure où ces dernières seront obligées de révéler leur appartenance initiale à l'autre sexe, parfois à des personnes qui auront un regard jugeant et stigmatisant à leur égard. Les atteintes les plus fréquentes restent néanmoins épisodiques et ont lieu pendant la période de test de vie réelle et la période pendant laquelle elles demandent le changement juridique de sexe, mais aussi, après que cette modification ait eu lieu, dans divers domaines de la vie privée notamment le travail ou la vie familiale.

443 . Pour le milieu du travail, il est parfois constaté un abandon de projet professionnel de peur que soit un jour dévoilé l'état antérieur de la personne, ce qui peut la pousser dans certains cas vers l'industrie du sexe[2118], alimentant encore plus les préjugés à l'égard des personnes trans'. Lorsqu'elles ont un emploi, la seule étude qui ait été menée en France date de 1984[2119], relate des ambiances de travail pesantes, marquées par les moqueries ou la crainte d'être trahi par l'administration sociale. Pourtant, l'alinéa 5 du Préambule de 1946 dispose que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* [et que] *nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». Ces derniers mots visent les discriminations à l'emploi et ne mentionnent pas celles relatives au sexe ou au genre, cependant, nous nous situons en 1946, époque où la

[2114] Arts. 61-4 du Code civil pour le prénom et 61-7 du même Code pour le sexe. l'article 6 de la loi argentine interdit que toute trace de l'ancien sexe n'apparaisse dans le nouvel acte, l'article 9 poursuit en conditionnant l'accès à l'ancien acte aux personnes expressément autorisées par son titulaire.
[2115] CA Agen, 2 février 1983.
[2116] TGI Blois, 12 avril 1985, inédit.
[2117] TGI Nanterre, 21 avril 1983.
[2118] *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre,* Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 16 mars 2010, n°20.
[2119] M., PHILBERT, « Transsexualisme et insertion socio-professionnelle », *in* Groupe d'études de droit médical, *Le transsexualisme, actes de la réunion du 17 janvier 1983,* Palais du Luxembourg, textes rassemblés par O., DIAMANT-BERGER, Masson, 1984, p. 77-90.

femme est toujours sous la tutelle de la puissance paternelle et masculine de manière générale. Désormais, l'article L1132-1 du Code du travail précise qu'« *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement* […] *en raison* [notamment] *de son identité de genre* »[2120].

444 . Les nouvelles dispositions législatives issues de la loi dite « *J21* » contribuent malgré elles à creuser les atteintes à la vie privée en offrant une véritable place aux membres de la famille de la personne transsexuelle[2121]. En effet, l'article 61-7 al. 2 du Code civil dispose que « *par dérogation à l'article 61-4, les modifications de prénoms corrélatives à une décision de modification de sexe ne sont portées en marge des actes de l'état civil des conjoints et enfants qu'avec le consentement des intéressés ou de leurs représentants légaux* ». En somme, il est possible qu'il n'y ait pas d'uniformité et de cohérence dans les actes d'état civil (acte de mariage, acte de naissance des descendants en ligne directe, livret de famille) des autres membres de la famille de la personne transsexualisée. Ainsi, les établissements scolaires pourraient être informés de l'état d'un des parents lors de l'inscription de l'enfant, ou dans n'importe quelle situation dans lesquelles un acte de naissance est requis. La loi argentine du 9 avril 2012 a contré ces effets indésirables en accordant à la personne majeure, le droit de faire modifier tous les documents dans lesquels apparaissent son ancien sexe[2122].

Dans ces circonstances, il est évident que le droit à l'oubli demandé par les personnes dysphoriques de sexe est fortement compromis[2123].

[2120] Modification avec la Loi n° 2017-256, 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, *JORF*, n°0051, 1 mars 2017.

[2121] Ph. REIGNÉ, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle », *JCP G,* n°51, 19 déc. 2016, 1378, p. 2365.

[2122] Arts. 3 et 4.

[2123] P.-H., CASTEL, *Ibid.*, p. 126 ; G., LEBRETON, *Ibid.*

2 . Le problème de la publicité des actes de l'état civil

445 . Cette affirmation nous pousse donc à nous interroger sur la question de la publicité des actes de l'état civil et de sa conformation au droit au respect de la vie privée, puisque par définition, le caractère public des actes relatifs à la vie privée implique donc leur divulgation et constitue une « *atteinte virtuelle* »[2124], dans le sens où cette atteinte constitue une épée de Damoclès sur l'état antérieur de la personne.

Cependant, la publicité des actes de l'état civil répond à un double objectif dont la vie privée n'est pas exclue. En effet, d'une part, il s'agit de la respecter en édictant des règles limitatives d'accès à ces documents, d'autre part, il convient de faire coïncider ce premier objectif tout en assurant l'efficacité de cette publicité[2125], c'est-à-dire, permettre sans trop de contraintes, l'identification certaines des personnes.

Chacun de ces deux objectifs bénéficie d'une protection particulière, d'abord contre l'excès de publicité, ostensiblement attentatoire à la vie privée, mais également contre l'inexactitude des actes de l'état civil, qui porte ici atteinte à leur mission identificatoire[2126].

446 . Concernant l'excès de publicité, un certain nombre de protections sont mises en place, allant de la dispense de publication pour cause grave dans le cas des mariages[2127], à la limitation dans le temps et des bénéficiaires de l'accès à certains actes de l'état civil[2128].

Quant à l'inexactitude, elle concerne notamment les erreurs commises sur les actes originaux qui font que la publicité qui entourera cet acte, ou ceux dont ils dépendent, sera également fausse et ne remplira plus son objectif d'identification. Cependant, l'article 99 du Code civil prévoit une procédure de rectification devant le Président du T.G.I. Or, cette faculté est limitée pour les personnes intersexes, surtout pour celles qui ne s'identifient à ni à l'un ou l'autre sexe. C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a dû se prononcer le 4 mai

---

[2124] J. AUDIER, « Vie privée et actes de l'état civil », *in Etudes offertes à Pierre Kayser,* Tome 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 13.

[2125] J . AUDIER, *Ibid.*

[2126] J. AUDIER, *op. cit.*, p. 14 et s.

[2127] Art. 169 du Code civil ; V. Civ.1ère , 29 septembre 2004, *D.,* 2005, Pan. 810, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *RJPF,* 2004, 12/20, obs. LEBORGNE ; D., BOULANGER, *JCP N,* 2004, Actu. 219.

[2128] Par exemple, l'interdiction de consulter les registres de moins de 75 ans sauf pour les personnes habilitées (points 75 et 78 de l'I.G.R.E.C.), ou encore la restriction des actes intégraux à certaines personnes (Art. 9, décret du 15 février 1968, n°68-148, *Modification des art. 2, 3, 8 (1er al.), 9, 10, 11, 12 et 13 du décret 62921 du 3 août 1962,* modifié par le décret du 10 février 2011, n°2011-167, *Instituant une procédure de vérification sécurisée des données à caractère personnel contenues dans les actes de l'état civil*, *JORF*, n°0036, 12 février 2011, p. 2739.).

2017[2129], pour savoir si l'absence de mention du sexe neutre était contraire à l'alinéa 1er de l'article 8 de la C.E.D.H. ou entrait dans les possibilités légales d'atteintes à la vie privée de son alinéa 2nd. En d'autres termes, posés par M. MORON-PUECH : l'atteinte à la vie privée est-elle licite pour les intersexes dans le maintien de la binarité ?[2130]

447 . Le deuxième alinéa de l'article 8 de la C.E.D.H. exige trois conditions cumulatives. D'abord, que l'ingérence soit prévue par la loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, puisque l'article 57 du Code civil n'impose pas que le sexe mentionné sur l'acte soit masculin ou féminin exclusivement. La seconde condition impose que l'ingérence doit suivre un but légitime et la mention du sexe à l'état civil pourrait doublement la remplir. D'une part, par sa fonction d'indentification, cependant, le sexe comme mode de distinction des personnes physiques entre elles n'est pas satisfaisant puisque seuls deux possibilités sont envisageables. Alors qu'il existe des cas dans lesquels le sexe n'est pas certain et dans lesquels les personnes ne peuvent s'identifier à l'un ou l'autre des deux sexes, comme c'est le cas dans la décision du 4 mai 2017. Dès lors, puisque le sexe, dans son acception purement binaire, n'est pas capable de retranscrire la vérité, il demeure une mention inutile à l'identification certaine des individus[2131]. Cependant, d'autre part, la différenciation binaire des sexes permet l'application des règles dites « *sexuées* »[2132]. Dans ce cas, la binarité est bien entendu nécessaire, mais ne remplit pas la troisième condition imposée par la C.E.D.H. sur le caractère proportionné de l'atteinte par rapport au but poursuivi. En effet, si la binarité sexuelle trouve une légitimité à perdurer sur les actes de l'état civil, rien ne justifie que les tiers détiennent ce genre d'informations, surtout lorsque l'on se rend compte que les initiatives européennes tendent à une assexuation des règles de droit[2133]. Puisque dans la plupart des cas qui régissent la vie courante, seule une pièce d'identité est requise pour accéder à certains droits, il a été proposé que le sexe n'apparaisse plus sur lesdits documents, notamment sur la carte nationale d'identité ou encore la carte Vitale[2134].

448 . L'appréciation de ces conditions a été mise à rude épreuve par la Cour de cassation dans la décision du 4 mai 2017, dans la mesure où les juges du Quai de l'Horloge, pour écarter l'ingérence dénoncée par le requérant, n'ont pas procédé à une analyse rigoureuse des conditions prescrites par l'alinéa 2 de l'article 8 de la C.E.D.H., ne privilégiant

---

[2129] Civ. 1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189, *JCP G,* 2017, 663, 1129 ; *D.* 2017. 981.
[2130] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 10.
[2131] B., MORON-PUECH, *op. cit.*, p. 11.
[2132] B., MORON-PUECH, *op. cit.*
[2133] V. directive n°79/7/CEE du 19 décembre 1978 ; n°92/85/CEE du 19 octobre 1992 ; n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006 ; n°2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 ; n° 2010/41/CE du 7 juillet 2010 ; n°2011/36/UE du 5 avril 2011 ; n°2011/99/UE du 13 décembre 2011 ; n°2012/29/UE du 25 octobre 2012 ; le règlement (UE), n°606/2013 du 12 juin 2013.
[2134] B., MORON-PUECH, *op. cit.*

exclusivement que celle relative au but légitime. Ainsi, « *attendu que, si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination* »[2135]. Cette interprétation laxiste des dispositions européennes, et pour le moins opportunistes, ne s'inscrivent pas une dynamique d'évolution vers une nouvelle perception du sexe en droit civil français, contrairement à la porte ouverte par la Cour d'appel d'Orléans (décision cassée en l'espèce)[2136].

449 . Les personnes trans' ont quant à elles pu constater une évolution dans la prise de consciences des ingérences à leur endroit dans la mesure où elles étaient « *quotidiennement placée*[s] *dans une situation globale incompatible avec le respect dû à* [leur] *vie privée* » [2137]. L'évolution de la jurisprudence européenne[2138] a notamment démontré que l'ingérence dont il est question, n'est pas nécessairement négative, c'est-à-dire, ne constitue pas uniquement une obligation de la part des États membres de ne pas s'ingérer[2139], mais aussi et surtout, une obligation positive de tout mettre en œuvre pour faire cesser cette ingérence[2140]. À cet égard, la décision *Cossey c/ Royaume-Uni* avait d'ailleurs préconisé la fourniture d'un extrait d'acte où ne figurerait pas le sexe « *primitif* » de l'individu voire aucun sexe du tout[2141].

450 . Les atteintes aux corps des transsexuels et intersexes sont indissociables de celles qui sont également portées à leur dignité et à leur vie privée. Même si les conséquences ne

---

[2135] Civ. 1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189, *JCP G,* 2017, 663, 1129 ; *D.* 2017. 981.

[2136] En effet, la Cour d'appel, même si elle censuré la décision du T.G.I. de Tours, est venue interpeller le législateur sur l'inadéquation entre le régime actuel et la situation des personnes intersexes en France. CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281, E., MARTINEZ et F., VIALLA, « Hic, Haec, Hoc… suite », *RDS,* n°71, 2016, p. 427-429 ; J., HAUSER, *RTD Civ.,* 2016, 318 ; Ph., REIGNÉ, *D.*, 2016, 1915 ; J.-R., BINET, *Dr. Fam.,* n°5, 2016, étude 8 ; F., VIALLA, *JCP G,* n°17, 2016, 492 ; B., BLOQUEL, *Gaz. Pal.,* n°26, 2016 ; M., PÉRON, *Petites Affiches,* n°87, 2016.

[2137] C.E.D.H., 25 mars 1992, N)13343/87, *B. c/ France,* §63 ; Ass. Plén., 11 déc. 1992, *Gaz. Pal.* 13-15 déc. 1992, pp.25-26 ; L.-E., PETTITI, « Rectification d'état civil et transsexualisme », *RTDH,* 1993, pp. 483-486 ; J.-P., MARGUÉNAUD, Arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* : transsexualisme et immobilisme », *RTD Civ.,* 1998, p. 1013 ; M., DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun,* éd. Du Seuil, 1994, p. 75 ; M., LEVINET *in* F., SUDRE et al., « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en 1992 », *RUDH,* 1993, pp. 10-11.

[2138] C.E.D.H., 17 octobre 1986, n°9532/81, *Rees c/ Royaume-Uni* ; 27 septembre 1990, n°10843/84, *Cossey c/ Royaume-Uni* ; 30 juillet 1998, n°22985/93 et 23390/94 *Sheffield et Horsham*.

[2139] Pour une approche négativiste des obligations à la charge de l'État vis-a-vis des droits de l'Homme, v. A., BOISTEL, *Cours de philosophie du droit professé à la Faculté de Droit de Paris,* Tome 1, A., Fontemoing, 1899, p. 239 et s.

[2140] J.-C., JOBART, « Laideur objective et beauté subjective du corps en droit », *Droit et société,* 2012/1, n°80, p.201

[2141] C.E.D.H., 27 septembre 1990, n°10843/84, *Cossey c/ Royaume-Uni*.

sont pas les mêmes selon l'état d'intersexuation concerné, la violation de ces droits fondamentaux ne peut être ignorée.

Ainsi les personnes dysphoriques de genre souffrent des dispositions incomplètes de leur changement juridique de sexe, puisque celui-ci ne leur offre pas un droit à l'oubli de leur ancien état sexué[2142]. En effet, « *les actes de l'état civil permettent de connaître les évènements affectant l'état d'une personne ; qu'à cet effet* [ils] *doivent renseigner sur les modifications de l'état parvenues postérieurement à leur établissement* »[2143].

Les personnes intersexes souffrent de l'absence de disposition légales assurant leur reconnaissance et leur véritable identité sur les actes de l'état civil, sans pour autant réclamer la création d'un troisième sexe.

Toutes ces circonstances font des personnes en état d'intersexuation des cibles privilégiées de situations stigmatisantes et discriminatoires fondées sur l'identité de genre.

II . Les atteintes à l'égalité : les discriminations subies

« *L'égalité des droits n'est pas la négation des différences* »[2144].

« *Chacun peut se prévaloir de tous les droits humains, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre* »[2145].

[2142] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p. 126 ; G., LEBRETON, *op. cit.*

[2143] CA Paris, 19 octobre 2000, citée pat L., MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Droit de la famille,* septembre 2005, p.7, spéc. p.10

[2144] C., CHILAND, « Bilan de 25 années de travail avec les transsexuels », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre,* LEH, 2010, p.286.

[2145] Principe n°2 des Principes de Yogyakarta, 6-9 novembre 2006, [En ligne :http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-fr/].

451 . S'il existe bien un sujet qui regroupe l'assentiment de toutes les sources du Droit, c'est bien celui de la prohibition des discriminations[2146]. Une fois l'impulsion donnée par l'Union européenne et le droit international[2147], le droit français s'est doté de tout un arsenal anti discriminatoire[2148] reconnu comme étant un droit fondamental de la personne humaine[2149]. Seulement, les mesures dont il était question ne traitaient que de la discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle et nullement de l'identité de genre ce qui a d'ailleurs poussé certaines instances et certains auteurs à se baser sur les discriminations fondées sur le sexe pour traiter celles dont étaient victimes les personnes transsexuelles[2150]. La demande de reconnaissance devenant de plus en plus pressante, les Nations-Unies et les instances européennes se sont positionnées pour que leurs États membres et partis statuent en la faveur de la reconnaissance des discriminations fondées sur l'identité de genre de manière indépendante à celles fondées sur le sexe[2151]. Les lois du 28 février 2017 et du 18 novembre 2016[2152] sont venues répondre à cette attente en incluant expressément l'identité de genre aux postes des discriminations mentionnées aux articles L1132-1 du Code du travail et 225-1 du Code pénal[2153]. Le chemin a donc été long avant que les discriminations

---

[2146] *Éléments de droit comparé sur l'intersexuatlité, Ibid.*, p.5.

[2147] Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Parlement européen, résolution du 12 septembre 1989, *sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels* ; Recommandation n°1117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 29 septembre 1989 *relative à la condition des transsexuels* ; résolutions du Conseil des Droits de l'homme A/HRC/RES/17/19 du 17 juin 2011 ; A/HRC/RES/27/132 du 26 septembre 2014 et A/HRC/RES/32/2 du 30 juin 2016.

[2148] Notamment dans le Code pénal aux article 225-1 et suivants, mais aussi en droit du travail avec notamment l'article L1131-2.

[2149] CJCE, 30 avril 1996, aff. C-13/94, *P. c/ S. et Cornwall County Coumeil*, *Rec CJCE*, I, p 2143. V. note de F., PICOD, « Jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de première instance », *Revue des Affaires européennes,* 1996, pp. 171-174.

[2150] Délibérations n°2008-28 et 2008-29 du 18 février 2008 et n°2008-190 du 15 septembre 2008 pour le cadre professionnel et recommande au Gouvernement d'intervenir de quelque manière que ce soit pour assurer le respect de la vie privée des transsexuels au travail ; Rapport de l'Agence européenne des Droits fondamentaux, *L'homophobie et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les États membres de l'Union européenne*, juin 2008 et mars 2009 ; Directive n°2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, cons. 3, *JOUE*, 26 juil. 2006, n° L 204 ; L.-E., PETTITI, *Les transsexuels,* Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 1992, p.30 ; F., PICOD, *Ibid.*, p. 173.

[2151] Rapport du Haut-Commissaire des Nations-Unies au Conseil des Droits de l'Homme du 17 novembre 2011, « *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre* » ; Document thématique du Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe du 29 juillet 2009, « *Droits de l'homme et identité de genre* » ; Résolution n°1728(2010) de l'Assemblée parlementaire du 29 avril 2010 du Conseil de l'Europe relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ; Recommandation n° CM/Rec(2010)5 du 31 mars 2010 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la lutte contre les discrimination fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; Rapport du Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe de 2011, « *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe* ».

[2152] Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, *JORF*, n°0051, 1 mars 2017 ; Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016.

[2153] Sur des lois étarngères rélatives à la discrimination fondée sur le genre, v. la loi fédérale australienne n°98-2013, 28 juin 2013, *Sex Discrimination Amendment Act,* qui crée le statut de la personne intersexe dont les atteintes sont susceptibles d'entrainer des condamnations, ou encore la *Comunidad Autònoma del País Vasco,* Lev 14/2012, 28 juin 2012, *No*

dont étaient victimes les personnes transsexuelles et intersexes soient reconnues dans leurs spécificités (A), il convenait alors de mettre en place des outils de lutte efficaces pour leur protection soit complète (B).

A . La spécificité des discriminations envers les personnes en état d'intersexuation

452 . La discrimination se définit traditionnellement comme l'« *application d'un traitement à la fois différent et inégal à un groupe ou à une collectivité, en fonction d'un trait ou d'un ensemble de traits, réels ou imaginaires, socialement construits comme « marques négatives » ou « stigmates »* »[2154]. Cette notion se décline en plusieurs autres dont la discrimination indirecte ou encore la discrimination positive. La première concerne « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner* […] *un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* »[2155]. Nous sommes bien en présence d'une discrimination indirecte fondée sur l'identité de genre lorsque les personnes intersexes sont obligées d'être assignées dans un sexe qui ne reflètent pas leur identité.

La discrimination positive constitue quant à elle, une « *différence de traitement juridique destinée à compenser les inégalités de fait entre certaines catégories de personnes physiques ou morales* »[2156]. Ici, « *il s'agit d'instituer des inégalités pour promouvoir l'égalité, en*

---

discriminacíon por motivosde identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuals, du Pays-basque espagnol.

[2154] V., De Rudder, Apartheid. *Pluriel recherches : vocabulaire historique et critique des relations inter-ethniques* (3), 1995). 28–31. Citée par A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBEAU, *Genre ! L'essentiel pour tout comprendre,* Des ailes sur un tracteur, coll. « Miroir/miroirs », 2014, p. 55.

[2155] Loi n°2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

[2156] R., CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique,* 2ème éd., LexesNexis, 2004, p. 143.

accordant à certains un traitement préférentiel »[2157]. En cela, la notion de discrimination est étroitement liée à celle d'égalité[2158], et ce sera pour rétablir une inégalité que des différences de traitement seront légalement admises dans certains domaines comme le Droit, l'emploi, le sport, la médecine ou encore l'enseignement[2159].

453 . Généralement, lorsque les discriminations sont évoquées, leur source principale reste le sexe ou la race, mais quand il est question des personnes transsexuelles ou intersexes, la source est moins tangible car non visible puisqu'il s'agit des stéréotypes de genre[2160]. Ils se définissent comme « *toute représentation péjorative ou partiale* [explicite ou implicite] *de l'un ou l'autre sexe, tendant à associer des rôles, comportements, caractéristiques, attributs ou produits réducteurs et particuliers à des personnes en fonction de leur sexe, sans égard à leur individualité* »[2161]. Ces stéréotypes sont ancrés dans notre culture occidentale et ils ont par ailleurs conduit à longtemps donner du crédit au postulat selon lequel la femme était le sexe faible. Ces stéréotypes de genre ne sont pas *per se* source de discrimination, c'est en effet, l'existence exclusive de deux genres socialement admis qui les rend ainsi pour les personnes intersexes, notamment, mais également pour les personnes *gender fluid* dont le genre navigue entre les deux sexes.

454 . Sur ce fondement, différents types de dommages directement liés à la discrimination peuvent apparaître, notamment en matière économique, psychologique, mais aussi des atteintes à la dignité humaine[2162]. Les personnes transsexuelles sont exposées à l'ensemble de ces risques, principalement pendant la période durant laquelle ils n'ont pas de papiers d'identité qui correspondent à leur apparence, c'est-à-dire pendant leur expérience de vie réelle[2163], pendant laquelle ils se qualifient volontiers de « *sans papiers* »[2164]. Cette période posait effectivement problème avant la loi « *J21* » puisque la personne n'avait pas

---

[2157] B., VILLENAVE, « La discrimination positive : une présentation », *Vie sociale,* 2006/3, p. 148.

[2158] « *Le principe d'égalité ne dit pas ce qui est égal, mais définit seulement que ce qui est égal doit être traité de manière égale et, dans la mesure du possible, que ce qui est inégal doit être traité de manière inégale* », C. STARCK, « L'égalité en tant que mesure du droit (problèmes d'application du principe d'égalité », in *Les notions à contenu variable en droit,* Bruxelles, Bruylant, 1984, p.184.

[2159] S., W. HINZE et A., D. GAINES, « Préface relative aux assises du corps transformé », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Ibid.*, p. 15.

[2160] Human rights centre of Genht University, 2011, p. 2.

[2161] Direction de l'égalité des chances de la communauté française de Belgique, citée par CEFA asbl *in Analyse n°9 : Qu'est-ce qu'un stéréotype appliqué au genre ?,* 2009, [En ligne : http://www.asblcefa.be/cefa/images/pdf/analyse09.pdf.].

[2162] Human rights centre of Genht University, 2011, p. 3.

[2163] C'est-à-dire la période durant laquelle ils sont évalués sur leur « la capacité à vivre dans le rôle désiré », Propositions de la SoFECT pour l'amélioration de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 8 novembre 2010, p. 31.

[2164] HAS, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 45 ; Sur des enquêtes qui montrent que beaucoup de transsexuels se sentent victimes de discriminations dues à la trop longue période de discordance entre leurs papiers d'identité et leur apparence, V. Étude européenne : European Union Agency for Fundamental Rights, *Being Trans in the European Union : Comparative Analysis of EU LGBT Survey Data* (The FRA Survey), 2014. Étude française par A., ALESSANDRIN, K., ESPINEIRA, *Sociologie de la transphobie,* Maisons des Sciences de l'Homme d'Aquitaine, 2015.

encore pu accéder à la modification juridique de son sexe[2165], et elle devait démontrer qu'elle était capable de vivre sainement dans le sexe désiré, malgré la discordance de ses documents d'identité[2166]. Les conséquences peuvent être tragiques et touchent à tous les aspects de la vie quotidienne de la personne qui ne pourra pas voyager, à titre personnel, mais également à titre professionnel. Cette circonstance pourrait par ailleurs, l'empêcher d'occuper des postes à haute responsabilité qui demandent des déplacements fréquents à travers le Monde[2167]. La Haute autorité de lutte contre les discriminations (la H.A.L.D.E., désormais le Défenseur des Droits) a statué sur l'existence d'un harcèlement moral discriminatoire au sujet d'une personne en pleine transition qui subissait les moqueries de son employeur, ce qui l'a poussé à démissionner de son poste[2168].

Ce cycle de discriminations concoure à faire des personnes transsexuelles un groupe de population persécutée au sens de la Convention de Genève sur le statut de réfugié comme l'ont été les transsexuels algériens[2169]. Elles subissent le « *conflit entre la réalité et le droit qui* [les] *place* […] *dans une situation anormale* [leur] *inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété* »[2170].

455 . Les discriminations à leur encontre peuvent également émerger après la reconnaissance juridique du changement de sexe, à cause des traces subsistantes l'ancien sexe. En effet, aussi humanistes qu'ils puissent être, les nouveaux articles 61-5 et suivants du Code civil sont loin d'instaurer le droit à l'oubli réclamé par les personnes trans'[2171]. Ainsi, l'article 61-7 al. 1er du même Code, précise que le changement de sexe est inscrit en marge de l'acte de naissance, alors qu'il aurait pu bénéficier de la production d'un nouvel acte, sous condition suspensive toutefois que ce nouvel acte ne remette pas en cause l'effet constitutif du changement de sexe. L'article 61-8 du Code civil ne vas pas non plus dans le sens d'un droit à l'oubli[2172], puisque les descendants et le conjoint de la personne peuvent décider, sur leurs propres actes de l'état civil (notamment mariage et naissance) de maintenir l'ancien sexe de leur géniteur ou de leur conjoint. De même, les contrats passés sous l'autre sexe sont

[2165] Ph. REIGNÉ, « Changement d'état civil des personnes trans : la double impasse », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité » ; Défenseur des Droits, Décision cadre MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 1.

[2166] La France a par ailleurs déjà été condamnée par la C.E.D.H. dans la décision n°18367/06, 27 mai 2008, *Nuñez c. France.* Au jour de la rédaction de ces lignes, une plainte a été déposée au C.H.R.U. de Montpellier au sujet de la longueur entre le début de la période de test de vie réelle et l'autorisation des interventions.

[2167] S., NICOT, *Ibid.*, p. 291.

[2168] H.A.L.D.E., délibération n°2008-190, du 15 septembre 2008.

[2169] CE, 23 juin 1997, *Ourbih,* req. n°171858, *RFDA,* 1997, pp. 19-20 ; Commission des réfugiés, CRR, SR, 15 mai 1998, *Ourbih*

[2170] CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni,* Req. n°28957/95, §77. V. également P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p. 126.

[2171] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, G., LEBRETON, *op. cit.*

[2172] P.-H., CASTEL, *op. cit. ;* G., LEBRETON, *op. cit.*

maintenus, à charge pour les parties de convenir d'un avenant pour modifier le prénom de la partie devenue du sexe opposé.

456 . Enfin, notons que les mineurs transsexuels sont plus exposés que les majeurs, d'une part, à cause du milieu scolaire qui peut se révéler parfois cruel lorsqu'il s'agit d'affirmer ses différences[2173], d'autre part, parce que le changement juridique de sexe n'est possible qu'à partir de leur majorité, l'article 61-5 du Code civil ne réservant la faculté de changement de sexe qu'aux majeurs et mineurs émancipés.

457 . Les personnes intersexes ne sont pas épargnées par le fait discriminatoire, mais à un niveau bien différent de celui observé chez les transsexuels. En effet, la discrimination va se situer du point de vue du délai d'assignation. Nous savons qu'il existe une infinitude de combinaison qui pourraient aboutir à un état d'intersexuation physique, et que ceux-ci peuvent se détecter à la naissance, mais aussi apparaître ou se préciser à l'adolescence pendant la puberté. Aussi, quand bien même les personnes intersexes font partie de la même catégorie, grâce à cette caractéristique sur le développement génital, elles sont dans des situations de variation sensiblement différentes les unes des autres, pourtant le même délai d'assignation s'applique à toutes[2174]. En théorie, l'Allemagne aurait mis un terme à ce type de discrimination avec la *Personenstandgesetz* du 1er novembre 2013 qui interdit aux parents d'assigner juridiquement dans un sexe si l'enfant est déclaré intersexe à la naissance, en pratique, rien ne les empêche d'assigner médicalement dans les jours qui suivent la naissance, avec la complicité de l'équipe médicale.

458 . Les discriminations subies par les personnes transsexuelles et intersexes ont des conséquences non négligeables sur leur vie quotidienne puisqu'elles sont fondées sur leur non reconnaissance par le Droit et la société. Dès lors, les mécanismes sociaux de défense face à la différence d'autrui entraînent des réactions de rejet voire de peur envers ces personnes. Néanmoins, le Droit prend conscience des discriminations fondées sur l'identité de genre, elles sont même devenues des discriminations à part entière. Encore faut-il que des outils efficaces aient été pensés pour en assurer une protection suffisante.

[2173] « *Les écoles ne sont pas des endroits sûrs pour les élèves transgenres* » *in* J. G., KOSCIW, E. M., DIAZ, E. A., GREYTAK, *Harsh Realities : The experiences of Transgender Youth in Our Nation's Schools,* A report from the Gay, Lesian and Straight Education Network [En ligne : http://www.glsen.org/binarydata/GLSEN_ATTACHMENTS/fil/000/001/1375-1.pdf].

[2174] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p.59 et s.

B . Les outils de lutte effective contre les discriminations sur l'identité de genre

459 . Le législateur n'étant intervenu que tardivement pour reconnaître les discriminations fondées sur l'identité de genre, ce sont les juges qui ont dû composer avec les dispositifs déjà existants pour rendre leurs décisions, notamment en droit du travail, en utilisant les règles relatives à la discrimination fondée sur le sexe et l'apparence. Les stéréotypes de genre ont toujours été très présents dans la jurisprudence en droit du travail[2175], et c'est une réponse à une question préjudicielle posée à la C.J.C.E. en 1996 qui est venue préciser les fondements à utiliser en cas de discrimination fondée sur l'identité de genre[2176]. En l'espèce, un salarié a été licencié à cause de la révélation de son état d'intersexuation psychique, et la question posée à la Cour de justice tient au champ d'application de la directive du Conseil n°76/207CEE en date du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail. En effet, le dispositif antidiscriminatoire que la directive mis en place pour les différences de traitement entre les hommes et les femmes peut-il s'étendre en cas de licenciement abusif d'une personne transsexuelle ? La Cour, ayant répondu par l'affirmative[2177], d'autres instances internes ont suivi cette position, notamment la H.A.L.D.E. dans sa délibération n°2008-28 du 18 février 2008 au sujet d'une décision d'inaptitude au poste de personnel navigant commercial par le comité médical de l'aviation civile et la Direction générale de l'aviation civile (D.G.A.C.) en raison du transsexualisme de la plaignante. Même si par la suite le comité médical a reconnu l'aptitude, la haute autorité a néanmoins condamné la D.G.A.C. à indemniser le salarié en raison du préjudice subi. La jurisprudence prud'homale, mais également les décisions du défenseur des Droits ne font pas exception à cette pratique, et elles ont pu le prouver à différentes reprises, qu'il s'agisse de la rupture d'une promesse

[2175] CA Paris, 6 mai 1982, *Gaz. Pal.*, 3 sept. 1982, p.9, sur le licenciement pour cause réelle et sérieuse d'un chauffeur livreur avec une apparence à tendance féminine justifiée par des cheveux longs et une boucle d'oreille.
[2176] CJCE, 30 avril 1996, *P c/ S et Cornwall County Council,* C-13/94.
[2177] V. CJCE, 30 avril 1996, aff. C-13/94, Rec. CJCE, p. 2143, RJS 1996, n°858 ; F., PICOD, *op. cit.,* p. 171-174.

d'embauche[2178], ou de faire assurer le respect de l'identité de genre dans le cadre des civilités par les établissements bancaires[2179].

L'existence d'une discrimination fondée sur l'identité de genre était fréquemment invoquée devant les juges civils, à l'occasion des demandes de changement de sexe avant la loi « *J21* ». Cependant et puisqu'à l'époque la jurisprudence rejetait quasi systématiquement les demandes de changement de sexe sans que les requérants ne se soient soumis aux interventions de réassignation, ces derniers invoquaient l'existence de situations discriminatoires de l'article 14 de la C.E.D.H. et la violation de l'article 8 de la même convention. La décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 février 2013 nous offre une illustration parfaite de la non prise en compte des moyens relatifs à la discrimination existante entre les personnes transsexuelles[2180]. En l'espèce, le requérant, pour contester la décision d'appel, invoque la violation des articles 14 et 8 de la C.E.D.H. car imposer d'apporter la preuve d'un changement irréversible de sexe, donc d'une intervention chirurgicale, pour conditionner le changement juridique de sexe est discriminatoire dans le sens où certaines personnes transsexuelles ont des contrindications médicales qui les empêchent de pouvoir subir ces interventions. Dans cette espèce, l'avocat général a réfuté cet argument en précisant qu'il ne pouvait y avoir de discrimination car les personnes concernées ne sont pas placées dans une situation identique aux autres personnes comme l'impose la jurisprudence européenne[2181], sans développer plus avant. La Cour de cassation ne prend pas la peine de citer ce moyen dans son considérant et rejette le pourvoi.

460 . Aucune instance n'a été ouverte par une personne intersexe sur le fondement de la discrimination sur l'identité de genre, alors qu'elle aurait des chances de pouvoir aboutir positivement. En effet, la situation discriminatoire doit concerner des personnes qui se trouvent dans la même situation, mais qui bénéficient d'un traitement différent. Or, la personne intersexe se trouve dans la même situation que les autres personnes qui se voient imposer par la loi la mention du sexe sur leur état civil et qui ne subissent pas de discrimination du fait de la concordance de cette mention avec leur apparence. La situation identique tient dans la binarité imposée.

[2178] Défenseur des Droits, décision n°MLD-2013-203, 4 nov. 2013, Conseil de prud'hommes de Tours, 4 juin 2015, n°14/00448.

[2179] Défenseur des Droits, décision n°MLD-2014-058, 27 mars 2014 et décision n°MLD-2015-228, 6 octobre 2015.

[2180] Civ. 1ère 13 février 2013, n°11-14.515.

[2181] CEDH, 6 février 2000, n°34369/97, *Thlimmenos c/ Grèce ; L'Actualité juridique - Droit administratif,* 20 juin 2000, p. 537, 538.

461 . Même si la jurisprudence a été l'outil privilégié de la lutte contre les discriminations, son action n'aurait pas pu avoir lieu s'il n'existait pas en amont des règles légales en droit pénal et en droit du travail. Les anciens articles 225-1 du Code pénal et L 1132-1 du Code du travail érigeaient un certain nombre d'interdictions relevant de pratiques discriminatoires, mais leur application dans le cadre des discriminations subies par les personnes intersexes s'effectuait de manière analogique aux discriminations fondées sur le sexe[2182]. Ainsi, l'annonce de la transidentié à l'employeur ne peut pas constituer un motif légitime de licenciement[2183], de même pour que des « *raisons de mœurs* » [2184] ou d'apparence physique rapportée aux stéréotypes de genre[2185]. Puis les lois du 18 novembre 2016 et du 28 février 2017 sont venues ajouter dans les dispositions des articles 225-1 du Code pénal et L 1132-1 du Code du travail un poste spécifique de discrimination fondée sur l'identité de genre[2186].

462 . La loi de 2016, par l'intégration de l'article 61-6 alinéa 3 dans le Code civil, a voulu mettre un terme à la demande faite par les tribunaux d'apporter la preuve du caractère irréversible du changement de sexe en précisant que « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* », tout en privilégiant les aspects sociaux du sexe par l'instauration d'une possession d'état du sexe opposé. La question qui s'est alors posée est de savoir si la possession d'état pouvait être considérée comme un outil efficace contre les discriminations fondées sur le genre. M. Philippe REIGNÉ y répond par la négative[2187] en offrant l'exemple de la possession d'état relative à la francisation du nom qui est une procédure longue, donc pendant laquelle la personne reste exposée aux discriminations, mais surtout que ces dernières ne cessent pas systématiquement après le changement de nom. Nous partageons cette position dans la mesure où elle peut aisément se transposer aux personnes transsexuelles mais aussi parce qu'elle est encouragée par le nouvel article 61-7 alinéa 2 du Code civil qui laisse l'opportunité au conjoint et aux enfants de la personne de ne pas modifier leurs propres actes d'état civil, laissant ainsi apparaître l'ancien sexe du parent ou du conjoint.

[2182] B., BOSSU, « Les libertés individuelles », *in Lamy Droit des personnes et de la famille,* étude 220.
[2183] Soc., 10 oct. 2000, n°98-413.98, *Bull.,* 2000 n°317, p. 247 ; CA Montpellier, 3 juin 2000, *SARL Kaliop c/ M. Baptiste Verme,* n°08/06324.
[2184] H., GAUMONT-PRAT, Transsexualisme *in* Lamy Droit de la Santé Tome 2, Etude 336, n° 336.95.
[2185] Soc., 11 janvier 2012, n°10-28.213.
[2186] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF,* n°0269, 19 novembre 2016 ; n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, *JORF*, n°0051, 1 mars 2017.
[2187] Ph. REIGNÉ, *Ibid*.

463 . Enfin, les outils de lutte n'émanent pas nécessairement d'instances étatiques ou publiques reconnues, mais peuvent émerger d'initiatives individuelles, à l'image notamment du « Guide des employeurs »[2188], édité par l'association *Mutatis mutandis,* outil gratuit à destination et à disposition des employeurs qui auraient des transsexuels dans leurs effectifs ou qui voudraient en embaucher. Ce guide a pour ambition de rendre visible la transidentité au travail sans que cela soit créateur de situations stigmatisantes pour la personne concernée. Ainsi, il s'adonne à un rappel des droits globaux des salariés, notamment les infractions liées à la discrimination[2189], mais encourage et tente d'encadrer la révélation de la situation dans l'entreprise de la manière la plus bienveillante possible, par, entre autres, l'adaptation du poste de travail, la communication dans les murs mais aussi à l'extérieur de l'entreprise (prestataires, administration etc.), et enfin en apportant des conseils ou des adresses à même d'apporter leur soutien au salarié. Cette initiative mérite d'être amplement saluée, mais il faudrait aller plus loin en imposant la lecture de ce guide à l'ensemble des employeurs, voire de mettre en place des journées de formations pour sensibiliser les autres salariés.

Ce type de guide aurait également tout intérêt à être mis en place, avec les mêmes aménagements que ceux précédemment cités, dans le milieu scolaire à destination des enseignants pour les jeunes intersexes mais aussi les jeunes transsexuels. Ainsi, le corps enseignant ayant été préalablement sensibilisé, il n'aura sans doute aucune difficulté à discuter en classe de ces problématiques, autour d'un cours d'éducation civique par exemple.

[2188] L., DUMONT, « Présentation du guide employeurs, réalisé par l'association Mutatis Mutandis », *in* A., ALESSANDRIN (dir.), *La transidentité : Des changements individuels au débat de société »,* L'Harmattan, 2001, p. 62-68.
[2189] L., DUMONT, *Ibid.*, p. 65-66.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

464 . Les régimes juridiques et médicaux actuels, même s'ils se sont manifestement améliorés, continuent néanmoins à porter atteintes aux droits fondamentaux, à deux niveaux. D'une part, du côté des mineurs, avec la volonté de développer un véritable droit spécial à l'intégrité corporelle fondé sur le caractère vulnérable de la personne, nécessitant une protection particulière[2190] et permettant d'écarter l'exercice de l'autorité parentale. D'autre part, de manière plus générale, avec le non-respect des droits attachés à la vie privée et à la dignité, notamment pour les personnes transsexuelles, qui malgré la loi « *J21* » sont susceptibles d'être encore sujettes à des situations attentatoires à leur vie privée[2191].

465 . La dignité est « *inhérente à la condition de personne* »[2192] et est sujette aujourd'hui à une forte subjectivisation[2193], elle est de moins en moins invoquée dans sa fonction de protection de l'Humanité mais comme outil d'affirmation du droit à la reconnaissance de son identité, voire du droit à la vie de l'article 6 du Pace de New York, devant s'entendre comme le droit de ne pas se voir imposer une vie de paria[2194], soit ponctuellement pour les trans', soit continuellement pour les personnes intersexes.

La dignité fait désormais partie intégrante du droit civil et est même devenue une considération essentielle pour les juges. Le principe est par ailleurs inscrit à l'article 16 du Code civil, mais occupe également une place importante au sein du Code pénal qui lui consacre un Chapitre entier[2195]. Il a par ailleurs été question d'inscrire expressément le principe au sein même de la Constitution[2196].

[2190] A. B., BARATZ, *Ibid.*, p.6.
[2191] V. notamment l'article 61-7 al. 2 du Code civil.
[2192] N., MOLFESSIS, « La dignité de la personne humaine en droit civil », *in* M.-L., PAVIA, T., REVET, *La dignité de la personne humaine,* Economica, 1999, p. 129.
[2193] A.-C., AUNE, *op. cit.*, p.223.
[2194] M., MAYMON-GOUTALOY, *D.,* 1985, chron. p. 216.
[2195] Chapitre V du Livre 2, « *Des atteintes à la dignité de la personne* ».
[2196] En effet, le projet de Constitution du 19 avril 1946 a proposé d'y inscrire un nouvel article 22 qui disposerait que « *tout être humain possède à l'égard de la société les droits qui garantissent dans l'intégrité et dans la dignité de sa personne, son plein développement physique, intellectuel et moral* ». Tentative qui a été réitérée le 15 février 1993 par le Comité Consultatif pour la révision de la Constitution, dans l'intégration dans la Constitution d'un article 66 qui disposerait que « *chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne* ». V. Rapport au Président de la République, *JO*, 15 février 1993, p. 2548.

466 . La violation de ces principes a pour conséquence principale de révéler des situations discriminatoires, voire stigmatisantes, ce qui atteste sans équivoque de l'absence de reconnaissance ou de prise au sérieux de l'identité de genre acquise ou subie.

Même si des outils légaux existent pour limiter ces discriminations, spécifiquement depuis que la discrimination fondée sur l'identité de genre existe dans le panorama juridique français[2197], les efforts législatifs et médicaux mis en place pourraient s'avérer inutiles tant que la société reste fixée sur une vision binaire du sexe[2198].

Il conviendrait pour se faire, d'aborder « *une doctrine optimiste* [qui] *ne nie pas les déficiences de l'ordre social existant, mais* […] *assure qu'elles seront corrigées par l'usage de la liberté* »[2199].

[2197] Loi n° 2016-1547, 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016 ; Loi n° 2017-256, 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, *JORF*, n°0051, 1 mars 2017.

[2198] « La médecine ne peut pas changer ce qui est socio culturellement inscrit », Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.

[2199] G., BURDEAU, *Le libéralisme,* Seuil, coll. « Points », 1979, p. 28 ; *Les libertés publiques,* LGDJ, 4ème éd., 1972, p.18.

CONCLUSION

DU TITRE PREMIER

« *Le plus important est d'apprendre le plus tôt possible et avec acharnement à ne pas rejeter celui qui est différent* »[2200].

« *Priver un individu d'identité revient à nier sa personnalité* »[2201].

467 . La prise en charge des états d'intersexuation est aléatoire à plusieurs égards. D'abord, dû au fait qu'il n'existe pas de pratiques pérennes et identiques au sein des équipes, mais aussi à cause de certains patients transsexuels qui décident de ne pas y avoir recours. En effet, dans ce domaine, bon nombre de patient non satisfaits de la prise en charge en France, ou découragés par les délais trop longs pour accéder à l'intervention, décident de suivre une prise en charge parallèle, soit à l'étranger, soit à l'aide de praticiens conciliants voire complaisants. L'autre obstacle pour des prises en charge optimales demeurent l'absence de moyens et de reconnaissances par les pairs. En effet, les équipes se situent dans des établissements de santé qui ont parfois d'autres priorités que de consacrer des moyens techniques et financiers à une infime catégorie de patients.

468 . Quel que soit l'état d'intersexuation considéré, des améliorations dans leur prise en charge doivent être menées pour aboutir, d'une part à la reconnaissance de l'activité médicale, et d'autre part à un idéal de pratique respectant le principe d'égalité des patients[2202]. D'abord, il convient de mettre en place des études sur les traitements et le suivi des personnes, à l'image de l'étude *D.S.D. Life* soutenue par l'Union européenne. Puis, il convient également de favoriser la formation, continue ou initiale, autour des états d'intersexuation, afin d'éviter

[2200] C., CHILAND, « Parler clair et raison garder sur la question du genre », *Perspectives Psy,* 2016/2, vol. 55, p.75.
[2201] X., BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel,* 2006/1, n°65, p.92.
[2202] Art. L 1110-1 et s. du Code de la santé publique.

que les équipes se constituent sur le tard. La dernière proposition semble être la plus complexe à mettre en place car elle suppose que soit ébranlé un des piliers de notre société : la catégorisation binaire et exclusive des sexes. En effet, il s'agit d'assurer la visibilité sociale des états d'intersexuation, tout en s'assurant de ne pas tendre à leur survisibilité qui aurait tendance à favoriser les situations discriminatoires et stigmatisantes, portant alors un énième coup fatal à la dignité humaine.

469 . Si la dignité est « *l'axiome* » du droit[2203], ce principe voit son but évoluer vers l'outil privilégié d'une place plus importante donnée à la subjectivité[2204] des personnes. En effet, l'article 9 du Code civil permet à la personne d'agir pour elle-même, d'être « *titulaire de l'action* »[2205]. Cette action va prendre tout son sens dans la construction de l'identité de genre qui ne devrait être ni guidée par « *des raisons sociales* » [2206], ni une obligation pour les personnes qui ne sont ni homme ni femme à être assignées dans l'une ou l'autre de catégories[2207].

470 . Malgré le développement des outils de lutte contre ces pratiques, ils resteront insatisfaisants aussi longtemps que la binarité sexuelle demeurera notre fondement social le plus profondément ancré. Il est en effet nécessaire de prendre acte que la vision du sexe en Droit n'est plus la même, il faut qu'elle tienne compte de la possibilité que le sexe puisse être et demeurer incertain, toujours au nom de la dignité humaine.

De plus, le sexe juridique fait aujourd'hui partie de la catégorie des fictions juridiques et ne semble plus avoir sa place au sein des éléments de l'état des personnes, et donc dans les actes de l'état civil, qui sont des outils de police civile importants permettant d'identifier certainement une personne pour qu'en découle des effets juridiques. Mais il existe malgré tout des fictions juridiques qui ont leur place dans les actes de l'état civil, à l'image de la possession d'état de filiation ou encore de l'adoption plénière. Néanmoins, ces fictions-ci engendrent incontestablement des effets juridiques : l'exercice des droits relatifs à la filiation allant de l'autorité parentale, aux droits de succession, en passant par les obligations alimentaires envers les ascendants. La différenciation des sexes n'est plus un fait justificatif

---

[2203] M., FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *in* A.-M., DILLENS, B., VAN MEENEN (dir.), *La dignité aujourd'hui, perspectives philosophiques et théologiques,* Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2007, p. 53 ; « « Dignité humaine », *in* J., ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme,* PUF, 2008, p. 287 ; « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.,* 2008, Chron., p.31.

[2204] A.-C., AUNE, *op. cit.*, p.230.

[2205] A.-C., AUNE, *op. cit.*, p.231.

[2206] *Éléments de droit comparé sur l'intersexuatlité,* Bureau de droit comparé, Services de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, 25 janvier 2017, p. 7.

[2207] Avis du 23 fév. 2012, Conseil d'éthique allemand, p. 182-183 ; *Éléments de droit comparé sur l'intersexuatlité,* Bureau de droit comparé, Services de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, 25 janvier 2017, p. 7.

de différence de traitement dans l'application de la règle juridique, bien au contraire, sous l'impulsion européenne, le législateur s'efforce de faire disparaître les règles sexo-spécifiques.

Dès lors, il devient nécessaire de trouver le moyen de rendre le sexe juridique plus réaliste afin que soit rendue aux actes de l'état civil, leur fonction de police civile.

TITRE SECOND :
ESSAIS POUR UNE APPRÉHENSION PLUS RÉALISTE DU SEXE EN DROIT

« Notre société reste la société de la normalité sans penser à ceux qui souffrent d'anormalité. Ceux-là ont le droit de ne plus être dans les catégories classées et archivées comme des « minoritaires » »[2208].

471 . L'acte de naissance peut être considéré comme la « *pièce maîtresse* »[2209] de l'état des personnes, puisqu'il vient sceller l'appartenance des individus à la catégorie des personnes physiques. Les éléments qui composent cet état sont considérées comme des vérités historiques[2210] qui vont avoir, en principe, des conséquences juridiques. Ainsi, la date de naissance déterminera si la personne dépend du régime des majeurs ou des mineurs, le nom va la rattacher aux parents[2211] qui répondront juridiquement des actes dommageables causés par leurs enfants, qui lui-même sera plus tard débiteur des obligations découlant de l'assistance aux ascendants[2212]. Mais il existe des informations dont l'utilité est plus mitigée, à l'image du lieu de naissance dont le seul intérêt, à notre connaissance, n'est que de déterminer la compétence *materiae loci* d'un préjudice qui aurait été causé au moment de la naissance. La mention du sexe à l'état civil, entre dans cette catégorie d'information, même s'il convient de nuancer nos propos. Avant notre ère égalitaire, la différence entre les hommes et les femmes étaient marquée en Droit par l'existence de la puissance paternelle au sein de la famille mais

[2208] Proposition de loi déposée par H., CAILLAVET, tendant à autoriser les traitements médico-chirurgicaux pour les anormalités de la transsexualité et à reconnaître le changement d'état civil pour les transsexuels, n°260, Sénat, 9 avril 1982. Sur une analyse des minorités, v. M., FOUCAULT, *Les anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975,* Paris, Gallimard/Seuil, 1999.
[2209] C., CHILAND, *Changer de sexe,* Odile Jacob, 1997, p. 185.
[2210] J., CARBONNIER, *Les personnes. La famille. Les incapacités.,* PUF, 21ème éd., 2000, n°74, p.131 ; G., CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens,* Montchrestien, 10ème éd., n°564 *bis*, p. 263.
[2211] V. Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *JORF,* 5 mars 2002, p. 4159.
[2212] Art. 205 du Code civil.

également au sein du couple[2213]. La tendance actuelle est à la disparition de ces différences par la mise en place de mesures dites de discrimination positive dans les milieux du travail et familial, avec le renfort du développement et de la vulgarisation, parfois mal maîtrisée, autour des études sur le genre. Toutes ces données ont rendu la différence entre homme et femme plus floue, faisant du sexe une nouvelle fiction sociale[2214], aux côtés de celles déjà existantes en matière de filiation.

Dès lors, il apparaît que la répartition des êtres en deux catégories est contraire à la Nature, de sorte que l'imposer serait « *artificiel et* [affirmerait] *la négation du fait humain par le Droit* »[2215]. Afin de se défaire du sexe, il est envisageable de prôner l'ouverture à la multiplicité et à l'indétermination[2216] juridique pour aboutir à la détermination individuelle de l'identité de genre (CHAPITRE PREMIER), bien que cette volonté pourrait être freinée par l'ampleur des aménagements pratiques et fonctionnels du Droit qu'il faudrait mettre en œuvre (CHAPITRE SECOND).

[2213] Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF*, 14 juillet 1965, p. 6044.
[2214] P., LE MAIGAT, note sous Civ.1ère, 4 mai 2017, *Gaz. Pal.,* 2017, n°19, p. 20.
[2215] J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes,* LGDJ, 1993, p. 551.
[2216] D., HARAWAY, *Manifeste cyborg et autres essais, Sciences-Fictions-Féminisme,* Exils, 2007 ; *Des singes, des cyborgs et des femmes, La réinvention de la nature,* éd. Jacqueline Chambon, 2009 ; P., LE MAIGAT, *Ibid.*

CHAPITRE PREMIER :
UNE NOUVELLE PLACE POUR LE SEXE À DÉFINIR ENTRE NEUTRALITÉ ET NEUTRALISATION

« *Il n'y pas de vrai sexe* »[2217].

472 . C'est en cela qu'il est une fiction sociale[2218], de même que sa dualité exclusive, à laquelle la Société reste malgré tout attachée, sans doute parce qu'elle constitue « *le partage primordial* »[2219] de notre vision occidentale de l'Humanité, la *summa divisio* des personnes physiques. Cette dichotomie dans le sexe est par ailleurs à ce point primordiale qu'elle n'est même pas mentionnée dans le Code civil. Or, aujourd'hui nous savons que la dualité des sexes est incompatible avec la notion de genre qui tend à se substituer à celle du sexe en Droit, par une lecture de la notion, fondée sur les droits et libertés individuels. En effet, on ne peut pas parler de genre dès lors que l'on reste dans une « *réflexion binaire* [qui] *est caduque* », car il n'existe pas un genre mais des genres[2220]. Et les propos de M. Philippe REIGNÉ n'ont jamais été aussi vrais lorsqu'il affirmait que le sexe social était le sexe juridique, donc que le sexe juridique relevait du genre[2221]. En cela, la binarité est « *une alternative limitante identitairement* »[2222] mais également au regard des droits individuels et

[2217] M., FOUCAULT, *Le vrai sexe, Dits et écrits,* t. IV, Gallimard, 1994, n°287, p. 115 ; L., OMBREDANNE, « Le mariage des hermaphrodites », *Cahiers Laënnec,* 1947, n°2, p.3.
[2218] P., LE MAIGAT, *op. cit.*
[2219] J., CARBONNIER, *Ibid*.
[2220] M., QUILLIOU-RIOUAL, *Identités de genre et intervention sociale,* Dunod, 2014, p. 51. Michèle GOBERT n'est pas nostalgique lorsqu'elle écrit que la « binarité a vécu », M., GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G,* n°25, 716, 1219.
[2221] Ph., REIGNÉ, « Sexe, genre et état des personnes », *JCP G,* n°42, 17 octobre 2011, doctr. 1140.
[2222] C., MARRO, « L'identité : une construction personnelle aux prises avec les normes de genre », *in* E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 278.

du respect de la vie privée, elle est même créatrice, selon le Tribunal de grande instance de Tours, d'un véritable « *vide juridique* »[2223].

En dépit de ces constatations, une partie de la doctrine continue de penser qu'elle reste indispensable dans un souci d'identification des sujets de droit. Néanmoins, l'identification dont il est question demeure une notion polymorphe car elle ne sert pas qu'exclusivement à l'État dans sa mission de police civile, elle est également nécessaire pour créer le lien social, en distinguant les individus pour qu'ils puissent entrer en relation[2224] et créer des rapports de droit. Or, pour identifier il faut être identifiable et donc pouvoir justifier d'une identité dont les actes de l'état civil sont les outils authentiques et privilégiés. Mais ces outils sont-ils encore efficaces s'ils relatent des informations fausses, comme le sexe binaire d'une personne qui possède les caractéristiques des deux sexes mais qui ne saurait s'identifier à l'un ou l'autre, ou encore une mention juridique qui reflète une image contraire en société ?

473 . Au-delà des questionnements sur la binarité c'est bien de la mention du sexe dont il est question ainsi que de ses facultés à réellement pouvoir identifier une personne. Il faut néanmoins garder à l'esprit que pendant longtemps, les documents administratifs ne mentionnaient pas le sexe des personnes qu'ils désignaient, c'était notamment le cas de la carte nationale d'identité, du passeport, du permis de conduire ou encore de la carte d'électeur[2225].

L'essor du genre et des droits attachés à la construction de l'identité, nous offre une nouvelle lecture de la mention du sexe à l'état civil (SECTION PREMIÈRE), oscillant entre abandon totale de référence au sexe, perçue comme devant rester dans le cadre de la vie privée, et abandon de la binarité des sexes (SECTION SECONDE).

[2223] TGI Tours, 20 aout 2015, *D.,* 2015, 2295, note F., VIALLA, *AJ Fam.,* 2015, 613, obs. S., LE GAC-PECH ; *RTD civ*, 2016, 77, obs. J. HAUSER ; R., LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *D.,* 2016, 20.

[2224] G., NOIREL, *L'identification. Genèse d'un travail d'Etat,* Paris, Belin, 2007, p. 4.

[2225] J., MASSIP, « La transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *D.,* 1991, p.169.

SECTION PREMIÈRE : PRÉALABLES NÉCESSAIRES À LA RÉFORME DU SEXE À L'ÉTAT CIVIL

« *Le Droit participe au contrôle social entendu comme l'ensemble des processus intégratifs, conscients ou inconscients, spontanés, suscités ou imposés* »[2226].

474 . C'est donc ainsi que le Droit permet et favorise une « *classification excluante* »[2227] entre les personnes, laissant peu de place aux intersexes, mais aussi au droit à la construction de son identité. Dans cette hypothèse, la classification binaire va même à l'encontre de l'obligation négative de l'État de ne pas entraver cette construction[2228], mais également de son obligation positive de la reconnaître[2229]. L'ensemble de ces intérêts en faveur d'un droit à l'épanouissement personnel toujours plus vaste, se heurte avec les intérêts du plus grand nombre, conceptualisés derrière les notions d'intérêt général et d'ordre public. Car il faut garder en tête que même si l'état civil est en passe de devenir le lieu privilégié de la manifestation des droits et libertés individuels des personnes, il reste néanmoins un « *instrument de contrôle social* » [2230] dont la réformation nous apparaît nécessaire s'il veut redevenir un instrument efficace (I). Cette réformation envisagée intéresse une facette du Droit qui reste prégnante dans les actes de l'état civil : le Biopouvoir législatif. Il s'agit de l' « *ensemble des mécanismes par lesquels ce qui, dans l'espèce humaine, constitue ses traits biologiques fondamentaux va pouvoir prétendre entrer à l'intérieur d'une politique, d'une*

[2226] D., LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *in Mélanges Andrée Lajoie,* Montréal, Thémis, 2008.
[2227] E., BADINTER, *Fausse route,* Odile Jacob, p. 196.
[2228] CEDH, 6 février 2001, *Bensaïd c/ R.-U.*, req. n°44599/98, Rec., 2001-I, §47 ; J., ROCHFELD, *op.cit.*, p.44 ; CEDH, *Y. Y, / Turquie*, 10 mars 2015, n°14793/08 ; *JCP G,* 2015, act. 336, obs. A., SCHAHMANECHE.
[2229] CEDH, 6 nov. 1980, *D. Van Oosterwijck c/ Belgique,* n°7654/76 ; 23 oct. 1997, n°31177/96 ; 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne,* n°35968/97 ; 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni ,* n°28957/95, §77 ; 10 mars 2015, *Y. Y, / Turquie*, n°14793/08.
[2230] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p. 76.

stratégie politique, d'une stratégie générale de pouvoir »[2231]. Le biopouvoir a notamment permis que le Droit réglemente l'accès à la procréation médicalement assistée (la P.M.A.) dès lors que les progrès médicaux liés à l'infertilité ont eu des conséquences sur le droit de la filiation. Il convient alors de s'interroger sur la manière dont la refonte de la mention du sexe doit avoir lieu en fonction des outils législatifs mis à disposition, tout en tenant compte de l'actuelle crise de la normativité (II).

I . La réforme nécessaire de l'état civil

475 . Le droit européen est sans hésitation possible à l'origine des mutations de l'état civil en ce qu'il est devenu le lieu privilégié de l'affirmation identitaire des individus, en dépit de son rôle premier de police sociale (A). De plus, il semblerait que plus rien ne retienne la mention du sexe sur les actes de l'état civil, au regard d'un environnement juridique particulièrement propice à sa refonte (B).

A . La mutation de l'état civil

476 . À cause de sa qualité d'outil de police sociale, l'état civil est l'instrument qui instaure la différence de sexe en la maintenant, en principe, tout au long de la vie[2232]. Les

[2231] M., FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population,* Gallimard, Seuil, 2004, p.3.
[2232] M.-X., CATTO, « La mention du sexe à l'état civil », *in* S., HENETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN (dir.), *La loi et le genre. Études critiques de droit français,* CNRS éditions, 2014, p. 29 et s.

autres éléments qui composent l'identité juridique des personnes physiques ont les mêmes objectifs[2233] : identifier et distinguer.

477 . La mission d'identification des actes de l'état civil est considérée comme sa mission principale, traditionnelle et probatoire pour laquelle il s'agit de « *constater de manière authentique, sur des registres tenus à cet effet, les principaux événements dont dépend l'état des personnes* »[2234]. La seconde mission consiste en la justification de la mise en place de traitements ou un cadre différencié selon l'état mentionné dans l'acte. En cela, l'état civil constitue l'« *ensemble des qualités inhérentes à la personne que la loi civile prend en considération pour y attacher des effets de droit* »[2235]. Dans cette hypothèse, on sélectionne les éléments et on ne prend que ceux qui font naître des effets de droit[2236], comme la date de naissance par exemple qui déterminera si la personne est majeure ou mineure, et donc se voir appliquer l'un ou l'autre régime juridique.

Mais toutes ces propositions sont-elles vérifiables concernant la mention du sexe sur les actes de l'état civil ?

478 . Sur l'identification d'abord, la place de la mention du sexe dépend de son caractère actif ou passif, c'est-à-dire, s'il crée du Droit ou s'il constate une situation de fait[2237]. Aujourd'hui, il semblerait que la mention du sexe à l'état civil se caractérise par son aspect passif, car elle ne fait que déclarer ce que le médecin à la naissance aura déjà constaté et vérifié. Dès lors, sans pour autant pratiquer d'opération d'assignation sexuelle, le médecin pourra constater la naissance d'un garçon ou d'une fille alors même que l'étude des composantes du sexe ne peut l'affirmer en toute certitude. Dans ce cas de figure, l'état civil n'a pas à refléter la réalité, puisqu'il est lui-même le lieu de certaines fictions déjà bien ancrées, notamment en matière de filiation[2238], et la volonté individuelle tient donc une place déterminante dans l'élaboration de certains éléments de l'état.

L'autre particularité du sexe à l'état civil tient dans son caractère performatif[2239], dans sa capacité à évoluer au fil du temps au gré des ressentis des individus, surtout, depuis que la loi

---

[2233] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *Ibid.*, p. 69.

[2234] A., LEFEBVRE-TEILLARD, v° *état civil in* D., ALLAND, S., RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique,* Quadrige, Lamy, PUF, 2003 ; J.-P., BRANLARD, *Ibid.*, n°21.

[2235] V° *état civil in* H., CAPITANT, *Vocabulaire juridique,* Quadrige, PUF, 2001.

[2236] C., BYK, « Quelle place pour un « troisième sexe » en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », *in Mélanges en l'honneur du Professeur C., NEIRINCK,* LGDJ, 2005, p. 185.

[2237] M., PICHARD, « Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel BORILLO), *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p.279.

[2238] Défenseur des Droits, Décision cadre MLD-MSP-2016-164, 24 juin 2016, p. 15.

[2239] P.-H., CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p.177.

de novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXIème siècle[2240] est venue consacrer un droit au changement de sexe en opérant une démédicalisation des conditions de modification juridique de sexe. Ce caractère performatif avait d'ailleurs été soulevé lors de la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme, dans sa décision *Botella c/ France* de 1992[2241], dans laquelle les juges strasbourgeois avaient consacré une véritable « *obligation de discrétion voire de réserve de la part de l'État* »[2242] qui se matérialise par une obligation de rectifier l'état civil. De cette manière, « *l'intervention de l'État, y compris sous la forme de la reconnaissance des droits subjectifs, peut contribuer à favoriser l'exploration de l'individu de diverses conceptions de la vie bonne* »[2243].

Au final, la mission d'identification de l'état civil existe toujours, mais elle a opéré un glissement, voire un dédoublement d'une mission de police civile, et donc d'ordre public vers une mission purement individuelle. D'une part, l'identification maintient, dans une moindre mesure, son but de contrôle au seul bénéfice de l'État, d'autre part elle permet à ce dernier de remplir les exigences imposées par la C.E.D.H. en favorisant « *l'exploration de l'individu de diverses conceptions de la vie bonne* »[2244].

Néanmoins, ces exigences européennes ne sont pas remplies de manière satisfaisante et l'exploration des individus est limitée dans l'appréciation restreinte du sexe à l'état civil. En effet, puisqu'il n'existe que deux possibilités, la mention du sexe ne saurait être suffisante à la distinction et à l'identification des êtres entre eux[2245]. Le ministère de l'intérieur lui-même admet que le sexe est un élément parmi tant d'autres et surtout qu'il n'est pas « *un élément indispensable à l'identification des personnes devant être reproduit sur une demande d'accès à certains services* »[2246], et prône donc une rationalisation des cas dans lesquels le sexe devrait être dévoilé.

479 . Ensuite, l'état civil est l'acte probatoire par excellence de la qualité de personne physique[2247], il est le sésame vers l'attribution et l'exercice des droits. Ce caractère probatoire tient de sa qualité d'acte authentique[2248], opposable à tous[2249] s'étendant à tous les autres actes

---

[2240] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016.
[2241] C.E.D.H., 25 mars 1992, *Botella c/ France,* n°13343/87.
[2242] A.-S., CHAVENT-LECLERE, « Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme », *D.*, 2003, n°30, p. 2034.
[2243] O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, 1999, n°40, p. 857.
[2244] O. DE SCHUTTER, *Ibid*.
[2245] B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p. 11.
[2246] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 69.
[2247] Décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil, *JORF*, du 9 août 1962, p. 7918 ; B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p.51.
[2248] Déduction par la combinaison des articles 57 et 1317 du Code civil.

qui lui sont accessoires, notamment les rectifications ou les jugements supplétifs qui apparaîtront en sa marge[2250] . De même, la force probante de l'original s'étend aux copies intégrales ou aux extraits de l'acte de naissance qui feront foi jusqu'à inscription de faux si les éléments litigieux ont pu être constatés par l'officier d'état civil, ce qui ne concerne pas le sexe qui lui est déclaré. Les éléments de l'état qui n'ont pas été constatés par l'officier d'état civil font quant à eux foi jusqu'à preuve du contraire[2251]. Or, quelle est la portée de cette faculté de rectification si la preuve du contraire demandée est limitée à la binarité sexuelle ? Que se passe-t-il si effectivement la personne est assignée dans un sexe et apporte la preuve qu'elle n'appartient ni à l'un, ni à l'autre ? Comment le Droit peut-il répondre à cette interrogation ? Cette dernière question trouve une réponse provisoire[2252] dans la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 mai 2017[2253]. Les juges estiment que même si la binarité porte atteinte au droit à la vie privée tel qu'énoncé à l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, elle remplit un intérêt largement supérieur car « *elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* », en dépit de l'absence de disposition légale l'instituant. Dès lors, si le sexe à l'état civil est faux et qu'aucun moyen de rétablir la vérité n'est possible, nous pouvons légitimement douter de l'efficacité de sa place dans un acte dont l'une des fonctions est probatoire. Un contre-exemple peut être donné avec la filiation adoptive ou encore à la suite d'une possession d'état, qui émanent toutes deux de fictions juridiques. La différence entre le sexe et la filiation se situent au niveau des effets de droit, ainsi l'établissement d'une filiation, quel qu'en soit le fondement, va produire des effets de droit auprès des parents mais aussi auprès des enfants, tandis que les effets de droit relatif à la mention du sexe ne sont pas facilement identifiables aujourd'hui.

480 . Alors pourquoi maintenir le sexe à l'état civil s'il n'opère en faveur d'aucun des intérêts en présence ?

[2249] Trib. civ. Seine, 6 fév. 1948.

[2250] Deux conditions doivent néanmoins être remplies pour que l'acte de naissance puisse pleinement bénéficier de son aura probatoire : que l'acte ait été délivré par le dépositaire légal du registre de l'année courante, c'est-à-dire, soit le maire, soit son adjoint, et que soit inscrits en toutes lettres la date de la délivrance, la signature et le sceau de ladite autorité.

[2251] Civ. 1ère, 16 juillet 1969, *Bull. civ.,* I, n°277 ; TGI Saint Etienne, 26 mars 1980, *D*. 1981, 270 ; PLANIOL, RIPERT, R., SAVATIER, *Traité pratique de droit civil français,* Tome 1, *Les personnes,* 2ème éd., 1925.

[2252] Provisoire car nous espérons, comme M. MORON-PUECH, que la C.E.D.H. rendra une décision qui permettra au requérant de demander un nouvel examen en vertu des nouvelles dispositions des articles L 452-6 du Code de l'Organisation Judiciaire et 1031-23 du Code de procédure civile.

[2253] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.,* 2017, p. 1373 ; P., LE MAIGAT, *op. cit*. ; B., MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *D.,* 2017, p. 1404 ; *D.* 2017, 981 ; *JCP Not. Imm.*, n°19, 2017, 542 ; *JCP G,* n°13, 2016, 356 ; C., BERLAUD, *Gaz. Pal.,* n°20, 2017.

En effet, la mention du sexe n'a aucun intérêt pour la personne titulaire de l'état civil, dans la mesure où les mentions proposées portent atteinte à son droit à l'épanouissement[2254], car elles empêchent d'accéder au « *droit pour chacun d'établir les détails de son identité* ».
L'État aussi oscille entre une absence et une quasi absence d'intérêt dans le maintien du sexe à l'état civil, sinon la binarité. D'une part, son intérêt est nul car un tel maintien contrevient à ses obligations envers la C.E.D.H., notamment l'article 8, car en l'absence de l'intégralité des conditions de l'alinéa second de cette article[2255], il n'entre pas dans les cas d'ingérence admis, n'en déplaise à la Cour de cassation[2256]. De plus, même s'il n'existe pas de consensus significatif entre les États membres, l'ingérence doit être prévue par la loi et même si cette dernière enjoint qu'une mention du sexe doit figurer sur les actes de l'état civil, elle ne dispose pas que le sexe doit être exclusivement masculin ou féminin. D'autre part, l'intérêt de l'État est quasi nul puisqu'à l'origine le décret de 1955 instituant la Carte nationale d'identité[2257] n'imposait pas que le sexe y soit mentionné, de sorte que tous les éléments de l'acte de naissance ne sont pas nécessaires à l'identification des personnes.

481 . Notre société a fortement évolué et s'est attelée à remettre en cause les certitudes sur lesquelles elle s'est construite. Cette évolution a par ailleurs été accélérée par l'émergence de nouveaux droits qui offrent plus de possibilités de prise en main de la vie privée qui doit être encouragée, sinon facilitée par l'État. L'état civil, en ce qu'il touche à ce qu'il y a de plus fondamental dans la qualité de sujet de droit n'y échappe pas, et « *l'état des personnes ne saurait être un carcan qui s'opposerait aux mutations de l'existence* »[2258], qu'elles soient physiques ou sociales. Dès lors, la mention du sexe à l'état civil doit évoluer, soit dans son essence même, il s'agira alors de considérer que le sexe est un aspect de la vie privée des personnes qui peut apparaître sur l'acte de naissance, mais pas nécessairement sur les documents qui attesteront de l'identité de la personne auprès des tiers. Soit dans son contenu, en revoyant la nécessité du modèle dual. En somme, certaines informations demeurent

[2254] B., MORON-PUECH, *Ibid.,* p. 69 ; B., MORON-PUECH, « Les mentions du sexe et les documents d'identité : par-delà la binarité », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».
[2255] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 69 ; B., MORON-PUECH, « Les mentions du sexe et les documents d'identité : par-delà la binarité », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».
[2256] Civ. 1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189, *D.* 2017, 981 ; 1399 ; *JCP Not. Imm.*, n°19, 2017, 542 ; *JCP G,* n°13, 2016, 356 ; C., BERLAUD, *Gaz. Pal.,* n°20, 2017 ; J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *op.cit.* ; P., LE MAIGAT, *op. cit.* ; B., MORON-PUECH, *Ibid*.
[2257] Décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité, *JORF*, 27 octobre 1955, p. 10604.
[2258] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p.504.

aujourd'hui inutiles aux missions d'identification et probatoire de l'état civil, auxquelles s'ajoute un environnement juridique favorable à une réforme du sexe juridique.

B . Un environnement juridique propice à la mutation de l'état civil

482 . Cet environnement peut se scinder en deux selon que l'on se situe dans un environnement global où la mutation envisagée concernerait toute personne qui a un état civil, ou dans un environnement limité, où elle ne viserait que les personnes dont le genre n'est pas binaire, notamment pour les personnes intersexes.

483 . D'une part, de manière générale, la doctrine s'accorde pour annoncer la fin des règles dites sexospécifiques, mettant ainsi un terme à l'approbation juridique de l'infériorité de l'« *imbecillitas sexus* »[2259]. Ainsi, un certain nombre de lois égalitaires ont été promulguées afin de rétablir un équilibre entre femmes et hommes [2260], notamment au sein même de la cellule familiale qui voit l'autorité parentale se substituer à la puissance paternelle[2261] ou encore, la femme s'émanciper de son époux [2262]. Certains auteurs parlent même de désexuation du Droit[2263] depuis la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe[2264] qui fait des « *père et mère* » les « *parents* », des « *époux et épouse* » les « *époux* » ou les « *conjoints* ».

[2259] G., NEYRAND, S., MAKBOUL, *Corps sexué de l'enfant et normes sociales. La normativité corporelle en société néolibérale*, Érès, 2014, p. 60. Sur une évolution v. L., LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit, Actes du XVIIème colloque national de la Confédération des Juristes catholiques de France*, Pierre Téqui éditeur, 2002, p. 45, 52 et s.
[2260] G., NEYRAND, S., MAKBOUL, *Ibid.*, p. 61.
[2261] Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JORF*, 5 juin 1970, p. 5227.
[2262] Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalite des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JORF*, 26 décembre 1985, p. 15111.
[2263] M., PICHARD, *Ibid.* ; P., GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », La revue des droits de l'homme, n°6 [En ligne], 8|2015, mis en ligne le 21 nov. 2015, consulté le 30 septembre 2016, url : http://revdh= ;org/1660 ; DOI :10.4000/revdh.1660.
[2264] Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF*, n°0114, 18 mai 2013, p. 8253.

Malgré tout, il existe encore des articles sexués dans le Code civil[2265], principalement au sujet de la filiation, ce qui montre bien que le Droit reste néanmoins attaché[2266] à la nature qui ne permet qu'aux couples mixtes[2267] de pouvoir procréer sans l'aide de la médecine ni du Droit. C'est donc ainsi qu'il existe une présomption de paternité des articles 312 à 315 du Code civil, mais qui ne concerne pas en réalité les capacités reproductrices d'homme, mais sa qualité d'époux de la mère. De même, il existe une présomption de maternité à l'article 311-25 du même Code, ainsi qu'un certain nombre de droits liés à la filiation qui ne sont exerçables que par une personne de sexe féminin *a priori*[2268].

Mais en réalité on s'aperçoit que ces régimes de différenciation ne sont pas fondés directement sur le sexe[2269], mais sur un état dont l'origine **peut** émaner de l'appartenance à un sexe. Nous le savons pour la présomption de paternité qui n'existe que par la qualité d'époux de la mère, mais la présomption de maternité peut également être justifiée par un état : celui de la grossesse qui n'est aujourd'hui plus réservé aux personnes de sexe juridique féminin, en témoigne l'exemple de Thomas BEATIE aux U.S.A.[2270].

Le mouvement de deséxuation du Droit n'est pas unanime et d'autres auteurs penchent pour une resexualisation des normes avec l'essor des mesures de discrimination positive, notamment en matière de parité politique, économique et dans la fonction publique[2271]. Cependant, dans cette hypothèse, la discrimination positive n'est pas complète car elle exclut, par la binarité actuelle certaines personnes, notamment les personne intersexes qui ne s'identifient à aucun des deux sexes, de missions politiques, économique ou de la fonction publique. L'obstacle pourrait être vite levé si une nouvelle catégorie venait à être instituée, où seraient alors représentés de manière proratisée en fonction du nombre national de personnes appartenant à chacune des catégories, les hommes, les femmes et les « *autres* ». Mais aussi en annihilant totalement le sexe à l'état civil, par une « *indifférenciation complète* »[2272], néanmoins, même si l'action est juridique le plus gros du travail reste culturel et peu prévisible. La première proposition n'est par ailleurs pas souhaitable, car elle aurait pour conséquence une plus grande stigmatisation des personnes non binaires.

[2265] G., NEYRAND, S., MAKBOUL, *op. cit.*, p. 62.

[2266] Les auteurs parlent « d'allégeance à la nature », G., NEYRAND, S., MAKBOUL, *op. cit*.

[2267] Entendons hétérosexuels.

[2268] Notamment l'interruption volontaire de grossesse de l'article L2212-1 du Code de la santé publique ou encore l'accouchement sous X de l'article 326 du Code civil.

[2269] A., GOGOS-GINTRAND, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *RDSS*, 2016, p. 920.

[2270] B., MORON-PUECH, « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », note sous Cons. const. 17 nov. 2016, n°2016-739, *Loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, RDLF,* 2016, chron. n°28 ; J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier ? », *D.,* 2017, n°25.

[2271] P., GUEZ, *Ibid.*

[2272] C., DUVERT, « L'homme et la femme dans le Code civil ou La dialectique du donné et du construit », *in* P., BLOCH (dir.), C., DUVERT, N., SAUPHANOR-BROUILLAUD, Economica, coll. «Études juridiques », 2006, p. 25 et s.

484 . D'autre part, l'environnement juridique spécifique aux personnes intersexes tend lui aussi à s'analyser comme un facteur de mutation de l'état civil. En effet, la mention du sexe à l'état civil et plus spécialement la binarité qui y est attachée, sont malmenées et deviennent inadaptées pour une société démocratique, par l'appropriation des droits relatifs à l'identité et à l'épanouissement personnel par les personnes intersexes. Aujourd'hui, ces droits sont interdits aux personnes présentant une variation du développement génital ne s'identifiant à aucun des deux sexes consacrés. Ils se situent dans un « *no human land* »[2273] et reprochent au Droit ne pas les faire exister[2274].

Bien sûr, il existe la possibilité de faire rectifier la mention du sexe sur l'acte de naissance, mais encore faut-il que cette faculté de réparation d'une erreur qui est encore aujourd'hui considérée comme matérielle, prenne en considération l'existence d'options non binaire[2275]. Une action d'état pourrait également être envisageable et constituer une nouvelle action en contestation ou en établissement de sexe, encore faudra-t-il que les actions aboutissent, ici encore, à un résultat non binaire. Cependant, en ce qui concerne l'action d'état, il est admis qu'elle constitue une action contentieuse qui va entraîner « *la modification d'un élément fondamental de l'état des personnes* »[2276]. Or, nous tentons de démontrer qu'aujourd'hui le sexe n'est plus un élément fondamental de l'état des personnes dans les missions traditionnelles de l'acte d'état civil.

485 . Le maintien de la binarité sexuelle et à plus forte raison, du sexe sur l'acte de naissance contribue à alimenter la logique du tiers-exclu[2277] pour toutes les personnes, intersexes ou non, qui réfuteraient leur appartenance à l'un ou l'autre sexe, en usant du droit à l'épanouissement personnel et ainsi, soulignant l'insuffisance du modèle binaire.

De manière plus globale, nous assistons à un « *glissement progressif de l'état civil d'une pure opération administrative vers un symbole d'existence et de rattachement à une catégorie* »[2278]. En témoigne, par exemple, la mise en place de l'acte d'enfant sans vie par la loi du 8 janvier 1993, qui permet aux individus qui ont investis une grossesse de se voir

---

[2273] V., GUILLOT, « Me dire simplement », in E., PEYRE et al., *Mon corps, a-t-il un sexe ?,* La Découverte, 2015, p. 296.
[2274] V., GUILLOT, *Ibid.*, p.300.
[2275] V. notamment Cour royale de Poitiers, 1ère ch., 9 mai 1843 et 26 mai 1846, *Recueil Sirey*, 1846, 2, p.462-463 ; [2275] V. CA Paris, 8 déc. 1967, *JCP G*, 1968, II, 15518 bis, note P. N. ; *D.*, 1967, p. 289 ; *RTD Civ*, 1968, p. 536, note NERSON.
[2276] Sur ces actions, v. J., BUFFELAN-LANORE, « Actes de l'état civil », J.-*Cl. Civil Code*, Art.99) 101, Fasc. 20 (2000).
[2277] F., RIGAUX, « Les transsexuels devant la Cour européenne des Droits de l'Homme : une suite d'occasions manquées », *RTDH*, 1998, p. 144.
[2278] J., HAUSER, « Etat civil : du rôle et de la signification de l'état civil », *RTD Civ*., 2003, p. 475.

reconnaître le statut de parents alors même que l'enfant n'a pas survécu à la délivrance[2279], sans toutefois faire valoir les droits relatifs à la parenté. Le sexe a tendance à faire partie de ces éléments symboliques montrant l'attachement ou le détachement des individus à cette classification sommaire. Le sexe est une qualification[2280]. L'avènement des règles égalitaires permet d'adopter une nouvelle lecture de la portée juridique de l'inscription de la différenciation sexuelle dans l'état civil[2281], pour conclure à son inutilité.

En effet, s'enfermer dans deux choix sexués aboutit à deux principaux écueils[2282], d'abord, à une définition erronée du sexe par notamment l'abstraction faite de la composante subjective, mais aussi des variations possibles des composantes objectives. Le second écueil tient dans l'affirmation de la logique du tiers-exclu par la marginalisation indirecte des personnes intersexes qui se retrouvent « *dans les oubliettes de l'état civil* »[2283].

En définitive, « *le sexe n'est pas un élément indispensable de l'identification des personnes* »[2284], il est devenu une mention superflue[2285] de cet état qui crée plus de désordre que d'ordre, nécessitant une approche légistique particulière.

II . De l'art de réformer sur le sexe

487 . La légistique est un art complexe, sans prétention de vouloir développer méticuleusement les différentes étapes de l'action législative, il nous semble opportun d'en aborder quelques aspects en lien avec nos projets de réformation du sexe (A). Cette

[2279] Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* n°7, 9 janvier 1993, p. 495.

[2280] Ph. REIGNÉ, « Le notion juridique de sexe », *in* E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 304.

[2281] M., PICHARD, « Etat des personnes, genre et identité », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

[2282] M.-X., CATTO, *Ibid.*, p.32.

[2283] D., MAZEAUD, « Sexe neutre à la Cour de cassation : rejet ! », *JCP G,* 2017, 663, 1129.

[2284] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg, Novembre 2012, p. 65 ; Conseil d'éthique allemand : Deutscher Ethikrat, intersexualität. Stellungnahme, Berlin, 2012, p.142-144.

[2285] P., GUEZ, *op. cit.*

réformation ne fera pas exception à l'étude des différentes méthodes de création du Droit, et nous conclurons, malgré les obstacles d'ordre juridiques et sociaux, en une prise de position constructiviste (B).

A . Quelques aspects de légistique

488 . La particularité de la norme de manière générale, tient dans son caractère éminemment abstrait, c'est-à-dire, qu'elle ne prend pas en compte des faits particuliers dans un but de stabilité[2286]. Ce trait justifie par ailleurs le fait que, le changement de sexe de l'article 61-5 du Code civil, n'a aucun effet rétroactif sur la filiation et les engagements contractuels déjà formés.

Néanmoins, il n'est pas rare d'entendre parler dans les amphithéâtres des Facultés de Droit d'emballement ou d'inflation législatif qui contribue à la « *crise de la normativité juridique* »[2287]. En effet, de plus en plus de lois sont votées sans que soit recherchée l'application d'une autre norme plus ancienne qu'il aurait simplement fallu amendée, et avec laquelle la nouvelle norme se retrouvera en concurrence. Cette crise de la normativité se ressent également dans la qualité des lois votées dont certaines sont indéniablement bâclées dans la mesure où elles se contentent d'afficher de nouveaux principes sans considérations des « *droits annexes* » ou des conséquences collatérales. À l'image, par exemple, de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe qui n'a pas réglé à sa promulgation les conséquences liées aux différents modes d'établissement de la filiation, ou encore la loi « *J21* » qui n'a toujours pas précisé les modalités de dissolution de l'union matrimoniale antérieure et qui n'assure pas un droit à l'oubli effectif de l'ancien sexe ou, d'un autre point de vue, en fait un droit à la merci des conjoints et descendants en ligne directe de la personne. Pour les personnes intersexes, la crise de la normativité se manifeste aussi par la cohabitation de l'article 57 du Code civil et du point 55 de l'I.G.R.E.C., plus spécifiquement de la

[2286] F., BRUNET, *La normativité en droit,* Thèse, Mare&Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011, p.198.
[2287] F., BRUNET, *Ibid*.

supériorité du second, qui n'est qu'une circulaire non impérative, sur le premier au cas où le médecin se retrouve dans l'incapacité de déterminer le sexe de l'enfant. La hiérarchie des normes est ici mise en péril.

489 . De plus, la loi « *J21* » est venue alimenter les sources de la crise en intégrant dans le Code de l'organisation judiciaire un nouvel article L 452-1 qui vient porter un coup à l'autorité de la chose jugée, mais aussi au principe *non bis in idem*, puisqu'il instaure la faculté de réexamen d'une décision civile devenue définitive[2288]. Cette faculté n'est ouverte que pour les décisions qui concernent l'état des personnes et uniquement pour les parites à l'insatnce initiale qui y ont un intérêt. Ce réexamen ne peut avoir lieu que lorsqu'une décision de la C.E.D.H. a été rendue et qu'elle conclue en une violation de la Convention ou de ses protocoles par l'État, qui a entraîné des dommages particulièrement graves à la personne. Ce recours se prescrit dans l'année qui suit la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme. Outre le fait que cette disposition érige la C.E.D.H. en véritable juridiction de contrôle de la Cour de cassation, elle signe la fin de la marge d'appréciation des États membres, et pourrait entraîner des cycles juridictionnels sans fin puisque l'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose des règles de recevabilité des saisines, ne tient pas compte du principe *non bis in idem.* Dès lors, si à la suite d'un réexamen en droit interne, les juridictions françaises restent sur leurs positions initiales, rien n'empêche le requérant de saisir à nouveau la C.E.D.H. car il restera toujours victime d'une violation des dispositions de la Convention.

490 . La fin des problématiques liées au sexe et à la binarité devrait contribuer à accentuer encore cette crise de la normativité, puisqu'il convient de revoir ou de créer un nouveau statut du sexe ou du genre. À ce titre, il existe deux méthodes qui permettent la création d'un statut, l'une négative et l'autre constructive.

La première méthode, également appelée abstentionniste consiste à recycler un régime de protection déjà existant. Nous ajoutons la condition *sine qua non* de l'analogie des situations, c'est-à-dire, que cette méthode n'a de réel succès que lorsqu'elle s'applique à des situations sensiblement identiques. Par exemple, le mineur émancipé n'a pas de statut particulier, et outre le fait qu'il occupe en tout huit articles dans le Code civil, son régime peut être qualifié d'hybride, dans le sens où il renvoie à celui des majeurs, tout en conservant des bribes du régime protecteur applicable aux mineurs. Ainsi, la vie civile du mineur émancipé est menée

[2288] M., DOUCHY-OUDOT, « La loi nouvelle est arrivée ! », *JCP G*, n°48, 1268, 2016.

comme celle des majeurs, tandis que le régime du mineur non émancipé reprend le dessus en cas de mariage ou d'adoption[2289].

La seconde méthode est dite constructive, pour la simple et unique raison qu'elle consiste en la fabrication de toutes pièces d'un régime juridique, à l'image de la loi du 3 janvier 1968, portant certes réforme, mais créant le droit des incapables majeurs[2290]. Sur cette seconde méthode, les juges de la Cour de cassation dans la décision du 4 mai 2017, semblent mettre en garde le législateur sur l'ampleur d'un tel chantier[2291]. Le législateur contemporain demeure de toute façon frileux à cette méthode et préfère, soit réapproprier un régime déjà existant, soit adopter une attitude négationniste, ne laissant pas d'autres choix aux juges que de composer avec les règles existantes et les exemples sont flagrants pour les sujets qui nous concernent[2292]. Enfin, la méthode abstentionniste peut également conduire à l'intervention du législateur après que les juges aient soulevé une zone de non droit, c'est le cas de l'appréhension par le corps juridique du syndrome de dysphorie du sexe ou du transsexualisme, c'est la voie que nous espérons que suivra la réforme sur la binarité sexuelle après que le tribunal de grande instance de Tours ait soulevé l'existence d'un « *vide juridique* » à ce sujet[2293].

491 . Dès lors, l'initiative de cet abandon[2294] – du sexe ou de la binarité – pourrait émaner des juges si la C.E.D.H. se prononce favorablement pour le requérant, mais elle sera nécessairement législative puisque l'article 34 de la Constitution réserve l'élaboration des normes relatives à l'état des personnes au pouvoir législatif. Aucun obstacle théorique particulier ne vient s'ériger devant la possibilité d'une intervention législative. Les pessimistes mais néanmoins réalistes, disposent toutefois d'un argument pratique en lien avec le précédent législatif de la loi dite « *Mariage pour tous* » dont les non sympathisants ont opposé une farouche résistance au nom du modèle familial traditionnel. Il sera en l'espèce, malaisé de justifier qu'une mesure législative soit prise en priorité au profit d'une minorité qui

---

[2289] Voir l'article 413-6 du Code civil : « *Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile. Il doit néanmoins, pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé.* »

[2290] Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JORF du 4 janvier 1968, p. 114, abrogée par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56, du 7 mars 2007, p. 4325, texte n°12.

[2291] Pour reprendre les mots de M., MORON-PUECH. V. B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p. 11.

[2292] Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253, texte n°3 ; Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016.

[2293] T.G.I. Tours, 20 aout 2015, *D.,* 2015, 2295, note F., VIALLA, *AJ Fam.,* 2015, 613, obs. S., LE GAC-PECH ; *RTD civ*, 2016, 77, obs. J. HAUSER ; R., LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *D.,* 2016, 20.

[2294] Sur les spéculations d'un auteur v. B., MORON-PUECH, *Ibid.*, p. 5 et s.

n'est même pas visible alors que d'autres problèmes sont plus importants pour la majorité[2295], à moins de recourir aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

492 . La méthode abstentionniste est dangereuse pour l'État qui vit dans le sursis de voir cette pratique sanctionnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme, tandis que la méthode constructiviste est indispensable, même si sa mise en œuvre peut prendre plusieurs formes. En effet, il n'est pas forcément nécessaire de se passer du sexe, il peut être également envisagé de compléter le droit positif à différents niveaux.

B . Options envisageables pour une réforme du sexe à l'état civil

493 . Ces options ne sont pas légion et ne se déploient qu'en trois possibilités largement partagées[2296] que sont le maintien du *statu quo*, correspondant à la méthode abstentionniste prônant l'inertie totale, la réforme des cas de modification du sexe, ce qui implique de revoir le modèle binaire, et enfin la création du Droit en neutralisant purement et simplement le sexe.

Sur la première proposition, elle n'est évidemment pas souhaitable tant elle ignore les droits individuels des personnes concernées et tant elle risque de faire condamner, sans doute dans peu de temps, la France par la Cour de Strasbourg. La seconde, fait directement écho à nos développements précédents qui ont révélés que les régimes déjà existants des articles 99 ou 61-5 du Code civil ne sont pas satisfaisants, puisque leur faculté de modification du sexe est limitée aux genres masculin et féminin. Pour qu'elle soit efficace, un travail de rejet de la binarité doit être mis en place, ce qui nous amène à la dernière option. La troisième proposition est en effet, la plus intéressante, bien que la plus complexe dans sa mise en œuvre,

[2295] C., BYK, *Ibid.*, p. 185.

[2296] F., VIALLA, note sous CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, *JCP G,* n°17, 25 avril 2016, 492, p. 855 ; Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p. 64 ; Conseil d'éthique allemand : Deutscher Ethikrat, *intersexualität. Stellungnahme*, Berlin, 2012, p.142-144.

et semble partager l'assentiment de la Cour d'appel d'Orléans à l'occasion de son signal à légiférer dans sa décision de rejet[2297]. La Cour de cassation rompt avec cet élan en mettant en garde le législateur des retombées importantes qu'une loi sur le sexe ou la binarité pourraient donner sur le droit positif français. Michèle GOBERT souligne par ailleurs sa déception dans l'attitude de la Haute juridiction qui « *nous a pourtant habitués à innover, anticipant pour suivre la société en mouvement parce qu'elle est la première à y être sensible et la première, surtout, en capacité à répondre à l'écho dès qu'interpellée* »[2298], comme elle l'a d'ailleurs fait plusieurs reprises sans états d'âme, lorsqu'elle affirmait que le mariage était l'union d'un homme et d'une femme ![2299]

D'autant plus que le sexe est devenu une mention purement symbolique dans sa mission d'identification des personnes, en témoigne l'intérêt des tiers dans son maintien[2300]. D'un côté, ceux qui consultent les documents d'identité ou encore ceux qui ont accès aux actes de l'état civil, n'ont pas besoin de la mention du sexe sur ces documents pour pouvoir identifier convenablement la personne. Cette dernière se démarquera aisément par son nom patronymique ou encore la photographie ornant ledit document, sans compter les informations contenues dans les données biométriques. Néanmoins, la présence d'une mention sexuée peut s'avérer utile pour faciliter l'application des règles sexuées, si toutefois nous ne nous plaçons pas sous notre proposition de ne plus prendre en compte l'appartenance à l'un des deux sexes, mais à un état de fait pour leur application. Dans cette hypothèse, il conviendrait de ne pas faire figurer le sexe sur certains documents, et de le laisser opérer sur d'autres, comme actuellement avec le permis de conduire qui ne mentionne pas le sexe, mais dont la force probante est mitigée. D'un autre côté, les textes qui déterminent le contenu de ces documents sont des décrets dont les amendements sont aisés à mettre en place[2301].

[2297] M., GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G,* n°25, 716, 1224 ; F., VIALLA, *Ibid.*, p. 853 ; J.-R., BINET, « Sexe neutre : un utile rappel à la loi », *Dr. Fam.,* mai 2016, 8. ; J., FONTANA, « Ni homme, ni femme… Bien au contraire », *RDS,* n°78, 2017, p. 563-565 ; F., VIALLA, « État civil (sexe neutre) : pas de création d'une troisième catégorie de sexe », *D.,* 2017, p. 1399.

[2298] M., GOBERT, *Ibid*., 1225.

[2299] Ou encore lorsqu'elle a innové avec l'action *de in rem verso* dans sa décision Req. 15 juin 1892 et qui n'est apparue dans le Code civil à l'article 1303 avec l'ordonnance du 10 février 2016. V. M., GOBERT, *op. cit.*, 1226 ; H., CAPITANT, F., TERRÉ, Y., LEQUETTE, F., CHENÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* t. 2, 13ème éd., 2015, 241.

[2300] B., MORON-PUECH, « Les mentions du sexe et les documents d'identité : par-delà la binarité », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

[2301] Pour la carte nationale d'identité, Décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité, *JORF*, 27 octobre 1955, p. 10604. Pour les passeports, Décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques, *JORF* n°304, 31 décembre 2005, p. 20742. Même si pour les passeports, leur contenu est avant tout déterminer par l'organisation internationale de l'aviation civile qui a rendu la mention du sexe obligatoire, cette exigence se trouve dans une annexe des statuts de l'organisation qui peut être modifiée par les 2/3 des membres du Conseil. Au regard du nombre sans cesse croissant de pays reconnaissant soit l'absence de sexe, soit un troisième sexe, cette proportion pourrait être facilement atteinte.

494 . Toutes ces considérations tiennent d'un aspect théorique, mais des obstacles pratiques assombrissent le tableau. Le premier a été soulevé par la Cour de cassation dans la décision du 4 mai 2017 et concerne le large remaniement des règles de droit à mettre en place, sans pour autant préciser lesquelles, quelle que soit l'option choisie, c'est-à-dire créer un sexe ou abolir le sexe. Cet obstacle ne pourrait devenir qu'une formalité terminologique si nous accédons à notre proposition de faire prévaloir les états de fait plutôt que les conséquences d'un état lié à l'appartenance sexuée des individus. De cette manière, les règles de droit du travail à destination de la femme en situation de grossesse, sont ouvertes à toute personne en état de grossesse, peu importe son sexe, pourvu que cette personne porte la vie en elle.

495 . Le deuxième obstacle s'attache à des considérations quantitatives et vise le faible nombre de personnes concernées. Cet aspect n'est bien évidemment pas entendable car même si le Droit est l'expression du plus grand nombre, il ne doit pas exclure les personnes vulnérables par leur état et par leur nombre de ses dispositions[2302]. De plus, il est question de sexe et de genre et ces deux concepts ne sont pas l'apanage des individus en état d'intersexuation et jusqu'à preuve du contraire, tout le monde a un genre (mais tout le monde n'a pas de sexe… Pour l'instant), tout le monde est donc concerné. Il ne faudrait pas que la refonte du sexe ait pour objectif de créer le désordre dans l'organisation juridique des personnes et il ne faudrait pas non plus que tous les aspects du genre soient reconnus par le Droit. Mais une personne qui s'identifie *genderfluid* pourra choisir de ne faire apparaître sur ses documents d'identité aucune mention de sexe ou une mention autre et non changer de sexe au gré d'un ressenti ponctuel.

496 . Enfin, le dernier obstacle est sociétal et concerne la « *panique morale* »[2303] de la même manière que celle qui a envahie les rues à la suite de l'adoption de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Il s'agit d'« *une situation,* [d'] *un événement ou* [d'] *un groupe de personnes* [qui] *apparaît désigné comme une menace aux valeurs et intérêts de la société ; sa nature est présentée de façon simplifiée et stéréotypée par des médias de masse. Des rédacteurs en chef, des évêques, des politiciens et d'autres bien-pensants érigent des barricades morales ; des experts socialement accrédités y vont de leurs diagnostics et de leurs solutions* »[2304]. Tout cela sans qu'aucune intervention de leur part ne leur ait été demandée et souvent, sans même que la mesure dont il est question ne les concerne directement. Ces objecteurs de pensée unique refusent « *d'aller jusqu'au bout* [des]

[2302] M., GOBERT, *op. cit.*, 1226.
[2303] D., BORILLO, « Mariage pour tous et homoparentalité, Les péripéties du conservatisme de gauche », *in* B., PERREAU, J. W., SCOTT, *Les défis de la République. Genre, territoires, citoyenneté,* SciencesPo Les Presses, 2017, p. 89.
[2304] S., COHEN, *Folk Devils and Moral Panics,* Mc Gibbon and Kee, 1972.

raisonnements moraux, lorsqu'il nous oblige à endosser des conclusions incompatibles avec nos préjugés les plus enracinés »[2305].

La panique morale constitue en réalité le principal obstacle à une réformation du sexe. En effet, le Droit peut agir concrètement mais les résultats dépendent de l'accueil des mesures par la société toute entière.

497 . La réforme du sexe est indispensable. En effet, « *l'indication du sexe sur les actes de l'état civil ne sert presque plus à rien,* […] *grâce ou à cause de la loi sur le mariage pour tous* »[2306]. Cette affirmation, même si elle use de raccourcis non vérifiés, n'en demeure pas moins vraie, et nous pousse à nous interroger sur l'opportunité de renoncer à notre « *ordre social devenu largement virtuel* » aujourd'hui[2307]. Sans hésitation notre réponse est positive mais nos propositions ne sont pas si catégoriques et il conviendra de composer entre deux solutions[2308] : garder le sexe mais se défaire du binaire ou supprimer la mention du sexe à l'état civil, à l'instar de la proposition du parti socialiste espagnol.

Nous prenons le parti de suivre les propos de M. BYK, mais également ceux de la Haute autorité de santé, qui encourage le droit à « *faire du genre* [sexe] *une affaire privée* » qui ne doit apparaître aux yeux du Monde que lorsque c'est nécessaire, comme la religion ou l'ethnie, sans remettre en cause la différence de sexe qui demeure malgré tout « *une réalité sociale* » et biologique[2309].

[2305] R., OGIEN, *La panique morale,* Grasset, 2004, p. 46.

[2306] D., MAZEAUD, « Pas de troisième sexe à la cour ! », *JCP G,* Edito, n°14, 4 avril 2016, 389, p. 657.

[2307] D., MAZEAUD, *Ibid.*

[2308] A.-M., LEROYER, « L'état civil au prisme du genre : un révélateur de discriminations », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité »

[2309] H.A.S., « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 36 ; C., BYK, *op. cit.*

SECTION SECONDE : LE CHOIX CORNÉLIEN ENTRE NEUTRALITÉ ET NEUTRALISATION DU SEXE

498 . Nous le savons, ne reconnaître que deux sexes relève d'une vision « *fausse et artificielle* »[2310] de notre société. Ainsi, il est largement admis que pour rétablir la vérité autour du sexe ce dernier doit être juridiquement revu. Cette révision pourrait prendre trois directions différentes allant de la création d'une nouvelle catégorie au changement simplifié de mention, en passant par l'abolition pure et simple du sexe en Droit, telle que proposé par la Commission Nationale d'éthique pour la médecine humaine suisse[2311]. Le Conseil d'éthique allemand[2312] et les réflexions luxembourgeoises[2313] optent également pour ces propositions de réforme, avec une variante en Allemangne cependant, concernant la possibilité de choisir sa propre dénomination.

Nous pensons que seules deux propositions méritent d'être développées. En effet, si la binarité sexuelle ne peut être contrée (I) alors c'est bien la mention du sexe qui doit être combattue (II). Néanmoins, notre approche ne saurait être catégorique tant que le sexe et sa dualité ont encore une certaine prise sur ces règles de droit qui, sans être fondamentalement sexospécifiques, érigent encore la différenciation sexuelle comme condition d'applicabilité. Il est donc nécessaire d'adapter ces deux propositions.

[2310] J., PETIT, *« L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel », RTD Civ.,* 1976, Vol. n°74, p. 264.

[2311] Prise de position n° 20/2012 de novembre 2012 par la Commission Nationale d'éthique pour la médecine humaine, Suisse, p. 16 ; Ph., REIGNÉ, *JCP G.,* n°50, 10 déc. 2012, 1348.

[2312] Conseil d'éthique allemand : Deutscher Ethikrat, *intersexualität. Stellungnahme*, Berlin, 2012, p.142-144.

[2313] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p. 64.

I . Une neutralité discutée

499 . Le sexe est un nouveau curseur identitaire[2314], à entendre du point de vue des libertés individuelles et non plus de l'intérêt collectif. En effet, l'émergence d'états sexués intermédiaires, mais aussi de leur lien avec le droit à l'épanouissement personnel[2315], ont fait du sexe le nouvel outil d'identification individuel. Ainsi, une certaine proportion d'intersexes, de *queers* ou de *genderfluids,* souhaitent que soit reconnu cet état et donc pouvoir être identifiés en tant que tels. Il ne serait pas question de créer autant de sexe qu'il existerait de déclinaison identificatoire sur ce fondement, mais plutôt de les regrouper en une troisième option dite « *neutre* », puisque selon l'étymologie latine du terme *neuter* (*ne* et *uter*), le sexe neutre est aucun des deux[2316]. Le dictionnaire de la langue française nous le confirme : ce qui est neutre « *n'est ni masculin, ni féminin* ».

Néanmoins, pourrait-on affirmer que le sexe neutre revient à créer une troisième catégorie sexuée ? La réponse serait négative si l'on en croit le T.G.I. de Tours dont les juges ont précisé que l'usage du sexe neutre n'intervient que pour « *prendre acte de l'impossibilité de rattacher le requérant à tel ou tel sexe* »[2317]. Cette position intervient alors comme un moindre mal tant que le législateur ne se sera pas prononcé et le tribunal, suivi de la Cour d'appel d'Orléans l'y invite. En effet, les juges du fond et d'appel prennent effectivement acte du fait intersexe. Cela implique surtout que le champ des règles sexuées ne pourra pas s'appliquer à ces personnes, sans que de profondes modifications du Droit ne soient envisagées[2318]. Il s'agit d'éviter que par l'accès aux demandes d'une partie des personnes intersexes, le législateur n'organise en réalité leur éviction de la vie sociale[2319]. C'est pour ces

[2314] B., ANCEL, « Un OJNI (objet juridique non identifié) à l'état civil. Boîte de pandore ou révolution juridique à l'échelle mondiale ? », *JCP G,* n°11, 1278, 2016, p.493.
[2315] CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie* ; CEDH, 25 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni ;* CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, req. n°42758/98 et n°45558/99.
[2316] F., VIALLA, *op. cit.*
[2317] B., BLOQUEL, « Refus de la reconnaissance, par la cour d'appel d'Orléans, de la mention « sexe neutre » à l'état civil », *Gaz. Pal.,* n°26, p. 81.
[2318] Civ. 1ère, 4 mai 2017, J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *op. cit.*; P., LE MAIGAT, *op. cit.* ; B., MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *D.,* 2017, p. 1373 ; *D.* 2017, 981 ; *JCP Not. Imm.*, n°19, 2017, 542 ; *JCP G,* n°13, 2016, 356 ; C., BERLAUD, *Ibid.* ; F., VIALLA, « État civil (sexe neutre) : pas de création d'une troisième catégorie de sexe », *D.,* 2017, p. 1399.
[2319] M., GOBERT, *op. cit*.

raisons que la doctrine est divisée quant à l'opportunité de créer un troisième sexe[2320], même si historiquement et culturellement l'idée d'une troisième mention reste une interrogation permanente[2321]. Néanmoins, l'existence de règles non binaires dans d'autres pays[2322] nous pousse à nous interroger sur la nécessité d'en instaurer en Droit interne. Que ce soit de manière pleine et entière en créant un troisième sexe pour tous dont la protection reste assurée par les règles anti discrimination, ou de manière rationnalisée[2323] (A). Seulement, le fort impact culturel empreint d'un fond judéo-chrétien marqué par la suprématie du modèle hétérosexuel, risque de rendre chaotique la mise en œuvre concrète de cette nouvelle mention (B).

A . La nécessité de mettre un terme à la binarité

500 . Cette idée a d'abord été développée par la doctrine à la suite de décisions relatives au changement de sexe des personnes transsexuelles, puis de la prise de conscience de la situation des personnes intersexes[2324]. Récemment, la question a été débattue devant les juridictions françaises et prochainement devant le juge européen, mais aussi auprès des institutions étatiques et supra nationales[2325], au sujet des problématiques liées aux personnes intersexes, même si le sujet du troisième sexe concerne également les personnes transsexuelles, notamment pendant la période de vie réelle[2326]. La question qui se pose alors est de savoir si cette option du troisième sexe reste opportune pour les personnes trans' une

[2320] M., PÉRON, « Le refus de la mention « sexe neutre » à l'état civil », *LPA,* 2 mai 2016, n°87, p. 9. Pour : B., BLOQUEL, *Ibid*. Doute : J., HAUSER, « Le mystère du chevalier d'Eon », *JCP G.,* 2015, 1157 ; LE GAC-PECH ; *D.,* 2015, p. 2295. Contre : J.-P., BRANLARD, *op. cit*.
[2321] C., BYK, *op. cit.*, p. 172-174.
[2322] C., BYK, *op. cit.*, p. 171 et s.
[2323] « L'Allemagne, premier pays européen à reconnaître un troisième genre », *Le Monde,* 19 aout 2013.
[2324] I., BON, *Le transsexualisme, analyse des pratiques médicales et juridiques,* Thèse de Doctorat, Lyon 3, 1990, p. 130 ; M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.663 ; M., GOBERT, *op. cit.* ; C., BYK, *op. cit.*, p. 187.
[2325] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 83 ; Avis n°17-04 du Défenseur des droits, 20 fév. 2017, p.11 ; Commissaire aux droits de l'homme, *Droits des personnes intersexes,* Conseil de l'Europe, mai 2015. Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil,* Ass. Plén. 27 juin 2013.
[2326] J., PETIT, *Ibid.*, p. 840-841, M.-L., RASSAT, *ibid.*, p. 657 et s.

fois le changement de sexe admis, puisque le but de ces dernières serait d'être reconnues comme appartenant de manière constante et définitive au sexe opposé. La Haute Cour d'Australie dans sa décision du 2 avril 2014 nous offre des éléments de réponse, puisque dans cette espèce une personne transsexuelle a subi une transition avec chirurgie et hormonothérapie à la suite desquelles elle ne se sentait finalement ni homme ni femme et demanda alors un changement de sexe à l'état civil, passant de « *female* » à « *non specific* »[2327]. De même que la *Circuit Court of the State of Oregon,* (États-Unis) dans une décision plus récente du 10 juin 2016, pour une substitution de la mention « *female* » à la mention « *non binary* »[2328]. De plus, la Province de Colombie britannique (CA) vient de reconnaître un enfant né d'un parent transsexuel non binaire, comme étant de sexe « *unspecified* » alors qu'il n'est pas porteur de V.D.G., la mention apparaît pour l'heure uniquement sur la carte d'assurance maladie de l'enfant. Son parent transsexuel explique son souhait de ne voir apparaître aucune mention de sexe féminin ou masculin sur les documents officiels pour que l'enfant puisse choisir plus tard s'il préfère vivre selon les stéréotypes de genre féminins ou masculins[2329]. L'exemple Canadien, nous montre une approche rationnalisée de la fin de la binarité en optant pour la mise en place d'une troisième catégorie provisoire jusqu'à ce que la personne soit en mesure de décider auquel des deux sexes elle appartient.

501 . En France la question de la binarité sexuelle émerge de la décision récente du T.G.I. de Tours du 20 août 2015[2330], qui souligne l'existence d'une véritable « *vide juridique* » autour de la reconnaissance des personnes non binaires. Pour la juridiction tourangelle, la reconnaissance effective d'un sexe neutre ne se heurte pas à l'ordre public puisque les cas qu'il désigne sont rares, tout en précisant que sa décision ne doit pas être interprétée comme créant un troisième sexe, qui reste du domaine du législateur, et que cette prise de position ne remet nullement en cause « *la notion ancestrale de binarité* ». Malgré ces justifications progressistes, la Cour d'appel d'Orléans décide de les censurer[2331], suivie par la Cour de cassation[2332] qui maintient le critère de l'apparence sociale tel qu'introduit en Droit par la loi dite « *J21* ». Cette position n'est pas blâmable, malgré une argumentation

[2327] B., MORON-PUECH, « Création d'un sexe « non spécifique » par la Haute Cour d'Australie », *La revue des droits de l'homme,* 2014, [En ligne : https://revdh.revues.org/641].
[2328] *Circuit Court of the State of Oregon,* 10th June 2016, *Jamie SHUPE Case,* n°16CV13991.
[2329] Article de presse [En ligne : http://www.lapresse.ca/actualites/national/201707/03/01-5113030-un-bebe-sans-genre-en-colombie-britannique.php].
[2330] F., VIALLA, *D.,* 2015, 2295 ; J.-C., GALLOUX, *D.,* 2016, 752 : M.-X., CATTO, *D.,* 2016, 915 ; LE GAC-PECH, *AJ. Fam.,* 2013, 613 ; J., HAUSER, *RTD Civ.,* 2016, 77 ; R., LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *D.,* 2016, 20.
[2331] J.-R., BINET, *Ibid.* ; Ph., REIGNÉ, *D.,* 2016, 1915 ; J., HAUSER, *RTD Civ.,* 2016, 318 ; M.-X., CATTO, *RDLF,* 2016, chron. 18.
[2332] M., GOBERT, *op. cit.* ; A., DIONISI-PEYRUSSE, *AJ Fam.,* 2017, p. 329.

« *lapidaire* »[2333], car en effet, si le sexe juridique est le sexe qui apparaît en société alors la Cour a rendu la bonne décision. En l'espèce le requérant, assigné au sexe masculin, se présente comme tel, peu importe son ressenti identitaire profond. Or, les dispositions de l'article 61-5 du Code civil parlent bien du sexe dans lequel se « *présente* » la personne, ce qui donne aux stéréotypes de genre une place prépondérante dans l'appréciation des juges. De plus, ces stéréotypes ne concernent que les aspects féminins et masculins des personnes et ne laissent aucune place à un troisième sexe, puisqu'il n'existe pas de stéréotypes androgynes, si ce n'est l'absence de stéréotypes binaires.

502 . En dépit de cette première contrariété, reconnaître un troisième sexe, qu'il soit « *neutre* », « *autre* », « *indéterminé* », « *non spécifique* » ou « *non-binaire* » reste un des moyens pour l'État français de respecter ses engagements internationaux, notamment envers les interprétations de l'article 8 de la C.E.D.H.[2334]. Une partie de la doctrine contemporaine reste en faveur de la création de ce troisième sexe[2335] à condition de le rattacher « *à une dimension plus subjective de sexe* »[2336], donc au genre, et par là-même en faire une manifestation privilégiée de la vie privée des personnes. Et bien avant que la jurisprudence ne se prononce en sa défaveur, le Droit du XIXème siècle avait déjà admis la possibilité d'une troisième mention en définissant le sexe comme étant « *l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil* »[2337] et en précisant que c'était bien « *aux individus que cela concerne ou à leurs parents de choisir le sexe qui paraît leur convenir* »[2338].

Dès lors, les propos de Mme le Professeur RASSAT ne nous semblent plus novateurs lorsqu'elle affimrait que « *le droit positif peut donc admettre dès à présent que la mention du sexe dans l'acte de naissance doit réserver à côté des cas non ambigus de sexe masculin ou féminin une troisième catégorie dont le nom est à recherche pour être aussi neutre que possible mais dans laquelle seront regroupés tous ceux dont le sexe n'est pas homogène* »[2339], comme l'ont déjà entrepris certains autres pays[2340].

503 . Ces initiatives étrangères émanent de sources différentes, et le rejet de la binarité a été tantôt entrepris par la jurisprudence au Népal, Pakistan, Inde, Kenya ou encore

---

[2333] B., MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *D.,* 2017, p. 1404.
[2334] M., GOBERT, *op. cit.*, 1226.
[2335] M., GOBERT, *op. cit.*, 1228.
[2336] C., BYK, *op. cit.*, p. 187.
[2337] A., LACASSAGNE, *Les Actes de l'état civil,* 1887, p. 91.
[2338] Proposition du Garde des Sceaux de 1816, citée par D., BORILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p. 268.
[2339] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p.663.
[2340] Rapport du Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, *Discrimination and Violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity,* §79, (i) ; résolutions du Conseil de l'Europe ; Document 9303 de l'Organisation Internationale de l'Aviation Civile, p. 19.

Australie[2341], tantôt par le législateur, créant ainsi une véritable dynamique internationale vers la reconnaissance d'un troisième sexe. Ainsi, l'Australie puis la Nouvelle-Zélande débutent le mouvement en 2003 en donnant la possibilité à leurs ressortissants d'inscrire la mention « *X* » sur leurs passeports[2342] et imposent que le consentement des enfants intersexes soit requis pour assigner[2343]. Après la Malaisie et l'Afrique du Sud, le Canada reconnaît les passeports étrangers mentionnant un sexe autre que « *F* » ou « *M* » et propose une mention « *sexe indéterminé* » sur le formulaire électronique d'entrée sur le territoire.

Les pays européens ne sont pas épargnés par l'essor de cette nouvelle mention dont on peine à la nommer[2344]. Ainsi le Royaume-Uni ne mentionne plus le sexe sur le permis de conduire, comme en France, l'Allemagne et les Pays-Bas ont opté pour une binarité temporaire[2345], tandis que la Lettonie a abandonné tout simplement l'existence du sexe en Droit.

La lutte contre la binarité touche alors un grand nombre d'États, qui chacun à leur manière ont reconnu un troisième sexe, sur l'état civil ou sur les documents d'identité[2346]. Certains s'y sont pris de manière implicite, par notamment, le biais de la lutte contre les discriminations fondées sur le genre[2347], reconnaissance qui aurait pu être utilisée dans les instances internes récentes, depuis l'entrée dans le droit positif français des discriminations fondées sur l'identité de genre[2348]. La reconnaissance implicite peut également procéder d'une abstention de mentionner le sexe, comme c'est le cas en Allemagne depuis la loi du 7 mai 2013[2349]. Mais plus encore, elle peut également prendre la forme explicite, comme la décision de la Première

---

[2341] Respectivement, Cour Suprême du Népal, 21 déc. 2007, *Sunil Babu Pant and Others v. Nepal Governement and Others* ; Cour Suprême du Pakistan, 23 déc. 2009 ; Haute Cour d'Australie, 2 avril 2014, *NSW Registar of Births, Death and Marriage v. Norrie* (concernant uniquement l'état civil), B., MORON-PUECH, « Création d'un sexe « non spécifique » par la Haute Cour d'Australie », *La revue des droits de l'homme,* 2014, [En ligne] ; Cour Suprême Indienne, 15 avril 2014, *National Legal Services Authority v. Union if India and Others* ; Haute Cour du Kenya, 5 déc. 2014, *Baby « A » 'Suing through the Mother E A) and another v. Attorney General and 6 others,* n°266 ; En Allemagne avec la *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften,* 7 mai 2013 ; et à Malte avec le *Gender identity, gender expression and sexe characteristics act*, 14 avril 2015 ; Au Bangladesh avec une décision du Premier Ministre du 11 novembre 2011.

[2342] L., BRUNET, « Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personne sintersexes », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 64, 2016, p. 257.

« *Toute personne de plus de 18 ans devrait être en mesure de voir mentionner un sexe non-spécifié sur les documents d'identification et sur les registres* », Rapport « *Sex Files »,* Commission des droits de l'Homme d'Australie, 2009, p. 32-33 ; Rapport, « *To Be Who I Am* », Commission des droits de l'homme de Nouvelle-Zélande, Recommandation 9.46, p. 99.

[2343] Rapport de 2015, *»,* Commission des droits de l'Homme d'Australie, Chapitre 10, p. 58-59.

[2344] M., GOBERT, *op. cit.*, 1223 ; M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 86.

[2345] Au Pays-Bas, le sexe est indéterminé à la naissance pendant trois mois au-delà desquels, si aucun sexe ne peut être assigné, une mention « sexe impossible à déterminer » apparaitra sur l'état civil.

[2346] C., BYK, *op. cit.*, p. 178-180.

[2347] Cour suprême du Népal, 21 déc. 2007, *Pant c/ Népal.*

[2348] Art. 86 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF*, n°0269, 19 novembre 2016 ; Art. 70 de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, *JORF*, n°0051, 1 mars 2017. Par ailleurs, les Cours suprêmes pakistanaise et indienne ont également statué en faveur d'un troisième sexe par la reconnaissance du sentiment d'identité de la personne : Cour Suprême du Pakistan, 2009, *Kaki c/ Rawalpindi* (au sujet du droit des eunuques), Cour suprême d'Inde, 15 avril 2014.

[2349] C., BYK, *op. cit.*, p. 178.

Ministre du Bengladesh sur le « *genre distinct* » des Hijras ou encore la mention « *X* » sur les passeports néozélandais ou australiens. Par ailleurs, la Nouvelle-Zélande, dans son *Births, Deaths, Marriages and relationships Registration Act* du 31 mars 1995[2350] limite l'application du droit au changement de sexe puisque le principe de non rétroactivité de la loi sur le genre empêche les personnes assignées dans un sexe déterminé de demander la modification pour un sexe indéterminé sauf si elle apporte la preuve que la déclaration d'origine est inexacte, se rapprochant ainsi de la procédure de rectification française.

504 . Si « *toutes les bonnes choses vont par trois* »[2351], il convient indéniablement de rationnaliser l'opportunité d'introduire dans notre Droit une troisième mention du sexe. Des questions se posent alors sur la manière de procéder : sur quels documents la faire apparaître ? Quelles seraient les conséquences sur les autres droits ? Le nouveau poste de discrimination fondée sur l'identité de genre est-il assez robuste pour soutenir ce troisième sexe ? Comment le nommer pour qu'il soit assez neutre sans être excluant[2352] ?
Les réponses à ces questions[2353] ne sont pas aisées et contribuent certainement à rendre chaotique la mise en œuvre de ce troisième sexe.

B . La mise en œuvre chaotique d'un troisième sexe

505 . Tout d'abord, il conviendra de délimiter le champ d'application de cette troisième mention que nous pouvons d'ores et déjà définir de mention d'indétermination qui constituera le « *groupe de troisièmes sexes* »[2354] par exclusion aux deux seuls reconnus[2355] (2). Mais avant cela il faut s'arrêter sur la dénomination non stigmatisante de ce groupe ainsi que son étendue, (1), sans oublier les obstacles à sa mise en œuvre (3).

[2350] [En ligne : http://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0016/latest/DLM359369.html].
[2351] T., USK, *The testament of Love,* III, 1, 1380.
[2352] M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p.663.
[2353] A., GOGOS-GINTRAND, *Ibid.*, p. 920.
[2354] HERDT, « Third sexe, Thirs gender, Beyond sexual dimorphism », *Culture and History,* 1994.
[2355] C., CHILAND, *Changer de sexe,* Odile Jacob, 1997, p. 21.

1 . Préalables pratiques

506 . Les mentions « *neutre* » ou « *intersexe* » sont trop restrictives si l'on envisage d'ouvrir le bénéfice de cette mention au plus grand nombre et d'en faire ainsi la véritable manifestation de l'identité dans son acception individuelle. De même que les mentions « *non spécifique* » ou « *indéterminés* » pourraient être erronées puisqu'elles sous-entendraient l'indécision des personnes concernées sur leur genre et qui remettrait alors fortement en question la présence de cette troisième mention dans notre ordre juridique. Dans un souci de pure objectivité et pour que cette troisième catégorie, si elle s'avère opportune, tienne compte de tous les aspects du genre, nous préconiserons de traduire la mention consacrée par la *Circuit Court of the State of Oregon*[2356], « *non binary* » en « *non-binaire* », laissant le champ libre à toutes les manifestations sexuées possibles allant des personnes en état d'intersexuation à celles qui, en l'absence de toute contrariété entre leurs composantes de sexe, ont décidé de ne pas vivre selon les stéréotypes de leur sexe de naissance.

La seconde étape reste à savoir à quels actes cette mention va s'imposer du plus solennel, qu'est l'acte de naissance, aux plus utilisés, comme les documents d'identité[2357]. En réalité, la question n'a pas grand intérêt lorsque l'on sait que les documents d'identité sont créés à partir des actes de l'état civil, et plus spécifiquement, de l'acte de naissance. Dès lors, si la mention « *non binaire* » y apparaît, il n'y a plus de difficultés particulières[2358]. Cependant, ce point de vue n'est objectivement réalisable pour les intersexes dont le sexe n'est pas identifiable à la naissance et pour lesquels les parents n'auraient pas pris de décision fâcheuse, puisqu'il est fort peu probable que des parents d'enfants 100% binaires ne décide d'assigner dans cette nouvelle mention, comme en Colombie-Britannique. Les autres cas de figures ne sont bien évidemment pas exclus de l'inscription de cette nouvelle mention dès lors que la loi de modernisation du XXIème siècle de novembre 2016 a introduit les dispositions relatives au changement juridique de sexe devant le T.G.I. *De lege lata* ces dispositions ne sont pas satisfaisantes pour les personnes intersexes puisque le choix du changement de sexe n'est que

[2356] *Circuit Court of the State of Oregon,* 10th June 2016, *Jamie SHUPE Case,* n°16CV13991.

[2357] Sur le passeport, v. C., FORTIER et L., BRUNET, *Changement d'état civil des personnes « trans » en France, du transsexualisme à la transidentité* : *Droit des familles, genre et sexualité,* Anthémis, 2012, p. 65.

[2358] Pour la carte d'identité v. Art. 4 du décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité, *JORF*, 27 octobre 1955, p. 10604 ; Pour le passeport v. Art. 5 du décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques, *JORF* n°304, 31 décembre 2005, p. 20742.

binaire, *de lege feranda,* il n'y a plus d'obstacles sur ce point et le caractère non-binaire du sexe apparaîtrait en marge de l'acte de naissance.

Enfin, la difficulté posée par le numéro d'identification I.N.S.E.E. semble facile à régler… Il n'y avait que deux mentions possibles correspondant à deux numéros, il y en aurait désormais une troisième et il conviendra d'ajouter un nouveau numéro.

507 . En revanche des interrogations subsistent quant au champ d'application de cette troisième mention, notamment sur le fait de savoir si son inscription est une faculté ou si elle est imposée par la loi[2359], si elle demeure réservée aux seules personnes porteuses de V.D.G. ou si elle s'applique à tous[2360] ou encore à partir de quel moment s'en prévaloir.

Puisque le sexe est devenu un élément de l'identité relevant de la vie privée il est nécessaire, pour que la démarche prenne tout son sens, que l'octroi d'une mention sexuée émane de la volonté de la personne et relève d'une faculté qui deviendra effective au moment de la majorité de l'individu, ou dès son émancipation[2361], qui pourra se prévaloir des dispositions de l'article 61-5 du Code civil.

Le problème réside encore dans les conditions légales du changement de sexe, car si les juges peuvent aisément se rendre compte de l'apparence masculine ou féminine du requérant, comment procèderont-ils pour apprécier la non appartenance aux sexes binaires par une personne transsexuelle[2362] ou une personne *genderfluid,* voire une personne qui se présente sans équivoque sous l'apparence d'un homme ou d'une femme mais qui demande l'inscription d'un sexe non binaire ?

Il a été proposé de laisser une marge de manœuvre extensive aux individus quant à l'inscription de leur mention sexuée sur leurs documents d'identité, en émettant l'idée que ces derniers puissent inscrire, à leur discrétion la mention qu'ils souhaitent voir figurer sur ces documents et que cette mention puisse différer selon la pièce d'identité considérée[2363]. Il est

---

[2359] Ph., REIGNÉ, « Le sexe et l'état civil », *Think Tank Different. Le Laboratoire Politique*, 29 juin 2012, p.11 [En ligne :http://www.thinktankdifferent.com/fr/les-publications/les-notes/theme-1-axe-diversalite/id-8-le-sexe-et-l-etat-civil-synthese-, consulté le 1er février 2016].

[2360] B., MORON-PUECH, « Les mentions du sexe et les documents d'identité : par-delà la binarité », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité » ; *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p.74.

[2361] Il a été question d'assigner à partir de l'âge de 15 ans correspondant à la majorité sexuelle, mais cette analogie contribue à la confusion entre la sexuation et la sexualité. V. M., PÉRON, « Intersexualisme, l'admission d'un troisième genre au regard des exemples étrangers », *La revue des droits de l'Homme,* [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 21 nov. 2015, consulté le 30 septembre 2016. http://revdh.revues.org/1652.

[2362] Sur l'histoire de Norrie MAY-WELBY, transsexuel MtF dont la nouvelle identité de femme ne lui convient pas et s'est vu accorder la mention « X » sur son passeport australien, v. « Il ou elle – Enquête sur l'émergence des transgenres », *Courrier international,* n°1102, 15-22 déc. 2011, p. 16.

[2363] B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p.15.

évident que cette proposition ne saurait être prise au sérieux, car même si le sexe est désormais une affaire privée, si sa présence reste maintenue sur les documents d'identité il faut au moins qu'elle assure la mission d'identification pour laquelle ils existent. Cette mission est essentielle car elle assure un objectif de sécurité qui ne saurait perdurer si, au gré des contrôles, nous pouvons nous faire passer pour homme ou femme selon les circonstances. Dans cette hypothèse, le sexe n'est plus un élément d'identification fiable et son maintien est compromis.

2 . Des aménagements à prévoir

508 . La création d'une nouvelle mention du sexe comporte son lot d'aménagements dans sa mise en œuvre concrète, mais également au regard d'autres droits[2364], et cela en dépit d'une tendance globale vers la désexuation des normes. La doctrine qui se positionne contre la mise en place de cette troisième mention dispose d'arguments convaincants.

Tout d'abord, la création de cette nouvelle mention aurait tendance à être vectrice de discrimination[2365] envers les personnes qu'elle désignerait, mettant ainsi en place une « *humanité de second rang* »[2366] dont l'existence juridique suffit à les stigmatiser[2367]. Notre société est encore trop empreinte de la binarité et l'ouverture du Droit à ce sujet ne saurait changer la vision duale du sexe, de sorte que même si des dispositifs anti discrimination

[2364] A., MARAIS, compte rendu du 13 déc. 2016 *in* M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 87 ; L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », Chron. XIX, sous TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 et 26 mars 1980, *D.,* 1981, p.146 ; P., AUFIERE, « Changement de sexe et de prénom à l'état civil. Le point de vue de l'avocat », *in* A., FINE (dir.), *Etats civils en question. Papiers, identité, sentiment de soi,* Ed. du CTHS, coll. « Regard de l'ethnologue », n°19, 2008, p. 112 ; B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p.73 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, n°1777 ; J., RUBELLIN-DEVICHI, *RTD Civ.,* 1981, p. 847, n°20 ; J., CARBONNIER, *Les personnes,* PUF, Thèmis, 1ère éd., Quadrige, 2004, n°270.

[2365] P., MERCADER, « Du déterminisme à la désexuation : le droit face au transsexualisme », *in* M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes,* Paris, CNRS Editions, 2002, p.85 ; J., RUBELLIN-DEVICHI, « Filiation », *RTD civ.,* 1985, p. 139.

[2366] J., RUBELLIN-DEVICHI, *RTD Civ.,* 1981, p. 847, n°20 ; J.-P., BRANLARD, *op. cit.*, p. 552.

[2367] D., LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », *in L'autre. Études réunies pour Alfred Grosser,* 1996, p. 182 et s. Le doyen CARBONNIER préfère parler de « paria », v. J., CARBONNIER, *Ibid*.

existent, la pensée commune placera toujours les membres de ce troisième sexe « *en dehors de la société* »[2368].

509 . Ensuite, sur l'existence de règles de droit attribuées à un sexe en particulier, il a été proposé deux options[2369], soit de conférer les droits attribués aux hommes et aux femmes en fonction des cas, soit d'entreprendre la création d'une nouvelle catégorie de droits attachés au sexe non binaire. Cette seconde proposition n'est pas souhaitable, d'une part parce que la Cour de cassation nous a affirmé l'ampleur de la tâche[2370], d'autre part, car cette tâche ne semble pas prioritaire par rapport à des problématiques qui toucheraient un plus grand nombre. Quant à la première proposition, elle nous semble dangereuse, puisque l'auteur ne nous donne aucune précision quant au caractère définitif ou ambivalent de ce choix. Dès lors, une personne non binaire pourrait choisir entre l'un ou l'autre des sexes pour que lui soient appliquées les règles de droit afférentes. Mais ce choix est-il définitif ou la personne pourra-t-elle le modifier, de sorte qu'elle bénéficierait de « *droits à la carte* » et donc de possibilités juridiques beaucoup plus vastes que les personnes inscrites dans un sexe binaire. Ainsi, une personne pourrait très bien se considérer homme pour bénéficier du congé paternité avec sa conjointe, mais aussi se considérer femme pour ne pas faire prévaloir la présomption de paternité, avant toutefois de se faire taxer d'abus de droit. Enfin, relevons que créer un troisième sexe pour qu'ensuite il faille choisir entre l'un ou l'autre sexe binaire pour se voir appliquer des règles de droit relève d'un paradoxe que nous ne saurions cautionner.

510 . Les problématiques liées à l'établissement de la filiation par le jeu des présomptions ne sont plus insurmontables aujourd'hui où une personne transsexuelle non opérée peut porter un enfant ou en être le géniteur[2371]. En effet, il conviendrait simplement de changer les terminologies en remplaçant les termes « *père* » et « *mère* » par « *parent* ». Pour la mère, l'article 311-25 du Code civil serait rédigé de la manière suivante « *la filiation est établie, à l'égard* ***du parent qui accouche****, par la désignation de* ***celui-ci*** *dans l'acte de naissance de l'enfant* », et l'adage *mater semper certa est* se transforme en *parens semper certa est.* La présomption de paternité ne pose pas de grandes difficultés non plus et l'article 312 du Code civil disposerait que « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour* ***autre parent, le conjoint*** ».

[2368] J., DE GANCK, *Le sexe, une invention moderne ? Histoire des réactions face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine, 1830-1914,* Université des femmes, coll. « cahiers de l'UF », 2012, p. 113.
[2369] B., MORON-PUECH, *Ibid*.
[2370] Civ. 1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189.
[2371] Sur la femme géniteur v. T.G.I. Montpellier, 22 juillet 2016, n°15/05019, note J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *D.,* 2017, n°25.

Cette position a vocation à parachever la désexuation du Droit, mais elle ne donne aucun indice sur la manière dans laquelle éduquer l'enfant dont les parents auront choisi le sexe non binaire[2372], ou encore sur comment s'adresser à ces personnes, puisque la langue française a cette particularité que n'a pas la langue anglo-saxone : la différenciation sexuée[2373], c'est-à-dire, le genre grammatical.

3 . Des obstacles à surmonter

511 . Dès lors, « *la thèse du troisième sexe a contre elle, la tradition, la doctrine médicale, et la jurisprudence* »[2374] et les obstacles qui se dressent devant elle sont polymorphes et s'attachent aussi bien à la morale, la médecine et au Droit.

Tout d'abord, les obstacles d'ordre moraux et médicaux constatent qu'un sexe non binaire n'empêchera pas, d'une part, les discriminations fondées sur le genre et l'identité de genre, et d'autre part, s'interrogent sur le fait de savoir si laisser un individu dans son état d'intersexuation comporte des risques pour sa santé[2375]. Cependant, la décision de la Cour de cassation du 4 mai 2017[2376] semble favoriser les interventions de réassignation, et même rendre le terrain fertile à la possibilité de pratiquer un avortement à la suite d'un diagnostic prénatal (D.P.N.) qui aurait révélé l'état d'intersexuation physique *in utero*[2377], en n'accédant pas à la demande de modification du sexe du requérant[2378]. La mise en place d'un troisième sexe irait également dans ce sens dès lors que la binarité des sexes reste ancrée en Droit français. Ainsi, les parents voudront bien volontiers assigner un enfant physiquement ambigu,

---

[2372] A., GOGOS-GINTRAND, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *RDSS,* 2016, p. 920.
[2373] A., GOGOS-GINTRAND, *op. cit*.
[2374] J.-P., BRANLARD, *op. cit.*
[2375] M., PÉRON, « Le refus de la mention « sexe neutre » à l'état civil », *LPA,* 2 mai 2016, n°87, p. 9.
[2376] n°16-17.189, v. J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.,* 2017, p. 1373 ; P., LE MAIGAT, note sous Civ.1ère, 4 mai 2017, *Gaz. Pal.,* 2017, n°19, p. 20 ; F., VIALLA, *D.,* 2017, p. 1399.
[2377] M., RAZ, « Médecins israéliens face au diagnostic prénatal des fœtus intersexués », *Sciences sociales et santé,* 2015/1, Vol. 33, p.5-34 ; C., KRAUSS, « Diagnostiquer les fœtus intersexués, quoi de neuf docteur ? », *Sciences sociales et santé,* 2015/1, Vol. 33, p. 35-46.
[2378] E., SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective,* Conseil de l'Europe, nov. 2013, p. 43 ; P., LE MAIGAT, *Ibid.* ; J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *Ibid*.

plutôt que de risquer sa stigmatisation et les problèmes quotidiens liés notamment à son éducation. À ce titre, le Défenseur des droits préconise que si cette option devait avoir lieu, elle devait ne concerner que les personnes majeures en soulevant l'importance que les enfants soient élevés soit en fille soit en garçon pour éviter le rejet social[2379].

Sur cette approche médicale, la Société française de pédopsychiatrie a demandé à ses sociétaires, parmi lesquels le Dr. MEDJKANE, de se prononcer sur l'impact l'assignation dans un sexe neutre pour l'enfant, la réponse est unanime et l'impact serait définitivement négatif[2380], car les repères sexués restent importants pour la construction de l'enfant.

512 . Enfin, les obstacles juridiques tiennent en les trois principes qui régissent l'état civil que sont la sécurité, l'indisponibilité et l'immutabilité tempérée[2381], selon l'Avocat général dans la décision de mai 2017, sans trop développer en quoi une troisième mention porterait atteinte à ces principes. L'indisponibilité et l'immutabilité ne sont pas menacées puisque bien que déjà affaiblie, il ne s'agit que d'ajouter une proposition et non pas de rendre celles déjà existantes encore plus mouvantes qu'elles ne le sont. Le principe sécuritaire pourrait jouer en la faveur de cette nouvelle mention dans la mesure où nous pouvons penser que la sécurité dont il est question oblige les actes de l'état civil a refléter la vérité (dès lors qua la fiction ne relève pas d'un montage purement juridique comme dans le cadre de la filiation). Dans cette hypothèse, le sexe non binaire ne serait réservé qu'aux personnes qui objectivement ne peuvent être rattachées à l'un ou l'autre sexe. Sauf à considérer l'état civil par la méthode dite fonctionnelle[2382], faisant alors état de sa double fonction d'indentification par l'État et par rapport aux autres membres de la société. Dans ces deux hypothèses, la neutralité s'imposerait et plus spécifiquement dans la seconde, puisque la refuser reviendrait à priver d'identité les personnes qui se sentent entre deux sexes[2383]. Mais qu'est-ce que cette considération apporte à l'État ?

513 . Malgré tout, la Cour de cassation soutient la position de la Cour d'appel d'Orléans ainsi que celle de son Avocat général[2384] et fait entrer la binarité imposée dans les ingérences au droit au respect de la vie privée de l'alinéa second de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[2385]. Ainsi, l'exigence exclusive des deux sexes, bien que n'émanant d'aucune disposition législative, remplit la première condition par

---

[2379] Avis n°17-04 du Défenseur des droits, 20 fév. 2017, p. 12.
[2380] Entrevue Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.
[2381] Avis avocat général sous Civ. 1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189, audience du 21 mars 2017, p. 4.
[2382] B., MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *D.,* 2017, p. 1404.
[2383] B., MORON-PUECH, *Ibid.*
[2384] Avis avocat général sous Civ. 1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189, audience du 21 mars 2017, p. 5-6.
[2385] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *op. cit.* ; B., MORON-PUECH, *op. cit.*

le jeu d'une « *incompétence négative* », c'est-à-dire que si la loi n'a pas jugé utile de préciser que le sexe à inscrire sur l'acte de naissance doit être masculin ou féminin, ce n'est pas au juge de se prononcer sur l'opportunité d'une troisième mention… Un rappel du principe de séparation des pouvoirs aurait sans doute suffi, et aurait sans doute évité l'étalage des arguments inopérants qui vont suivre. La condition du but légitime se situe au niveau de la nécessité de pouvoir identifier les personnes par l'utilisation de critères efficaces se prêtant le moins possible à l'incertitude ou à l'interprétation. Ici encore, si la faculté du sexe non binaire n'est ouverte qu'aux intersexes, l'argument ne tient plus. Cette condition se mêle à celle de la proportionnalité de la mesure qui s'analyse au regard de l'intérêt majeur de l'ordre public qui touche l'état civil dans sa mission d'identification fiable, d'autant plus que la marge de manœuvre de l'État reste intacte étant donné l'absence de consensus européen à ce sujet.

514 . Sur cette espèce, M. MORON-PUECH nous assure qu'il y aura une saisine de la C.E.D.H. et si les juges de Strasbourg rendent une décision favorable, le requérant pourra se prévaloir des nouvelles dispositions du Code de l'organisation judiciaire sur le réexamen en matière civile[2386]. D'autres auteurs s'interrogent sur la position future de la Cour E.D.H.[2387] si une violation de l'article 8 est invoquée, et restent dubitatifs quant au succès de l'instance. En effet même si le droit à la construction de l'identité de genre est un corolaire du droit à l'épanouissement[2388] personnel, il n'y a aucun de consensus européen en la matière[2389].

515 . Même si « *la Cour d'appel* [d'Orléans] *semble inviter à se questionner sur l'admission d'un troisième sexe en droit* »[2390], une majorité d'auteurs et d'institutions[2391] restent défavorables à sa mise en œuvre. Renvoyant ainsi, à son caractère discriminatoire certain, mais surtout au fait que la création d'une nouvelle mention aura pour conséquence de consolider les catégories déjà existantes d'homme et de femme tout en en créant une spéciale où l'on rangerait toutes les personnes qui ne correspondraient pas « *aux attentes physiques, morales ou comportementales* »[2392] des deux autres catégories qui deviendraient la norme. La stigmatisation serait donc inévitable et les personnes désignées par cette « *mention par*

[2386] Art. L 452-1 du Code de l'organisation judiciaire.
[2387] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *op. cit*.
[2388] V. récemment C.E.D.H., 6 avril 2017, n°79895/12, 52471/13, 52596/13, *A.P., Garçon, Nicot, D.,* 2017, 1027, note J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, 994, B., MORON-PUECH.
[2389] Sur la nouvelle condition de l'article 8 al. 2 de la C.E.D.H., v. F., SUDRE, « La mystification du « consensus » européen » », *JCP G,* 2293.
[2390] n°01/12345, *D.,* 2016, 708 ; M., PÉRON, « Le refus de la mention « sexe neutre » à l'état civil », *LPA,* 2 mai 2016, n°87, p. 9.
[2391] J., de GANCK, *Ibid.*, p. 108 ; Avis n°17-04 du Défenseur des droits, 20 fév. 2017.
[2392] J., de GANCK, *op. cit.*

défaut » contribueront aux risques de « *balkanisation* » de la société[2393]. D'un point de vue pratique, nous relevons que malgré l'existence d'une troisième mention sur le territoire helvétique, aucun officier d'état civil ne l'a inscrite à l'occasion du recensement de 2009[2394], nous pouvons donc douter du succès effectif de cette mention en dépit d'une demande pressante de la part des personnes intersexes.

516 . Mais en définitive, « *la richesse d'une société démocratique* [ne serait-elle pas] *d'accepter les différences, de les favoriser sans les désigner* »[2395], de « *nier toute distinction de genre, et d'éliminer le critère du sexe en Droit* »[2396], pour le placer en dehors ?[2397]

II . Une neutralisation à maîtriser

« *Un ordre juridique démocratique ne peut pas continuer à fonctionner sur la base de la division binaire des genres et de l'injonction à l'hétérosexualité* »[2398].

517 . Cette affirmation nous montre bien les limites de l'abolition de la binarité sexuelle au regard des différents obstacles qui se dressent face à cette entreprise. Mais le Droit se doit de prendre en considération les mutations de la société, mais aussi ses aspirations dès lors qu'il a accédé à la reconnaissance de droits individuels. Deux modifications de taille sont alors à entreprendre : d'une part abandonner le sexe, d'autre part abandonner la référence

[2393] M., ROSENFELD, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions,* 2010, n°2, p. 179.
[2394] V. http://statbel.fgov.be/fr/statistiques/chiffres/population/naissances_fecondite/source/regprovarr/index/jsp.
[2395] I., BON, *Ibid.*, p. 131.
[2396] M., PÉRON, « Intersexualisme, l'admission d'un troisième genre au regard des exemples étrangers », *La revue des droits de l'Homme,* [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 21 nov. 2015, consulté le 30 septembre 2016. http://revdh.revues.org/1652.
[2397] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p.74 ; C., BYK, *op. cit*.
[2398] D., BORILLO, *Ibid.*, p. 274.

biologique pour faire primer le référence sociale et personnelle, même si nous savons qu'elles ne peuvent se construire qu'à l'aide d'une base biologique[2399].

Les auteurs qui sont en faveur d'un abandon rationnalisé du sexe à l'état civil, ou du moins en tant qu'élément d'identification, sont d'accords pour dire que « *le sexe et ses usages aux choix relev*[ent] *de la vie privée* »[2400] et que leur révélation dépende du bon vouloir des personnes concernées.

La suppression pure et simple du sexe semble être une idée largement partagée[2401] et demeure même l'intrigue principale du roman philosophique de Thierry HOQUET, *Sexus Nullus* relatant l'histoire d'Ulysse RIVENEUVE, devenu Président de notre République avec un programme d'une seule mesure : abolir la différence des sexes qui est l'une des causes des inégalités sociales[2402]. Cet ouvrage fait ressortir que l'abolition complète sans aménagement du sexe n'est pas chose aisée (A), mais surtout qu'à l'instar de la création d'une nouvelle mention du sexe, cette suppression du critère sexuel n'est pas sans conséquences (B).

A . Des aménagements nécessaires

518 . L'idée de l'abandon de toute trace du sexe en Droit est amplement partagée par une partie de la doctrine[2403], mais constitue aussi le résultat de réflexions institutionnelles[2404] qui constatent un mouvement global de « *désexualisation* » des normes, mais relèvent également les difficultés d'une mise en œuvre non rationnalisée de la neutralisation juridique

[2399] D., BORILLO, *op. cit.*

[2400] N., RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel. En discussion de la conférence de D., BORILLO *op. cit.*, p. 283.

[2401] M., WITTIG, « La catégorie de sexe », *in La pensée straight,* Balland, 2001, p.41, spéc. p.49 ; Avis n°17-04 du Défenseur des droits, 20 fév. 2017, p. 10.

[2402] P., GUEZ, *op. cit*.

[2403] P.-H., CASTEL, *Ibid.*, p.95 ; D., BORILLO, *op. cit.*, p. 273 et s. ; C., BYK, *op. cit.*, p. 189. *Contra,* H., INCOLLINCO-MONA, « La différenciation des statuts juridiques de l'homme et de la femme », *RRJ,* 2004, p., 2073-2083.

[2404] « Manifeste du 3ème forum international intersexe du 1er décembre 2013 » ou « Manifeste de Malte », [En ligne :] http://oiifrancophonie.org ; N., LAS, « La disparition des catégories de sexe : apogée ou fin du féminisme ? », *Controverses,* n°8, mai 2008, p. 20 ; Colloque du Conseil de l'Europe, 14-16 avril 1993.

du sexe. Aussi, en dépit d'une égalité des sexes pourtant inscrite dans notre Constitution[2405], le dispositif anti discrimination nécessite qu'une comparaison entre deux situations objectivement différentes puisse être constatée[2406]. De même que les mesures dites de « *discrimination positive* » demandent à ce qu'état soit fait de l'appartenance à un sexe pour pouvoir en bénéficier. Nous aurions pu nous contenter de proposer une action analogue à celle de certains États des États-Unis qui ont enlevé des actes de naissance la race car sa mention était facteur d'inégalité de traitement[2407]. Cependant, conscients que l'effacement du sexe sur notre territoire ne peut avoir lieu que de manière progressive et rationnalisée, nous pensons que des aménagements quant à la durée (1) et quant à l'étendue (2) de la neutralisation doivent être pensés pour que la réforme soit efficiente.

1 . Pour une neutralisation provisoire

519 . Ce premier aménagement nous a été inspiré de la décision de la Cour d'appel d'Orléans du 22 mars 2016 affirmant[2408] qu' « *en l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, il n'est pas envisagé la possibilité de faire figurer, **à titre définitif**, sur les actes de l'état civil une autre mention que sexe masculin ou sexe féminin* ». Cette autre mention pourrait être l'absence de mention, ce qui revient à l'hypothèse d'un troisième sexe. Cette possibilité existe par ailleurs déjà, dès lors que l'Instruction générale relative à l'état civil (l'I.G.R.E.C.) permet aux parents de ne pas juridiquement sexer leur enfant pendant une période pouvant s'étendre jusqu'à deux ans. C'est notamment sur cette disposition qu'a été débattue la question de mettre en place un état civil provisoire à l'Assemblée nationale[2409].
Ainsi, la neutralisation provisoire consiste à patienter avant l'assignation[2410], comme c'est déjà le cas dans d'autres pays[2411] à l'image de la Belgique ou de l'Allemagne[2412], dans des

[2405] Al. 3 du Préambule de la Constitution de 1946.
[2406] D., LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *Jurisprudence Revue Critique,* 2011.
[2407] P.-H., CASTEL, *op. cit.*, p.95.
[2408] F., VIALLA, note sous CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, *JCP G,* n°17, 25 avril 2016, 492, p. 852-855.
[2409] AN., Rép. Min., 2 septembre 2014 à QE n°48696.
[2410] C., BYK, *op. cit.*, p. 186 ; E., SCHNEIDER, *Ibid.*, p. 42.

délais différents allant de 3 mois pour les assignations belges, jusqu'à la majorité en Allemagne. Cependant, ces mesures sont entachées d'un inconvénient de taille, c'est qu'elles ne vont concerner qu'une partie restreinte de la population : les personnes dont l'intersexualité est biologique, et même parmi cette catégorie, elles ne toucheront pas celles dont la variation se révèlera tardivement. À la suite de l'entrée en vigueur de la loi allemande, les associations et collectifs intersexes ont également pointé du doigt l'incomplétude et la dangerosité de cette disposition, reprochant au législateur de ne pas avoir régler le problème des mutilations génitales pour, bien au contraire les favoriser[2413]. En effet, si les parents se retrouvent dans l'obligation de ne pas assigner juridiquement, ils vont presser les médecins pour une assignation médicale en urgence[2414]. De plus, une atteinte à la vie privée est présente, dans la mesure où par l'absence de sexe, les parents dévoilent que leur enfant est porteur de V.D.G., puisque la faculté de ne rien mentionner provisoirement n'est ouverte que pour ces personnes[2415].

520 . Dès lors, pourquoi ne pas ouvrir cette faculté de n'inscrire aucun sexe jusqu'à un certain âge à tout le monde[2416] ? Le Droit maltais, dans son *Gender, Gender identity expression and sex characteristics Act* d'avril 2015, précise que l'acte de naissance de l'enfant sera vierge de toute mention du sexe jusqu'à ses 18 ans, âge à lequel il pourra définir lui-même son identité de genre[2417]. Ce n'est cependant pas la position qui a été soulevée par le Sénat dans son rapport d'information n°441 par la recommandation n°15 visant à inscrire dans la loi et étendre le délai de l'I.G.R.E.C. [2418] , sans penser à sa généralisation.

[2411] Selon *The fundamental rights situation of intersex people,* Rapport publié en 2015 par Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 18 États membres autorisent un délai d'assignation dont l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Slovaquie, Chypre, le Portugal, la Grèce, la Hongrie, L'Irlande, l'Italie, la Roumanie, la Slovaquie, l'Espagne ou encore le Royaume-Uni.

[2412] *Personenstandsgesetz* de 2013, art. 22 §3. Pour une demande de changement de sexe tardive v. Ord. Fédérale, 22 juin 2016, Tribunal fédéral d'Allemagne.

[2413] OII Australia, *Open birth sex assignments do not reduce surgical interventions,* 2013, [En ligne : http://oii.org.au/flexible-or-open-birt-sex-assignments-have-no-impact-on-surgical-interventions/] ; OII Europe, *Sham package for intersex : Leaving sex entry open is not an option,* 2013, [En ligne : http://oiieurope.org/bluff-package-for-inter-leaving-sex-entry-open-is-not-an-option/] ; OII Francophonie, *Supposée reconnaissance d'un troisième sexe par l'État allemand : des risques à considérer,* Communiqué de presse, [En ligne : http://oiifrancophonie.org /communique-de-presse-de-loii-francophonie /] ; C., MEISTER, « Junge, Mädchen oder keins von beidem. Ist ein Baby weder eindeuting männlich noch weiblich, dürfen Ärzte nun die Angabe im Geburtenregister frei lassen. Was intersexuallen helfen soll, schafft neue probleme, *Zeit online,* 2013, [En ligne : http://zeit.de/wissen/2013-10/intersexualitaet-geschlechtsangabe-personenstandsgesetzaenderung] ; H., VILORIA, *Why intersex german's aren't crazy about germany's new third gender law,* Blog, 2013, [En ligne : http://intersexandout.tumblr.com/post/65696173527/why-intersex-germans-arent-crazy-about-germanys-new].

[2414] E., SCHNEIDER, *An insight into respect for the rightd of trans an intersex children in Europe,* Conseil de l'Europe, 2014.

[2415] L., BRUNET, *Ibid.*, p. 257.

[2416] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 80.

[2417] Art. 7(4) et 18© du *Gender identity, Gender expression and sex characteristics Act.,* n°XI of 2015, 14 avril 2017 ; L., BRUNET, *op. cit.*, p. 257.

[2418] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p.90.

521 . La neutralisation partielle possède néanmoins l'avantage de laisser le choix ultérieur à la personne de définir le genre sous lequel elle souhaite apparaître. Il convient par ailleurs de déterminer l'âge à partir duquel elle sera à même de déterminer son identité sexuée. Le modèle maltais semble convenir en utilisant le délai légal de la majorité. En effet, nous ne sommes pas convaincus qu'abaisser ce délai à l'âge de la majorité sexuelle soit opportun, puisque ce rapprochement aurait pour conséquence de contribuer à la confusion entre identité sexuelle et identité sexuée[2419]. La possibilité de se fonder sur le degré de maturité de l'enfant pour accélérer la prise de décision peut aussi être évoquée. Mais d'autres questionnements en ressortent, notamment qui appréciera se degré et comment précéder pour que cette appréciation soit identique partout ? Ce dernier exercice nous semble impossible sauf à mettre en place des critères de maturité que l'autorité compétente constaterait, et qui dénaturerait considérablement le sens même du « *degré* ». Quant à cette autorité compétente, l'action judiciaire est exclue, il s'agit de déterminer un sexe qui auparavant a été déclaré à un officier d'état civil. De plus, l'action du juge engendre une inscription en marge des actes de l'état civil, une compétence de l'officier d'état civil est donc plus indiquée si l'on souhaite que la mention du sexe s'inscrive dans le corps de l'acte de naissance. Il serait préférable de s'en tenir à la condition de la majorité, pour des raisons évidentes d'égalité, mais aussi de simplicité juridique. Ainsi une simple référence à l'âge de 18 ans suffit sans qu'aucune autre règle ne soit créée.

522 . De plus, il conviendrait de préciser si l'assignation à la majorité est obligatoire ou facultative. Si elle est facultative, les personnes auront le choix entre la mention des sexes féminin ou masculin ou de maintenir la mention vide, ayant toujours la possibilité de se prévaloir des dispositions des articles 61-5 et suivants du Code civil pour en demander la modification. Cela revient malgré tout à créer une troisième mention avant tous les aménagements que ça suppose, notamment comment nommer une personne sans sexe, il faudrait s'adonner au néologisme pour trouver le pendant épicène de « *Madame* » et de « *Monsieur* ». Thierry HOCQUET dans son *Sexus nullus ou l'égalité,* préfèrerait que chacun soit dénommé comme « *humain* », que les père et mère ne soient plus que des parents[2420], les frères et sœurs, des « *adelphes* »[2421], et que les seuls pronoms personnels utilisables ne soient les « *je* », « *tu* », « *nous* » et « *vous* ». Nous ne pouvons que penser aux rapports très formels que ces propositions engendreraient si elles étaient appliquées. D'autant plus que si le mot

[2419] M., PÉRON, *Ibid*.
[2420] Ce qui est déjà plus ou moins le cas en fonction du mode de filiation considéré.
[2421] T., HOCQUET, *Sexus nullus ou l'égalité,* Éd. iXe, 2015, p. 125-131.

utilisé est certes épicène il n'en demeure pas moins genré grammaticalement. En effet, pour reprendre les exemples de M. HOCQUET, « *panthère* » désigne aussi bien le mâle que la femelle, pour autant c'est un mot définitivement féminin, ce dernier point peut susciter la colère du mouvement féministe mais n'a aucune incidence en Droit nous semble-t-il.
Enfin, si l'assignation est obligatoire, il ne faudrait pas que les seules mentions possibles reflètent le modèle binaire. Cette possibilité pourrait également rendre l'entreprise contreproductive puisqu'elle obligerait une personne à choisir son identité sexuée à un moment qui n'est pas nécessairement opportun. De plus, les choix envisagés pourraient ne pas refléter sa véritable identité. Bien évidemment, il existera toujours la possibilité de modifier le sexe par l'invocation des nouvelles dispositions du Code civil, mais ici encore, elles restent limitées.

523 . Il semblerait que la première hypothèse soit la plus respectueuse des droits attachés à l'identité de genre, mais elle comporte un certain nombre d'obstacles sociaux et techniques dont la résolution nécessite bien plus qu'une loi. En effet, comment nommer une personne qui n'est inscrite ni homme ni femme ? Le terme « *humain* » proposé par Ulysse RIVENEUVE dans le roman de Thierry HOCQUET ne nous convient pas, il reflète autant que « *Madame* » ou « *Monsieur* » l'appartenance à un groupe et nie toute individualisation qui anime, selon nous, les tentatives de reconnaissance de l'identité de genre en Droit. La neutralisation provisoire du sexe n'est pas suffisante, pour une effectivité optimale, il faudrait qu'elle soit, en plus, partielle.

2 . Pour une neutralisation partielle

524 . En France, deux types de documents sont à même d'identifier les personnes[2422]. Ces documents ont des valeurs différentes avec, d'une part les registres d'état civil qui permettent

[2422] B., MORON-PUECH, « Les mentions du sexe et les documents d'identité : par-delà la binarité », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

aux personnes d'exister juridiquement et qui prennent la forme authentique, et d'autre part, les titres d'identité qui sont tous les documents de quelque nature qu'ils soient (privés ou administratifs) qui vont permettre à la personne de s'identifier en fonction des circonstances. Les plus connus restent la carte nationale d'identité (la C.N.I.), le passeport ou encore le permis de conduire, mais aussi les extraits d'actes de naissance qui par le caractère non orignal ne sont plus authentiques.

525 . La proposition d'une neutralisation partielle du sexe s'entend comme la scission des documents d'identité avec d'un côté, ceux dont la mention du sexe est requise et de l'autre ceux pour lesquels elle n'est pas nécessaire. Sur ce schisme, la doctrine reste divisée entre les auteurs en faveur d'une neutralisation totale avec une absence de référence au sexe sur les actes de naissance[2423] et par voie de conséquence sur les autres documents non authentiques, puisque ces derniers sont produits en fonction des informations présentes sur l'acte de naissance, et ceux qui entendent rationnaliser l'effacement du sexe en Droit.

Pour ces derniers, le maintien de la mention du sexe à l'état civil n'est pas incompatible avec l'absence de mention du sexe sur les documents d'identité[2424], d'autant plus que dès 1955, cette mention était absente des informations présentes sur la C.N.I. [2425].

526 . Notre position retient la neutralisation partielle, ou du moins une neutralisation déguisée avec l'aide des nouvelles technologies, et notamment de la biométrie[2426]. Car ce dont il est réellement question ici, c'est la visibilité de la mention du sexe qui pourrait contredire l'identité construite. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'a été rendue la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme, *Botella c/ France* du 25 mars 1992[2427], dont les faits sont édifiants. En l'espèce, la requérante, transsexuelle MtF, faisait état de la situation quotidienne contraire à la protection accordée par les dispositions de l'article 8 de la Convention lorsque cette dernière devait décliner son identité qui était systématique contredite par les extraits d'acte de naissance fournis, sa carte d'identité ainsi que son passeport, sans compter le premier chiffre du numéro I.N.S.E.E. qui conditionne la dénomination qui apparaît sur les fiches de paye de l'employeur. En vertu de ces faits, la requérante retient également une atteinte dans la vie économique dès lors qu'elle souhaite payer par chèques, sur lesquels

---

[2423] B., MORON-PUECH, *Ibid.* ; J., PICQUART, *Ni homme, ni femme. Enquête sur l'intersexuation,* La Musardine, 2009, p. 207.

[2424] P., GUEZ, *op. cit.* ; M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 70 ; Civ. 1ère, 21 mai 1999, (4 arrêts), *JCP,* 1990, II, 21588, rapp. MASSIP, cocl. FLIPO.

[2425] Décret n°55-1397, 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité, *JORF,* 27 octobre 1955, p. 10604 ; Instruction générale du 1er décembre 1955 précisant les modalités d'application du décret n°55-1397, instituant la carte nationale d'identité, *JORF,* 6 décembre 1955, p. 11809.

[2426] M., DAURY-FAUVEAU, « Analyse et commentaire de l'avis n°98 du CCNE, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme* », *in* E., MARTINEZ, F., VIALLA (dir.), *Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique,* LGDJ, coll. « Les grandes décisions », 2013, p. 625-644.

[2427] C.E.D.H., 25 mars 1992, *Botella c/ France,* n°13343/87.

apparaissent son appartenance au sexe féminin ce qui pose problème dès qu'elle doit fournir une pièce d'identité pour valider ses transactions. À toutes ces situations embarrassantes, le Gouvernement français avait cependant une réponse plus ou moins valable. Ainsi, sur l'impossibilité de présenter un document d'identité reflétant l'apparence de la personne, le Gouvernement apporte au débat le fait que le permis de conduire ne mentionne pas le sexe et que la personne peut très bien user de ce titre pour se faire identifier. Or, le permis de conduire n'est pas obligatoire donc ne concerne pas tout le monde, de plus, certains commerces et institutions n'acceptent pas que l'identité de la personne puisse être démontrée par le permis de conduire. En effet, les informations qu'il comporte ne dépendent pas directement de l'acte de naissance, même si c'est le cas de manière indirecte, étant donné que les informations émanent de la carte d'identité. Concernant le passeport, il s'agit d'exigences internationales qui pourraient avoir vocation à évoluer au regard des pays qui laissent indiquer une mention autre que « *F* » ou « *M* » sur leurs passeports, ou de ceux qui les reconnaissent.
Quant au premier chiffre du numéro I.N.S.E.E., le Gouvernement justifie le maintien des chiffres « *1* » pour les hommes et « *2* » pour les femmes, par des fins statistiques. La première réaction serait de remettre en cause cette dichotomie puisqu'elle exclut des statistiques nationales les personnes intersexes, mais cette position pour le moins subversive ne tient pas compte de la réalité juridique qui oblige chaque individu à appartenir à l'un ou l'autre sexe. La véritable question qui se pose alors concerne la valeur à donner à ces statistiques sexuées. En dépit des efforts du Gouvernement, la Cour de Strasbourg constate la violation de l'article 8 de la C.E.D.H. puisque la requérante se trouve quotidiennement placée dans une situation incompatible avec le droit au respect de sa vie privée.

527 . Dès lors, puisque c'est ce qui est visible qui pose problème, pourquoi ne pas limiter la neutralisation du sexe aux seuls titres d'identité[2428]? À cette proposition, le Ministère de l'intérieur rappelle que la carte d'identité et le passeport se dressent en fonction des mentions présentes sur l'acte d'état civil[2429]. Cependant, cette exigence émane d'un décret facilement modifiable en faveur d'une véritable rationalisation des données présentes dans les titres d'identité, en fonction des réels besoins identificatoires. De plus, l'identité peut être prouvée par tout moyen[2430] même si dans les faits la carte d'identité et le passeport sont nécessaires pour être identifié en Europe ou à l'étranger.

[2428] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*
[2429] Art. 1er, décret n°55-1397 du 22 oct. 1995 modifié instituant la carte nationale d'identité ; Art. 1er du décret n°2005-1726 du 20 déc. 2005 relatif aux passeports.
[2430] Art. 1er de la loi n°2012-410 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité.

528 . Néanmoins, même si les documents d'identité sont édités en fonction des mentions sur l'acte de naissance, cela ne veut pas dire que toutes ces mentions sont nécessaires à l'identification, ou qu'elles doivent être visibles. Par exemple, la biométrie permet que la mention du sexe soit présente mais non visible. Cependant, une telle possibilité nécessite un tri des informations en fonction de l'autorité qui doit les recevoir. Dès lors, sur le titre matériel aucune référence au sexe ne serait faite et n'apparaîtraient que les noms, prénoms date de naissance et éventuellement l'adresse de la personne. Pour les informations biométriques, il conviendra de suivre la proposition censée de M. Christian BYK qui propose de placer le sexe hors du droit chaque fois que sa présence est inutile[2431]. Cette proposition pourrait aussi s'appliquer dans le cadre des extraits d'acte de naissance. Par exemple, aujourd'hui, l'officier d'état civil n'a plus besoin de connaître le sexe des futurs époux. Dans cette hypothèse, il conviendrait de faire disparaître le sexe de toutes les demandes d'extraits d'acte de naissance. En revanche, l'appartenance à un sexe reste une condition dans certains domaines, notamment dans les établissements de santé ou pénitentiaire où l'attribution d'une chambre ou d'un quartier dépend de l'appartenance sexuée. C'est pour cela que ces institutions auront, dans le cadre de leurs missions, un accès à l'information sexuée dans le titre d'identité biométrique qui leur sera présenté. Il ne reste plus qu'à déterminer quel critère retenir pour justifier le non accès au sexe par les autorités et institutions. Benjamin MORON-PUECH nous propose le critère de l'utilité sociale du sexe qui serait rempli dès que deux conditions sont présentes à savoir, si la présence de la mention remplie une fonction sociale essentielle et, si la substitution de cette mention est impossible par une autre technique juridique pour mettre en œuvre la première condition[2432], sans nous donner d'indices quant au contenu de la fonction sociale du sexe. L'avantage que tire la société de la différence de sexe tient principalement dans la mise en place de mesures de discrimination positive dans le milieu économique ou politique. Pour le reste, il semble aussi que la connaissance du sexe des personnes joue également un rôle rassurant, qui nous paraît légitime mais insuffisant. Ce critère de la fonction sociale ne nous semble pas être le plus sécuritaire tant il est sujet à des interprétations fluctuantes, nous proposons dès lors un critère purement objectif fondé sur le caractère identifiant du sexe. Ainsi, si l'institution ou l'autorité a besoin de connaître la mention du sexe pour appliquer à la personne un régime particulier, dans ce cas, l'accès à l'information sexuée sera autorisé. Et puisque le genre qui compte est le genre qui se voit,

[2431] C., BYK, *op. cit.*, p. 190.
[2432] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p.77.

dans l'hypothèse où la personne aurait décidé de garder la mention vierge, le genre apparent l'emporterait.

Ce modèle est celui qui a été débattu au Duché du Luxembourg lors des discussions autour du projet de loi relatif à l'identification des personnes physiques[2433] dans lequel il était question de supprimer toute référence au sexe, peu importe l'acte visé, qu'il soit un simple titre ou qu'il porte la marque authentique. Dans l'hypothèse où la loi ne retiendrait pas cette proposition, l'alternative prévoit de n'inscrire le sexe que sur la puce des nouvelles cartes d'identité. La loi a été finalement adoptée le 29 mars 2016[2434] et ne fait aucune référence à l'une ou l'autre des propositions qui sont restées lettres mortes.

529 . Enfin, le dernier obstacle à soulever reste encore la manière dont nommer les personnes dès lors que leurs titres d'identité ne fait pas état de leur sexe. Ici encore nous pouvons reprendre les nouveaux critères de modification du sexe à l'état civil qui mettent le sexe social au premier plan. Ainsi, les articles 61-5 et suivants du Code civil donnent une place particulièrement importante à l'apparence sociale dans la décision de modification de sexe, si bien que la dénomination par « *Madame* » ou « *Monsieur* » dépendra de la présentation extérieure de la personne. Pour les personnes à l'apparence androgyne, la perplexité restera de mise tant qu'un nom neutre n'existera pas pour les désigner, autre qu'« *individu* » ou « *personne* » en lieu et place de noms traditionnellement employés. La manière la plus simple nous semble d'appeler les personnes par leur prénom dès lors qu'on en a connaissance. Dans le cas contraire, il arrivera, comme c'est le cas souvent aujourd'hui, de se tromper d'appréciation dans la sexuation d'une personne qui ne manquera pas de corriger l'erreur faite. La dernière possibilité reste que la réflexion autour de la dénomination soit laissée aux personnes intersexes ou toute autre personne en faveur d'un troisième sexe ou d'un effacement, puisque la demande émane principalement d'eux.

530 . La suppression du sexe doit être atténuée, rationnalisée[2435]. Culturellement parlant la rupture ne doit pas être aussi abrupte tant que la Société n'a pas pris connaissance des différents aspects du genre, des obligations étatiques vis-à-vis de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de la nécessité de reconnaître juridiquement les

---

[2433] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p. 5, 53-54.

[2434] Loi du 29 mars 2016 modifiant 1. la loi modifiée du 19 juin 2013 relative à l'identification des personnes physiques; 2. la loi électorale modifiée du 18 février 2003, Mémorial A52. [En ligne : http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2016/03/29/n2/jo].

[2435] D., BORILLO, *op. cit.*

personnes non binaires. Des aménagements doivent intervenir pour ne pas nier la différence biologique entre les individus qui constituent la majorité. Mais aussi pour ne pas vider de sa substance la mission d'identification des actes de l'état civil en limitant l'effacement sexué aux seuls titres d'identité et en fonction du but de l'identification et en instaurant un acte de naissance provisoire[2436], modifiable à la discrétion de l'individu devenu majeur. Dès lors, si la mention du sexe va jouer un rôle dans l'identification, la biométrie pourrait faire en sorte que le demandeur de l'identification puisse avoir accès à cette information. Si de telles mesures devaient être concrètement appliquées le droit positif en serait fortement bouleversé, d'où la nécessité de s'interroger sur ces bousculements et la manière de les contrer ou de les minimiser.

B . Conséquences et implications *de lege feranda*

531 . L'effacement du sexe en Droit s'inscrit dans le cadre d'un système d'auto-identification conduisant les individus à s'identifier « *selon leur sentiment d'appartenance à un groupe* »[2437] de genre. L'authenticité qui règne autour de l'acte d'état civil rend la mention du sexe qui la compose essentielle, mais doit se cantonner à une vérité biologique irréfutable. Ainsi tant que les mentions possibles ne restent qu'au nombre de deux, il convient de ne rien inscrire provisoirement le temps que l'identité de genre se façonne. Mais c'est ici donner plus d'étendue aux droits et libertés individuels aux personnes intersexes que de laisser l'opportunité à leurs parents de n'inscrire aucun sexe à la naissance. En effet, l'article 61-7 du Code civil prévoit que les modifications de sexe apparaîtront en marge de l'acte de naissance, il restera donc une trace de l'ancien sexe, tandis que les parents bienveillants de personnes intersexes qui n'auraient rien inscrit, offrent la possibilité à leurs enfants de pouvoir, à leur

[2436] A., FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genre, La dualité des sexes à l'épreuve de la science,* La Découverte, 2012, p. 104.V. également Réponse ministérielle du 12 mai 2016, à la question écrite n°18533, *JO Sénat,* p. 2027.
[2437] B., MORON-PUECH, « Les mentions du sexe et les documents d'identité : par-delà la binarité », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité » ; D., BORILLO, *op. cit.*, p. 23.

majorité **rectifier** ou non l'absence de mention, à l'instar de la loi argentine du 23 mai 2012. Cette dernière loi sur le droit de choisir librement son genre[2438] maintient l'institution de l'état civil mais en assouplit les règles pour la première modification qui s'effectue devant un officier d'état civil, tandis que l'éventuelle seconde est débattue devant le juge.

532 . Pour que le projet de neutralisation du sexe puisse avoir une chance d'aboutir, il convient de lever les obstacles liés aux droits qui *a priori* ne concernent qu'un sexe en particulier. Pour se faire, nous proposons de ne plus nous intéresser à la personne porteuse de ces droits, mais à sa fonction. Cette scission entre personne et fonction va permettre d'écarter les considérations sexuées dans l'attribution des prérogatives juridiques en se focalisant sur l'état attaché à la personne. Par exemple, le droit du travail protège la femme enceinte aux articles L1225-1 et s. du Code du travail, et précise que c'est bien « *l'état de grossesse* » qui justifie cette protection. Actuellement, les articles en question précisent qu'il s'agit de l'état de grossesse de la femme, mais une simple modification législative qui effacerait cette dernière proposition suffirait. L'avantage de cette prise en compte de l'état dans le cas particulier de la grossesse réside dans l'ouverture des droits liés à la grossesse aux personnes transsexuelles FtM dont le sexe à l'état civil aurait été modifié sans qu'une stérilisation ait été subie. De même le congé maternité serait remplacé par le congé de parentalité où la seule distinction ne résiderait pas dans la qualité de père ou de mère mais de parent qui a accouché ou qui n'a pas accouché.

533 . Cette approche correspondrait au système dit fonctionnel qui, au regard des obstacles qui pourraient se dresser face à lui, aurait du mal à s'imposer. D'abord, la neutralisation du sexe dans les actes de l'état civil ne fera pas l'unanimité, même chez les personnes se trouvant dans un état d'intersexuation[2439]. En effet, « *bien des hommes, bien des femmes, préféreraient, semble-t-il, être père ou mère, plutôt que* « parent 1 » *ou* « parent 2 »… »[2440], comme ça peut être le cas sur les passeports américains dans lesquels les personnes peuvent choisir entre « *père ou mère* » et « *parent 1 ou parent 2* ». Pour contrer cet écueil, il faudrait donc que les personnes puissent choisir la dénomination statutaire qui leur correspond le mieux, mais ici encore, au risque de créer des situations stigmatisantes, notamment pour l'enfant. Le meilleur parti reste la neutralisation globale des termes pour tous : parents, enfants, époux.

[2438] P., GUEZ, *op. cit*.

[2439] M., PICHARD, « Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel BORILLO), *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p.279.

[2440] Intervention de J.-L., RENCHON, au séminaire franco-belge du 19 novembre 2010 à Lyon, *in* H., FULCHIRON, P., MURAT, J.-L., RENCHON (dir.), *Filiation, origine, parenté, parentalité,* Larcier, 2013.

534 . Les questions liées à l'établissement de la filiation constituent également un obstacle, notamment au regard des certitude et présomption qui le composent[2441]. D'abord, le cas de l'homme enceint[2442] contredit la présomption de paternité car le père n'est plus celui que le mariage désigne, puisqu'il est celui qui accouche… De fait, selon *mater semper certa est,* la personne de sexe juridique masculin est la mère… Cette situation est insatisfaisante et contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant qui n'aspire qu'à avoir une filiation, peu importent les détails de son établissement.

De même, des difficultés pourraient apparaître dans le cadre de l'établissement ou de la contestation de la filiation. D'abord, la procréation médicalement assistée (la P.M.A.) semble être conditionnée par la dualité des sexes puisqu'elle s'applique au bénéficie de « *l'homme et la femme qui forment le couple* »[2443], alors que la Ministre des solidarités de la santé affirme, à l'issue des conclusions de l'avis n°126 du Comité consultatif national d'éthique[2444], que la France est prête à ouvrir le bénéfice de la P.M.A. aux couples de femmes. La réciproques pour les couples d'hommes reste impossible tant que la gestation pour autrui demeure interdite en France[2445]. Quel que soit l'objectif de la demande, contestation ou établissement, ces actions peuvent être le terrain de difficultés particulières lorsque le parent contre leque l'action est dirigée a changé de sexe. Ainsi, une action en contestation ou en recherche de paternité pourrait être engagée contre une personne devenue femme[2446]. Or, il n'y aucun obstacle à ce que ces actions soient renommées en action en recherche ou en constatation de parentalité s'il existe un parent qui accouche et un parent qui serait marié à ce dernier. De plus, les analyses génétiques, de droit en matière de la filiation[2447], ne constituent pas non plus obstacle, puisque les résultats ne désigneront pas père ou mère mais les géniteurs du demandeur.

535 . Enfin, au-delà des aspects matrimoniaux et filiaux, la neutralisation du sexe se voit opposer deux dernières objections techniques[2448]. La première tient au fait que pour que cette neutralisation soit efficace et que la personne soit effectivement reconnue comme

---

[2441] P., GUEZ, *op. cit*.
[2442] B., MORON-PUECH, « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », note sous Cons. const. 17 nov. 2016, n°2016-739, *Loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, RDLF,* 2016, chron. n°28.
[2443] Art. L 2141-2 al. 2 du Code de la santé publique.
[2444] C.C.N.E., Avis n° 126, 15 juin 2017, avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation. V., F., VIALLA, *D.,* 2017, 1365.
[2445] Même si la Cour de cassation permet aujourd'hui d'établir la filiation biologique à l'égard du père tout en autorisant la mère à adopter de manière plénière l'enfant. V. cinq décisions Civ. 1ère, 5 juillet 2017, n°15-28.597, 16-16.901, 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495, v. T., COUSTET, *Dalloz actualité,* 6 juillet 2017.
[2446] O., ROY, *Droit de la famille,* 2ème éd., Éd. Archétype82, 2015, n°78.
[2447] Art. 16-11 du Code civil.
[2448] Ph., REIGNÉ, *Ibid.*

n'appartenant à aucun des deux sexes, elle devra changer de prénom pour un prénom épicène si cela n'est pas déjà le cas, sachant que 96% des prénoms sont sexués[2449].

La seconde tient compte de la probable incompatibilité avec la tendance actuelle à la réintroduction du genre dans les normes en instaurant des quotas de sexe obligatoires dans certains domaines, dans lesquels il sera nécessaire de prouver facilement l'appartenance à un sexe pour pouvoir bénéficier de ces normes. Dans le cadre de cette réintroduction de la sexuation, nous ne pouvons pas utiliser la méthode fonctionnelle, puisque justement dans les domaines concernés elle n'a pas su s'élever au-dessus du sexe. En effet, à fonction égale, la différence des sexes a érigé des différences de traitements qui n'ont en théorie plus court aujourd'hui, notamment, en droit électoral[2450], en droit économique ou encore en droit des affaires[2451].

[2449] N., RUBEL, *Ibid*., p.282.

[2450] Loi n°2000-493 du 6 juin 2000, tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *JORF,* n°131, 7 juin 2000, p. 8560 ; Loi n°2007-128 du 31 janvier 2007, tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *JORF* n°27, 1 février 2007, p. 1941.

[2451] Avec le principe de parité désignation des membres du Conseil économique, social et environnemental par les organisations professionnelles avec l'article 7 de la loi organique n°2010-704 du 28 juin 2010 relative au Conseil économique, social et environnemental, *JORF* n°0148, 29 juin 2010, p. 11633. Ou encore la proportion obligatoire de 40% pour Conseil d'administration ou de surveillance des entreprises publiques et des sociétés par actions avec la loi n°2011-103 du 27 janv. 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, *JORF,* n°0023, 28 janvier 2011, p. 1680. Mais aussi dans la fonction publique avec les jurys de recrutement et de promotion, de nomination aux emplois de direction, et les conseils d'administration ou de surveillance des établissements publics administratifs avec la loi n°2012-347 du 12 mars 2012, relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF*, n°0062, 13 mars 2012, p. 4498. V. également la Commission européenne, *Le déséquilibre entre les hommes et les femmes au sein des organes décisionnels des entreprises de l'Union européenne, Questions soumises à la consultation publique*, mai 2012 ; Commission nationale des professions libérales, Recommandation du 8 mars 2012, qui invite à mettre en place un quota de sexe dans la composition des instances dirigeantes.

CONCLUSION DU
CHAPITRE PREMIER

« *On ne peut pas dans le même temps promouvoir un droit planétaire et démolir le cadre normatif qui construit les jeunes générations, c'est-à-dire déclarer caduque la notion de limite, mettre tout (sexe, nom, filiation) à la disposition de l'individu* »[2452].

Nous sommes les « *héritiers d'un système* […] *qui a fait des catégories de personnes impensables* »[2453].

536 . L'article 57 du Code civil n'impose pas la binarité sexuelle alors que pendant longtemps, un grand nombre de règles juridiques y faisaient référence, notamment dans un but d'identification administrative et sociale. Dès lors, « *la dualité sexuelle* […] *fait* […] *l'objet d'une prise en compte généralisée aux plans coutumier et normatif* »[2454] justifiant jusqu'alors leur place au sein des actes de l'état civil, instruments privilégiés de sécurité juridique et des rapports sociaux[2455]. À ce titre, pourquoi la dualité des sexes, et à plus forte raison, le sexe sont-ils encore primordiaux pour remplir ces deux missions, à l'heure où le Droit tente de gommer les différences de traitement en homme et femme, ainsi que celles issues des choix de l'orientation sexuelle ? [2456]. Il est grand temps que le sexe devienne une affaire privée pour ce qui concerne les rapports sociaux d'une part, et que le Droit s'intéresse

[2452] P., LEGENDRE, « La loi, le tabou et la raison », *Télérama,* 30 déc. 1998, p. 13.
[2453] I., THERY, in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».
[2454] Avis avocat général sous Civ. 1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189, audience du 21 mars 2017, p. 3.
[2455] L., MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. Fam.,* Etude n°18, sept. 2005, n°3.
[2456] A., FAUSTO-STERLING, *Ibid.*, p. 134.

à d'autres attributs plus identifiants et plus immuables tels que la couleur des yeux, les empreintes digitales ou encore l'A.D.N.[2457].

537 . Dans le cadre des rapports sociaux, la binarité sexuelle organise une « *hiérarchisation des statuts* »[2458] et reste dont facteur d'inégalités de traitement. La question qui s'est alors posée est celle de savoir si la suppression des inégalités entre les hommes et les femmes ne devrait pas, à terme, conduire à « *l'effacement juridique de la différence et réaliser* […] *des êtres qui seraient des citoyens, tous égaux* »[2459]. Très vite les limites de cette proposition se sont fait sentir et la nécessité de garder des critères d'identification naturels a pris le dessus pour justifier la place du sexe dans l'état civil[2460]. Or, si la définition du sexe n'est pas une affaire de juriste mais de médecin, cette proposition n'a plus de légitimité puisqu'il serait malvenu de se dédouaner de définir une notion que l'on considère « *fondamentale* »[2461]. D'autant plus que d'autres critères d'identification ont aussi la marque du naturel, pour autant ils ne font pas partie des critères identificateurs retenus. C'est ainsi que la race ne fait pas partie de l'état civil et que malgré cela le racisme existe et persiste, ce qui justifie qu'une lutte se soit organisée autour de lui. Parallèlement, le sexisme existe, la mention du sexe à l'état civil et sur les titres d'identité n'est donc pas un gage d'égalité suffisant[2462].

En plus de son *pseudo* rôle identificatoire, le droit européen qui ne cesse de proliférer, a offert une nouvelle fonction à l'état civil. En effet, le développement des droits de la personnalité, et notamment le droit à l'épanouissement personnel[2463] dont les droits relatifs à l'identité[2464] font partie, ont fait muter le rôle des actes de l'état civil qui doivent désormais refléter l'identité personnelle que se serait construite les personnes.

538 . Cette possibilité ne doit pas être l'apanage des seules personnes transsexuelles et ce droit doit profiter à tous, puisqu'il émane de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Par ailleurs, l'idée d'une indifférence des sexes et des genres semblait nécessaire pour stopper les réassignations mutilantes[2465] que subissaient les nouveau-nés intersexes. Or, ce n'est pas parce que la mention du sexe n'est plus obligatoire que les parents

---

[2457] A., FAUSTO-STERLING, *op. cit*.
[2458] F., BELLIVIER, *Droit des personnes,* Coll. Précis Domat, LGDJ, 2015, p. 67.
[2459] H., INCOLLINCO-MONA, *Ibid.*, p., 2074.
[2460] H., INCOLLINCO-MONA, *op. cit.*, p., 2076.
[2461] H., INCOLLINCO-MONA, *op. cit*.
[2462] J., PICQUART, *Ibid*.
[2463] CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie* ; CEDH, 25 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni ;* CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A.D. c/ Belgique*, req. n°42758/98 et n°45558/99.
[2464] V. récemment C.E.D.H., 6 avril 2017, n°79895/12, 52471/13, 52596/13, *A.P., Garçon, Nicot, D.,* 2017, 1027, note J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, 994, B., MORON-PUECH.
[2465] J., PICQUART, *op. cit.*, p. 206.

auront envie d'un enfant sans sexe juridique[2466]. Pour que ces mesures puissent trouver écho dans la conscience collective il est primordial de « *dépasser l'approche binaire de la mention du sexe à l'état civil* »[2467] et différentes manières sont envisageables pour y parvenir : songer à la neutralité d'un troisième sexe ou à la neutralisation du sexe. Mais chacune de ces options comportent leur lot d'inconvénients.

539 . D'abord, la création d'un troisième sexe non-binaire sera nécessairement créatrice de situations discriminatoires et stigmatisantes à l'égard des membres de cette troisième catégorie qui constituerait un véritable « *fourre-tout* » laissant penser que les personnes qui la compose font partie d'une sous-catégorie humaine. De plus, la création de cette nouvelle catégorie devrait entraîner de manière concomitante, la création d'un régime spécial qui dépasserait les limites du droit des personnes.

De prime abord, la neutralisation du sexe en Droit suscite l'émoi général et constituerait un véritable progrès pour tous[2468]. Mais d'autres difficultés émergent à différents niveaux, et la première est sociale. En effet, comment passer sans encombre d'une société fondée sur la binarité sexuée à une société fondée sur l'Humanité ? Cette observation rend parfaitement compte de la « *répugnance du droit français à laisser vide la mention du sexe* »[2469], surtout depuis la décision de la Cour d'appel d'Orléans qui précise que « *l'identité sexuelle mentionnée à l'état civil* [est] *un élément nécessaire à notre organisation sociale et juridique, en raison notamment de ses incidences sur le droit de la famille, la filiation et la procréation* »[2470], soutenue par la Cour de cassation[2471].

Sur cette question de neutralisation, deux doctrines s'affrontent selon qu'elles sont en faveur d'une neutralisation totale, position s'apparentant à une « *douce utopie* » à laquelle ses partisans rappellent que des utopies comme celle-ci ont permis de faire avancer la société, en citant le droit de vote des femmes[2472], ou d'une neutralisation rationnalisée. Cette seconde possibilité nous semble la plus appropriée car elle tient compte des nécessités sécuritaires imposées par les actes de l'état civil. Ainsi, il est notamment question de limiter la neutralisation dans le temps, de la rendre facultative et surtout partielle. Tout d'abord, la neutralisation doit être provisoire, de sorte que jusqu'à un certain moment, aucune mention du sexe n'apparaîtrait sur l'acte de naissance. Là où certains pensent que ce moment doit

---

[2466] OII Australia, *Ibid.* ; OII Europe, *Ibid.* ; OII Francophonie, *Ibid.* ; C., MEISTER, *Ibid.* ; H., VILORIA, *Ibid.*
[2467] F., VIALLA, note sous CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, *JCP G,* n°17, 25 avril 2016, 492, p. 853
[2468] Propos de Christèle FRAÏSSÉ dans M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p. 77.
[2469] L., BRUNET, « Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personnes intersexes », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 64, 2016, p. 261.
[2470] CA Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016.
[2471] Civ.1ère 4 mai 2017.
[2472] J., PICQUART, *op. cit.*, p. 212.

correspondre à la maturité de la personne[2473], nous sommes plutôt en faveur de la majorité légale de 18 ans. En effet, nous préférons donner un délai de départ fixe pour éviter qu'il soit sujet à interprétation comme peut l'être le degré de maturité. L'acte de naissance demeurerait vierge de toute mention sexuée jusque-là et continuerait de l'être tant que la personne ne s'identifiera à aucun des deux sexes. Les règles sexospécifiques ne s'appliqueraient qu'en fonction de l'état objectif de la personne et non de sa situation sexée, en cela, notre proposition est facultative. Enfin, la neutralisation est partielle puisqu'une fois la majorité légale atteinte les personnes pourront choisir de maintenir cette absence de mention ou d'opter pour l'un des deux sexes. Or, les titres d'identité sont produits à l'aide de l'acte authentique originel qui est l'acte de naissance et qui sera rectifié en fonction du choix du sexe. Dès lors, l'absence de mention sur certains titres pourrait laisser s'installer les situations discriminatoires et stigmatisantes. C'est à cet instant que les progrès biométriques entrent en scène pour rendre invisible cette mention ou ne la rendre accessible que lorsque l'information sexuée sur la personne est objectivement nécessaire.

540 . Quelle que soit la solution à mettre en place, « *le mot de la fin doit appartenir au législateur* »[2474], n'en déplaise à certains auteurs[2475], afin que la sexuation devienne « *une option privée à la libre disposition de l'individu* »[2476] sans anéantir l'objectif de sécurité que doit remplir l'état civil. Mais le plus gros travail reste social. Car il n'existe aucune certitude que l'adjonction ou la suppression des mentions sexuées ne change le regard de la société sur les personnes psychiquement ou physiquement non-binaires[2477]. Le poids de l'opinion sociale nous fait une fois encore nous interroger sur la véritable place du Droit dans notre société contemporaine, doit-il entériner ou doit-il devancer ? La pratique législative nous a montré que la première proposition constitue la règle majoritaire. Néanmoins, l'action législative se doit d'être la première démarche vers l'acceptance, bien que pour être réellement efficace, elle ne doit pas se contenter d'effectuer un effacement du sexe, mais doit également prévoir les effets juridiques que ce nouvel ordonnancement pourrait engendrer.

[2473] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.,* 2017, p. 1373.
[2474] M., PÉRON, « Le refus de la mention « sexe neutre » à l'état civil », *LPA,* 2 mai 2016, n°87, p. 9. V. également I., COPPART, « Vers la reconnaissance du sexe neutre dans l'acte de naissance », *RJPF,* 2015-12/9, p. 17.
[2475] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *Ibid*. Qualifiant une telle intervention de souhaitable mais non indispensable.
[2476] C., CHILAND, « La problématique de l'identité sexuée », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 56(2008), p. 333.
[2477] Entretien avec le Pr. N., KALFA, Responsable de l'équipe médicale : Chirurgie viscérale et urologie pédiatrique, 31 janvier 2017.

CHAPITRE SECOND :
QUELQUES AMÉNAGEMENTS PRATIQUES ET FONCTIONNELS POUR UN ÉTAT CIVIL HARMONIEUX

541 . Au lendemain des lois relatives à l'ouverture du mariage pour les couples de même sexe et sur l'instauration du droit au changement de sexe, il est aisé d'en conclure que « *le sexe ne joue désormais qu'un rôle résiduel dans notre ordre juridique* »[2478], là où il pouvait être le déclencheur de situations embarrassantes pour les personnes[2479].

Malgré tout, certaines règles sexospécifiques[2480] demeurent dans le but que soit limitées les différences de traitement non objectivement justifiées. Seulement, la subsistance de ces règles n'est pas forcément incompatible avec la reconnaissance du sexe neutre ou de la neutralisation du sexe, surtout lorsque l'on observe que ces règles sont de moins en moins nombreuses, notamment en droit pénal[2481]. Mais si le sexe persiste néanmoins dans certains domaines, il a été démontré que des aménagements, sans nécessairement procéder à des retouches législatives suffiraient[2482], puisque dans le cadre du changement juridique de sexe il est certain que « *l'obtention d'un arrêt n'est pas une fin en soi* »[2483] et ne suffit pas. En ce sens, la loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle est incomplète et ne règle les aspects liés au mariage et à la filiation que pour le passé et non pour le futur, assurant ainsi une reconnaissance des états d'intersexuation qu'à demi-mot. En effet, il serait erroné de penser que la personne transsexuelle ou intersexe qui aurait obtenu la neutralisation ou le changement de sexe sur son état s'arrêtera là et ne revendiquera pas l'accès à d'autres

[2478] B., MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *D.,* 2017, p. 1404.

[2479] V. notamment CA Paris 18 janv. 1974, *D.*, 1974, 196, conclusions de M. GRANJON (sur un transsexuel dispensé de service militaire pour cause de gynandrie) ou encore dans une décision de la Haute Cour du Royaume-Uni, 27 mars 2006, *Corbett v. Corbett,* 1971 (Sur une personne transsexuelle considérée comme femme pour la Sécurité sociale, mais comme un aime lorsqu'elle décide de se marier avec un homme). G., AUBERT, *Trois cas de désir de changer de sexe,* Thèse Méd. Lausanne, 1946, n°471.

[2480] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.,* 2017, p. 1373.

[2481] À propos des règles relatives aux violences sexuelles avec la neutralisation du viol et de certains attentats à la pudeur avec la loi du 23 décembre 1980, n°80-1041, relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, *JORF*, 24 décembre 1980, p. 3028. V. C., LE MAGUERESSE, « La (dis-) qualification pénale des « violences sexuelles » commises par des hommes à l'encontre de femmes », *in* S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD, D., ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français,* CNRS éd., 1014, p. 223-240.

[2482] B., MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées, chantiers à venir », 1ère partie, [En ligne : http://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01325272].

[2483] J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes,* LGDJ, 1993, p.545.

droits[2484]. Il s'agit bien là d'une véritable « *reculade* [de la part du législateur] *devant les responsabilités à prendre* » au sujet de ces autres droits[2485] désignés par la décision de la Cour de cassation du 4 mai 2017[2486] comme impliquant « *de nombreuses modifications législatives de coordination* ».

542 . Il est évident que les conséquences juridiques liées à une réforme du sexe auront des répercutions partout où la différenciation sexuée a encore droit de Cité, néanmoins, notre analyse ne concernant que l'état civil, nous nous limiterons à l'étude des implications sexuées qui le touchent directement, c'est-à-dire, en rapport avec l'union matrimoniale, car même si la différence de sexe n'est plus une condition du mariage, la condition transsexuelle ou intersexe peut être essentielle pour l'autre époux (SECTION PREMIÈRE) et l'accès à la filiation (SECTION SECONDE).

SECTION PREMIÈRE : SEXE ET UNION MATRIMONIALE : ENTRE PSEUDO SILENCE LÉGISLATIF ET CACOPHONIE DOCTRINALE

543 . Le mariage se définit comme l' « *engagement réciproque, solennellement constaté devant l'officier de l'état civil, par lequel* [deux personnes] *s'obligent mutuellement à une communauté de vie et promettent d'élever ensemble leurs enfants* »[2487] dont le mode d'établissement de la filiation importe peu. Si à l'origine le mariage ne désignait que l'union d'un homme et d'une femme[2488], il n'en demeure pas moins que cette exigence ne bénéficiait d'aucune assise légale. En effet, la différence des sexes pour convoler en justes noces était tellement évidente que les rédacteurs du Code civil n'ont pas jugé utile de l'inscrire dans les

[2484] P.-H., CASTEL, *La métamorphose impensable. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Paris, Gallimard, 2003, p.113.
[2485] P.-H., CASTEL, *Ibid.*, p.114.
[2486] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *op. cit.* ; P., LE MAIGAT, note sous Civ.1ère, 4 mai 2017, *Gaz. Pal.,* 2017, n°19 ; B., MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ? », *D.,* 2017, p. 1404 ; *D.* 2017, 981 ; *JCP Not. Imm.*, n°19, 2017, 542 ; *JCP G,* n°13, 2016, 356 ; C., BERLAUD, *Gaz. Pal.,* n°20, 2017.
[2487] *Rénover le droit de la famille*, Rapport au Garde des Sceaux, La Documentation française, 1999, p.123.
[2488] Civ., 6 avril 1903, *D.*, 1904. 1. 395, Sirey, 1904. 1. 273.

conditions de fond du mariage[2489], puisque ce dernier doit conduire à la procréation qui n'est scientifiquement possible que par l'union de gamètes mâles et femelles[2490].

La société évoluant, les personnes transsexuelles et homosexuelles ont fait ressentir le besoin d'accéder à cette institution qui elle aussi a évolué. Désormais, il semblerait que l'on se mariasse par amour… L'identité sexuée a longtemps suffit pour refuser les demandes faites par les personnes homosexuelles, mais les justifications demeuraient plus difficiles pour les trans' qui avaient obtenus le changement de sexe, forçant ainsi les juridictions saisies à trouver d'autres justifications comme par exemple l'absence d'intention matrimoniale[2491].

Aujourd'hui, la question du mariage futur ne pose plus de problèmes depuis 2013[2492], même si nous pouvons nous interroger sur un probable devoir de loyauté dont l'époux transsexuel ou intersexe serait tenu envers son conjoint et qui découlerait de l'article 212 du Code civil[2493].

Même si la doctrine[2494] s'est plus penchée sur le droit au mariage des personnes transsexuelles, les personnes intersexes restent concernées par cette problématique, n'oublions pas que leur présence devant les prétoires était origenellement due à des actions concernant la validité du mariage[2495].

Puisqu'il n'est plus question de débattre sur un droit à l'accès à l'union matrimoniale, il convient toutefois de s'interroger sur les motifs de rupture de cette union, qu'elle émane de la personne en état d'intersexuation ou de son conjoint, même si cela revient à replacer le sexe dans les considérations individuelles à prendre en compte pour convoler en justes noces. Ainsi, si le divorce a été le premier outil de dissolution du mariage, il fallait s'interroger sur le rôle que le conjoint « *binaire* » pouvait ou non jouer dans la transition ou dans la décision de changement de sexe (I). Les réflexions doctrinales ont en réalité abouti à un mode de dissolution moins violent dans la caducité, même si des tractations autour de la nullité ont toutefois eu lieu (II).

[2489] L., LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit, Actes du XVIIème colloque national de la Confédération des Juristes Catholiques de France*, Paris, Téqui, 2002, p.72.

[2490] Sauf à considérer la lecture des articles 75 et 144 Code civil avant la réforme de 2013. Art. 75 al. 6 du Code civil : « *Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ* ».
Art. 144 du Code civil : « *L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ».

[2491] V. CA Versailles, 8 juillet 2005, D, 2006, 772.

[2492] D., THOUVENIN, « Le transsexualisme, une question d'état méconnue », *RTD civ*., 1979, p.311 et s. ; L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », Chron. XIX, sous TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 et 26 mars 1980, *D.,* 1981, p.147 ; J., RUBELLIN-DEVICHI, « Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droits de la famille », *RTD Civ.,* 1985, 1, p.135-153.

[2493] Pour une étude des impacts du transsexualisme dans le couple, v. V., LARRIBAU-TERNEYRE, « Transsexualisle et couple », *Droit de la famille,* mai 2013, n°5.

[2494] L., LEVENEUR, *Ibid.*, p.85 ; J., HAUSER, *RTD civ.,* 1993.97 et 1997.905 ; B., TEYSSIÉ, *Les personnes,* 5ème éd., Litec, n°221 ; G., MEMETEAU, *RTD civ.,* 1993. 325 ; H.L.J. MAZEAUD, *La famille,* 7ème éd., Montchrestien, 1995, n°720.

[2495] H.A.S., « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 42.

I . Divorce et place de l'époux « binaire »

544 . La dissolution de l'union peut être salutaire et répondre à tous les intérêts directement concernés. Ainsi, pour la personne transsexuelle par exemple, il ne faudrait pas que sa qualité d'époux soit « *un obstacle définitif à la modification de son état* »[2496] qui l'obligerait à rompre l'union dans le but de pouvoir se voir accorder le changement juridique de sexe ou l'entrée dans le processus de transition[2497]. Ces affirmations sont encore vraies concernant le processus de transition médicale qui mériterait d'être uniformisé. Mais elle ne l'est plus dans le cadre des demandes de changement de sexe depuis l'entrée dans le Code civil de l'article 61-5 qui instaure la prévalence du sexe psychosocial, donc la cause que la personne soit mariée ne pose pas de problème si elle est considérée par la société comme faisant sans aucun doute partie d'un couple en tant que conjoint hétérosexuel ou homosexuel.
Mais qu'en est-il de l'autre époux ? Il est admis que la condition d'intersexuation n'est pas *per se* une cause de divorce, puisqu'elle touche des personnes « *qui sont nées comme ça* », ce qui n'empêche pas qu'une autre cause de divorce puisse s'appliquer. Encore faut-il la trouver (A) et déterminer la place de l'époux dans la procédure médicale et juridique de changement de sexe (B).

A . À la recherche d'une cause de divorce adéquate

545 . Il existe traditionnellement quatre cas de divorce énumérés à l'article 229 du Code civil. Les personnes lasses de leur union matrimoniale pourront opter pour le divorce par consentement mutuel (devant le juge ou devant avocat), par acceptation du principe de la

[2496] F., MARCHADIER, « Le genre ou l'union : le dilemme du transsexuel marié », *D.,* 2013, p. 152.
[2497] F., MARCHADIER, *Ibid*.

rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou encore pour faute. Tous ces cas de divorces peuvent s'appliquer dans le cadre de la dissolution d'une union dont l'un des époux est en état d'intersexuation, mais pendant longtemps, c'est le divorce pour faute qui a retenu l'attention des juges.

546 . Le divorce pour faute « *peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* »[2498]. L'état d'intersexuation du conjoint est-il de nature à rendre intolérable le maintien de la vie commune ? La réponse fut affirmative pour certaines jurisprudences[2499] qui affirmaient que le transsexualisme justifiait le divorce, pour le cas d'un MtF il s'agissait de faire cesser l'offense faite à sa femme[2500], et dans une autre décision, le divorce aux torts exclusifs de l'époux qui a pris des hormones et qui a dissimulé ce traitement pendant un an à son épouse a été prononcé[2501]. Dans ces décisions, l'état d'intersexuation psychique est clairement identifié comme étant la cause principale du divorce. Plus tard, le T.G.I. de Caen, dans une décision du 28 mai 2001 précisera que le transsexualisme n'est pas contraire au droit français et que par conséquent il ne saurait constituer une cause de divorce pour faute… Nonobstant le comportement de l'époux transsexuel. En effet, le comportement de ce dernier est constitutif d'une faute justifiant le divorce s'il a pris la décision de subir une transition sans prise en compte des implications conjugales, sans n'avoir recherché ni l'accord, ni le soutien de son épouse et en s'étant éloigné volontairement du domicile pour subir les traitements. Il s'agit là d'une motivation contournée[2502] et mal orchestrée car presque toutes les « *fautes* » relevées par le tribunal pouvaient être objectivement justifiées. Ainsi, la recherche de l'accord de l'épouse est malvenue depuis l'égalité et l'autonomie individuelle des conjoints[2503], de même que le reproche de l'éloignement volontaire qui en réalité a été contraint en raison du désert médical autour de l'offre des soins de réassignation génitale. Seules les implications conjugales peuvent justifier la décision du T.G.I., puisque si l'époux obtenait le changement

---

[2498] Art. 242 du Code civil.

[2499] J., MASSIP, note sous TGI Caen, 28 mai 2001, *LPA,* 2002, n°85, p.16 ; CA Nîmes, 7 juin 2000, *Dr. Fam.,* 2001, comm. 4, note LÉCUYER ; *LPA,* 2001, n°73, p. 21, note MASSIP ; *RTDC,* 2001, 335, obs. HAUSER ; TGI Caen, 28 mai 2001, *D.,* 2002, 124, note MAUGER-VIELPEAU.

[2500] CA Nîmes, 2ème ch. civ., n° 99/2516, 7 juin 2000, *Gaillard c/ Manioulouxl,* J., MASSIP, *LPA,* 2001, p.20 ; H., LÉCUYER, *Dr. Fam.,* 2001, 4 ; J., HAUSER, *RTD Civ.,* 2001 ; L., MAUGER-VIELPEAU, *D.,* 2002, n°2, 124 ; D., BORILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p. 269.

[2501] CA Montpellier, 20 oct. 1999.

[2502] J., MASSIP, note sous TGI Caen, 28 mai 2001, *LPA,* 2002, n°85, p.16.

[2503] [2503] Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF*, du 14 juillet 1965, p. 6044 ; Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JORF*, du 26 décembre 1985, p. 15111.

de sexe, le maintien du mariage reviendrait à une union entre deux femmes, et l'union entre personnes de même sexe n'était pas encore admise en droit français à cette époque.

Rapidement, la dissolution de l'union d'une personne en état d'intersexuation par le biais du divorce pour faute est apparue « *incongrue* »[2504]. Certains auteurs ont affirmé que l'action n'était par ailleurs pas ouverte contre la personne transsexuelle en raison de son statut hypothétique de malade mental[2505]. La véritable raison qui empêche le divorce pour faute de s'appliquer reste l'absence de faute imputable à l'un des époux qui subit son état d'intersexuation et qui ne peut s'analyser en une démarche purement volontaire de sa part[2506].

La divorce pour faute n'en demeure pas moins admis si le conjoint commet des fautes indépendamment de son état d'intersexuation.

En ce qui concerne les autres causes de divorce, elles ne posent aucun problème dans leur mise en œuvre, sans doute parce qu'elles constituent soit une cause objective, soit parce qu'elles émanent d'une volonté commune de mettre fin à l'union sans s'intéresser aux raisons qui poussent les époux à divorcer[2507].

547 . Il a également été question de penser à la création d'une nouvelle cause de divorce, initialement à destination exclusive des personnes transsexuelles mais nous ne voyons aucune raison de ne pas l'étendre à toutes les personnes en état d'intersexuation. Cette nouvelle cause se voudrait « *objective et bilatérale* »[2508], mais ce souhait relève de l'utopie. En effet, sur l'aspect bilatéral, nous partons du principe que dès qu'un époux aura connaissance de l'état d'intersexuation de son conjoint, ce dernier voudra nécessairement divorcer. Or, la décision du T.G.I. de Brest du 15 décembre 2011[2509] nous a bien montré que le changement de sexe de l'un des époux n'emportait pas systématiquement la volonté pour les deux conjoints de mettre fin à leur union. Pour ce qui est du critère de l'objectivité nous ignorons à quel niveau placer son curseur. S'agit-il du fait d'avoir juridiquement changer de sexe ou simplement d'avoir entrepris un processus de transition et d'avoir été diagnostiqué transsexuel ou intersexe ? Aussi objectives qu'elles puissent paraître, ces raisons n'en sont pas moins stigmatisantes et inégalitaires puisqu'elles auraient pour but de réserver le mariage et sa pérennité à la catégorie des personnes binaires qui seraient libres de se marier, mais aussi

---

[2504] F., MARCHADIER, *op. cit.*

[2505] B., EDELMAN, note sous Cass. 30 nov. 1983, *D.,* 1984, J, 167. Mais une décision du TGI de Meaux, 27 août 1987 (inédit) est revenu sur cette position.

[2506] L., MAUGER-VIELPEAU, « Le mariage peut-il « survivre » au transsexualisme d'un époux ? », *recueil Dalloz,* 2002, p. 124 ; A., BENABENT, *Droit civil, la famille,* n°71.

[2507] L., LINOSSIER, *Ibid.* ; J., PENNEAU, note sous CA Toulouse, 11 octobre 1978, *JCP,* 1981, II, 19529 ; D., THOUVENIN, *Ibid.*, p. 313 ; F., MARCHADIER, *op. cit.*

[2508] L., LINOSSIER, *op. cit.*

[2509] n°11/00975, *AJ Fam,* 2012, 349 ; *JCP G,* 2011, 52.

de mettre fin ou non à leur union. D'autant plus qu'aucune indication sur la manière dont cette action devrait être mise en œuvre ne nous est offerte. Puisqu'il s'agit d'une action bilatérale, nous supposons que les deux membres du couple doivent se mettre d'accord pour cheminer vers le divorce. Une autre proposition d'« *action attitrée* »[2510] a été proposée, consistant à adresser une demande de divorce au juge qui constatera la dissolution du lien et statuera sur ses conséquences. Or, sur ces points, il existe déjà les divorces par consentement mutuel et par acceptation du principe de divorcer qui feraient parfaitement l'affaire. Ces causes de divorces sont plus respectueuses des libertés individuelles des futurs divorcés puisque la dissolution du mariage est acceptée par les deux membres du couple pour des raisons qui leurs sont propres, sans que ne soit dévoilé l'état d'intersexuation d'un des époux. De plus, la procédure du divorce pour consentement mutuel a été facilitée avec la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle qui propose maintenant un divorce sous seing privé devant un avocat, en plus de la procédure traditionnelle devant le juge[2511].

548 . Le divorce peut être un des moyens de dissolution du mariage à la disposition de la personne en état d'intersexuation, mais aussi de son conjoint. Mais toutes les causes de divorce ne sont pas admises et il semble que seules les causes fondées sur la volonté bilatérale des époux ou celle fondée sur l'éloignement géographique ne soient capables d'aboutir. Le divorce pour faute a longtemps été utilisé, mais le déterminisme inhérent aux conditions d'intersexuation en fait une cause inopérante. Néanmoins, les jurisprudences qui se sont prononcées en sa faveur nous pousse à une nous interroger sur le rôle du conjoint dans les décisions relatives aux processus et procédure de changement de sexe.

[2510] F., MARCHADIER, *op. cit.*
[2511] Art. 229-1 et s. du Code civil.

B . La place du conjoint dans les décisions relatives au changement de sexe

549 . Le changement de sexe juridique est une démarche sensiblement personnelle mais qui ne doit pas exclure les tiers, et plus spécifiquement la famille du demandeur, de sorte que l'intérêt familial est à considérer[2512]. Cet intérêt avait d'ailleurs été pris largement en compte dans la décision du T.G.I. de Saint-Etienne du 26 mars 1980 qui précisait que le changement de sexe n'est acceptable que lorsqu'il ne contrarie pas l'intérêt familial[2513]. Mais ces considérations ne tiennent que si la famille est déjà constituée, et des situations pourraient semer la confusion lorsqu'il s'agira d'établir un lien, notamment si une personne décide de changer médicalement de sexe sans modifier son état civil, et inversement[2514].

550 . Concernant le mariage du transsexuel ou de l'intersexe[2515], deux cas sont susceptibles de semer le trouble selon que le changement de sexe ou la connaissance de l'intersexuation physique surviennent pendant le mariage, ou selon que ces personnes décident sciemment de laisser l'époux ou le futur conjoint dans l'ignorance de leur état[2516].

551 . Dans la première hypothèse, nous rappellerons l'attendu de la décision du T.G.I. de Caen dans sa décision de 2001[2517], qui affirmait que le transsexualisme n'était pas *per se* une cause de divorce pour faute, mais que l'absence de prise en compte des conséquences conjugales et l'éloignement volontaire pendant des années constituaient une violation grave et renouvelée aux obligations du mariage, sauf si le conjoint avait donné son accord. Se pose alors la question de la réelle place du conjoint dans les processus de transition et de changement de sexe : doit-il en être simplement informé ou doit-il consentir ? [2518]

La reculade législative serait bien entamée s'il fallait considérer que le conjoint doive consentir aux interventions chirurgicales et à la demande de changement de sexe de l'autre époux. En effet, les époux ont retrouvé la libre disposition de leur corps[2519] et désormais, toute

---

[2512] L., LINOSSIER, *op.cit.*, p.146.
[2513] L., LINOSSIER, *Ibid.*
[2514] L., LINOSSIER, *Ibid.*
[2515] G., HOUBRE, « Un « sexe indéterminé » ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXème siècle », *Revue d'histoire du XIXème siècle,* n°48, 2014/1, pp. 63-75 ; « Dans l'ombre de l'hermaphrodite : hommes et femmes en famille dans la France du XIXème siècle », *CLIO. Histoire, femmes et société,* p.85-104, [En ligne], 34 | 2011, mis en ligne le 31 décembre 2013. http://clio.revues.org/indexx10255.html.
[2516] Ce cas est plus aisé par les personnes intersexes.
[2517] TGI Caen, 28 mai 2001, Juris-data, 2001, n°162327.
[2518] M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.669-672.
[2519] C., LOMBOIS, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils,* Paris, L.G.D.J., 1963, p. 11.

intervention médicale qui n'aurait pas de but thérapeutique et qui aurait été subie sans l'accord de l'autre époux n'est plus constitutive d'une « *faute grave justifiant le divorce* »[2520]. L'autonomie des époux[2521] empêche un débordement de leurs missions dans leur rôle de protecteurs naturels réciproques qui ne doit opérer qu'en cas de défaillance de l'autre, lorsque ce dernier est dans l'incapacité de pouvoir consentir[2522].

Notons que dans le cadre de l'interruption volontaire de grossesse et de l'accouchement sous X[2523], l'époux n'a pas à consentir, bien qu'une information lui soit délivrée. C'est pour cela qu'à défaut de consentir, l'époux doit être informé et consulté[2524], dans la mesure où, au regard de l'importance de la modification, le sexe peut avoir été une condition déterminante dans le choix de se marier. Bien qu'offrant une place au conjoint dans la nouvelle procédure de changement de sexe, la loi « *J21* » n'a pas pris le pari de le faire intervenir en amont de la décision, et ne règle que les conséquences pratiques que le changement de sexe aurait sur son état civil. En effet, l'article 61-7 alinéa 2 du Code civil offre au conjoint la faculté de consentir sur l'étendue de la modification du sexe de son époux. Ainsi, la mention du mariage sur l'état civil du conjoint, mais également la mention de filiation des enfants de la personne dont le sexe a été modifié, ne seront pas changées si leurs titulaires n'y ont pas consenti.

552 . La seconde hypothèse fait directement écho au devoir de sincérité auquel sont tenus les époux et qui découle des dispositions générales relatives au mariage de l'article 212 du Code civil[2525], dont l'un des corollaires est le devoir d'information mutuelle[2526].

Cette obligation pourrait être aisément remplie dans le cadre de l'établissement du « *dossier de mariage* » en mairie, en amont de la célébration. En effet, parmi les pièces à fournir, les époux doivent justifier d'un extrait avec filiation de leur acte de naissance[2527], mais certaines mairies, comme celle de Montpellier, demandent une copie intégrale. La fourniture d'un

---

[2520] D., THOUVENIN, *op. cit.*, p.314.

[2521] H., GAUMONT-PRAT, Transsexualisme *in Lamy Droit de la Santé* Tome 2, Etude 336, n° 336.65 et s.
V. Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF*, du 14 juillet 1965, p. 6044 ; Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JORF*, du 26 décembre 1985, p. 15111.

[2522] A., BÉNABENT, « La liberté individuelle et le mariage », *RTD Civ.,* 1973, p. 478 ; G., MÉMETEAU, obs. sous TGI Paris, 6 et 19 mai 1987, *JCP,* 1988, II, 21130 ; D., TRUCHET, J., MOREAU, *Droit de la santé publique,* Mémento Dalloz, éd. 1990, p. 126-128, 138.

[2523] Art. L2212-1 et s. du Code de la santé publique et art. 326 du Code civil.

[2524] L., LINOSSIER, *op. cit.* ; F., MARCHADIER, *op. cit*.

[2525] Ce devoir de sincérité est notamment admis dans le cadre de la dissimulation de troubles mentaux et entraine la nullité du mariage. V. CA Rennes, 22 février 1978 (deux arrêts), *D.,* 1978, IR, 210, note R., LINDON. Un texte de l'état américain du Colorado de 1963 consacre expressément ce devoir de sincérité et le combat par une action en nullité du mariage. V. Colo. Rev. Stat. Ann., §90, 1-4 (1963) « *Where mariage is possible a surgically converted transsexuel would be well advised to inform his or her proposed spouse of the inability to procreate* […] *could constitue a fraudulent act of misrepresentation warranting annulment* ».

[2526] L., LINOSSIER, *op. cit.*

[2527] Art. 70 du Code civil.

extrait n'est pas suffisante pour l'information du futur conjoint sur l'éventuel changement de sexe de l'autre, puisque seule la mention du sexe apparaît sans les mentions marginales[2528]. *De lege ferenda,* même si nous optons pour une neutralisation, le mariage reste en principe une institution ouverte aux personnes majeures, dès lors un sexe devrait apparaître, sinon l'absence de mention. Pour que le futur conjoint soit dûment informé de l'état de son futur époux il conviendrait que la pièce d'état civil demandée soit une copie intégrale dans laquelle seraient présentes toutes les informations concernant l'état des personnes, initiales et marginales. Encore faudrait-il que les époux aient accès aux documents de l'autre, mais le mariage suscitant la réunion et l'Homme étant par nature curieuse, ce point ne nous inquiète guère.

553 . La réciproque n'est plus vraie lorsque nous nous interrogeons sur l'opportunité de la production d'une copie intégrale confrontée au droit au respect de la vie privée. Il convient de faire une fois encore jouer la balance entre les intérêts en présence avec d'un côté, l'intérêt individuel du respect dû à la vie privée de la personne intersexe ou transsexuelle et l'intérêt collectif du couple dans le devoir de sincérité. Les conséquences n'étant sensiblement pas les mêmes, il est évident que l'intérêt collectif l'emporte ici. En effet, l'intérêt de garder pour soi son état d'intersexuation n'est salutaire que s'il ne s'opère pas au détriment du droit d'autrui. Or, il s'agit ici de s'unir maritalement ce qui implique un certain nombre de nouvelles obligations conjointes qui pourraient être anéanties par la prononcé de la nullité du mariage, prononcé qui aurait pu être évité par la production d'une copie intégrale.

Les sceptiques à cette proposition pourront jouer la carte de la nostalgie et entrevoir la réhabilitation de l'examen prénuptial[2529]. Mais il faudra garder en tête que les médecins qui produisaient ce certificat restaient tenus au secret professionnel et les résultats n'étaient pas communiqués à l'autre époux. Pour que cette réhabilitation vienne en renfort de l'obligation de sincérité, il faudrait que le secret soit levé, mais lever un secret fondé sur l'appartenance sexuée ou non d'un aspirant au mariage revient à placer à nouveau la capacité reproductrice au cœur des considérations du mariage, et peut-être même décourager les personnes transsexuelles et intersexes à se diriger vers cette institution fragilisée.

[2528] Art. 61-7 du Code civil, imposant que le changement de sexe s'inscrivait en marge de l'état civil.

[2529] Supprimé par l'article 8 de la loi 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, *JORF*, n°0296, 21 décembre 2007, p. 20639.

Sur l'examen et le certificat prénuptial v. J.-J., LEMOULAND, « État de santé des futurs époux », *Répertoire de droit civil,* janv. 2014 ; P., VOIRIN, « Le certificat d'examen prénuptial », *JCP G,* I, 1943, n°322 ; J., SAVATIER, « Le droit civil du mariage et la santé des époux », *in Médecine et Mariage*, GLEM, 1952 ; L., BIARDEAU, *Le certificat prénuptial,* Thèse, Paris, 1930.

Ces conséquences vont se manifester par la multiplication des demandes d'annulation de mariage pour erreur, mais également, par le développement d'obligations matrimoniales supplémentaires, palliatives à l'annulation du mariage.

554 . À l'exception du divorce pour faute, toutes les autres causes de divorce sont admises pour dissoudre l'union matrimoniale dont l'un des époux serait en état d'intersexuation. Il convient en effet de ne pas laisser le choix du divorce à un seul des époux alors même qu'aucune faute n'a été commise par l'autre, l'intersexuation étant le jeu d'un déterminisme échappant à la volonté. Toutefois, le devoir de sincérité dont les époux et futurs époux sont débiteurs l'un envers l'autre, n'exclue pas le conjoint « *binaire* » d'être tenu informé de l'état de son époux, surtout si l'appartenance sexuée de ce dernier est une condition essentielle du mariage. Dans cette hypothèse, sans que le divorce ne soit la solution unique, il sera possible pour l'époux trompé, lésé, de demander l'annulation ou la caducité de l'union.

II . Entre nullité et caducité du mariage

555 . Le divorce n'a pas le monopole de l'échec du mariage. En effet, lorsque l'un des époux s'estime trompé et lésé à l'occasion de l'union matrimoniale, ce dernier peut s'éviter la longueur de la procédure de divorce[2530] en tentant de faire annuler le mariage pour erreur sur les qualités substantielles la personne ou sur son identité[2531] (A) ou de le faire constater caduc (B) par le juge. En plus d'une procédure plus courte dans le rendu de la décision, ces techniques de dissolution permettent de révéler une attitude malveillante de la part de la personne en état d'intersexuation qui a délibérément caché cet état à son futur conjoint[2532].

[2530] Excepté s'ils ont opté pour le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire des articles 229-1 à -4 du Code civil.
[2531] A., ESMEIN, *Le mariage en droit canonique,* Tome 1, Sirey, 1929-1935, p.344.
[2532] Art. 180 du Code civil.

A . La nullité du mariage pour erreur

« *En mariage, trompe qui peut* »[2533]

556 . La nullité du mariage est un mode de dissolution de l'union prévu par le Code civil et se scinde en deux possibilités. D'une part, la nullité qui vient sanctionner un vice ou un défaut de consentement[2534] et qui peut être soulevée soit par l'époux soit par le Ministère public[2535]. D'autre part, la nullité qui vient sanctionner une erreur sur la personne ou sur ses qualités essentielles[2536]. C'est cette dernière qui fera l'objet des développements qui vont suivre.

557 . L'erreur sur la personne ou sur ses qualités essentielles ou substantielles est considérée comme un empêchement dirimant au mariage, car elle correspond à une erreur portant sur l'identité de l'époux. Dès lors le consentement n'aurait pas été donné sur le même objet[2537] et pour se faire, il faut que l'erreur dont il est question ait été déterminante pour le cocontractant ou le conjoint[2538].

L'erreur sur la personne ou sur ses qualités essentielles a d'abord été interprétée de manière très restrictive par la jurisprudence du milieu du XIXème siècle, notamment avec l'arrêt Berthon[2539], qui ne connaît que les erreurs sur l'identité de la personne. Mais avec l'avènement de considérations de santé dans l'institution du mariage, il convenait de faire évoluer cette notion de qualités essentielles afin de lui offrir un champ plus important que celui de la seule identité. C'est alors que la dissimulation de la maladie de l'époux pouvait être considérée comme un dol, prenant la forme d'injure grave, si elle remplit deux conditions

---

[2533] A., LOYSEL, *Institutes coustumières,* Livre 1er, Abel L'angelier, Paris, 1607, Titre 2, III.
[2534] Art. 180 al. 1 du Code civil. V. également M.-L., RASSAT, *Ibid.*, p.672.
[2535] Sur la nullité soulevée par le Procureur de la République v. T.G.I. Nanterre, 10 juin 2005. En l'espèce, une personne transsexuelle souhaite se marier avec une personne transgenre, le Procureur de la République s'est opposé au mariage en faisant valoir la théorie de la simulation, car selon lui, le but de l'union était étranger à celui de se comporter en tant que mari et femme, de sorte qu'ils n'avaient pas consentie aux devoirs et obligations qu'impliquait le mariage.
[2536] Art. 180 al. 2 du Code civil.
[2537] A., ESMEIN, *Ibid.*, p.346.
[2538] Civ. 1ère, 19 fév. 1975, *Bull. civ.,* I, n°70.
[2539] Arrêt *Berthon*, Ch. réunis, 24 avril 1862, *D*. 1862, I, 153

cumulatives. D'une part, les faits, s'ils avaient été portés à la connaissance du conjoint, auraient dissuadé ce dernier de se marier. D'autre part, les faits dolosifs devaient exister avant le mariage et s'y sont prolongés, la preuve de l'intention dolosive incombant à l'époux demandeur[2540]. C'est ainsi que la Cour d'appel de Nancy annula un mariage pour dissimulation de l'état d'impuissance du mari s'appuyant sur plusieurs missives qui ne laissaient aucun doute sur la connaissance par l'époux de son état[2541]. C'est dans cette hypothèse que l'existence d'un examen prénuptial a pris tout son sens. En effet, l'époux auteur du dol ne pouvait ignorer son état s'il s'était, comme la loi semblait lui imposer, soumis à l'examen médical prénuptial dont la preuve est constituée par le certificat délivré par le médecin. Les juges du fond exigaient néanmoins que cette dissimulation constitue « *un danger pour l'autre époux et sa descendance* »[2542] afin qu'elle puisse entraîner la nullité du mariage.

558 . Aujourd'hui, la nullité du mariage pour erreur sur la personne ou ses qualités substantielles s'évalue selon les conditions cumulatives suivantes : la dissimulation doit toujours être née antérieurement au mariage et perdurer pendant l'union, mais elle doit être intentionnelle. De plus, la dissimulation doit porter sur un élément essentiel du mariage[2543]. Enfin, « *l'époux victime* » doit être de bonne foi, c'est-à-dire, que l'ignorance de la tare de son conjoint doit être excusable, cette dernière ne doit pas être notoire[2544]. Nous pouvons aisément établir un rapprochement avec la réticence sur les qualités substantielles dans le contrat qui est constituée dès que trois conditions sont réunies : l'existence d'une obligation de renseignement, l'erreur portant sur une qualité essentielle du contrat sans laquelle au moins une des parties n'aurait pas contracté et enfin, que la partie cocontractante soit excusable de ne pas connaître l'objet de l'erreur[2545]. Ce parallèle est d'autant plus opportun que le mariage n'en demeure pas moins un contrat, et feu le certificat médical prénuptial, l'information du contractant attestant du caractère intentionnel ou non de la manœuvre.

559 . L'aide à la construction et la reconnaissance de l'identité personnelle sont en phase pour offrir une nouvelle portée à l'erreur sur l'identité de la personne comme cause de

---

[2540] Voir, Colmar, 13 mars 1945, *D.* 1945, J, 373 : Une femme soutient à son époux, avec lequel elle n'était pas encore mariée, qu'elle était enceinte de lui, alors que l'enfant qu'elle portait avait un tout autre père. V. J. PRADEL, *La condition civile du malade,* Paris, LGDJ, 1963, p. 170 et s.

[2541] CA Nancy, 12 mai 1958, *Gaz. Pal.,* 24 juillet 1958 ; *RTDC*, 1958, 585. V. également TGI Lille, 17 mai 1962, *D.,* 1963 somm. 10 ; Trib. civ. de Grenoble, 13 et 20 novembre 1958, *D.,* 1959. 495, note G., CORNU, *RTD civ.* 1960. 87, obs. DESBOIS ; TGI Avranches, 10 juillet 1973, *D.,* 1974. 174, note P., GUIHO ; CA Paris, 26 mars 1982, *Gaz. Pal.,* 1982, 2, 519.

[2542] Trib. civ. Nîmes, 2 fév. 1942, *JCP*, 1942, II, 1826.

[2543] Caen, 10 mai 1926, *S.* 1962.II.62 : A l'occasion d'un second mariage, l'époux souffre d'impuissance, sa nouvelle épouse demande une expertise qu'il refuse. Le divorce est néanmoins prononcé puisque l'époux ne pouvait ignorer que sa femme avait contracté le mariage dans le but de procréer.

[2544] Trib. civ. Valence, 16 mars 1955, *Gaz. pal,* 1955.I.431 : Mari demande divorce car femme alcoolique

[2545] J. PRADEL, *op. cit.,* p. 174.

nullité du mariage. En effet, l'identité de genre et l'identité sexuée, comme sexuelle, sont devenues les manifestations de la volonté des personnes voire des signes identitaires propres et ancrés, au même titre que l'identité civile[2546]. De plus, l'article 61-7 du Code civil actant une démédicalisation de la procédure de changement de sexe, contribue indirectement à renforcer les opportunités d'erreurs dans la célébration de mariage. En effet, si un sexe apparaît sur l'extrait d'acte de naissance ou sur la copie originale qui mentionne une modification ultérieure, rien n'assure l'aspirant époux que le nouveau sexe juridique corresponde au(x) sexe(s) anatomique(s) de son futur conjoint. En ce sens, il y aura erreur sur l'identité de la personne due à une non concordance de l'état civil et de la réalité, ce qui ne pose pas outre difficultés puisque la nullité du mariage n'est pas conditionnée par le dol de l'autre époux.

560 . Quant aux effets de la nullité, ils pourraient constituer l'obstacle principal à son application aux personnes en état d'intersexuation[2547]. En effet, la nullité a un effet rétroactif et replace les parties, en l'espèce les mariés, dans la situation antérieure au mariage. Or, il semblerait qu'il y ait un conflit de lois entre l'article 180 et 61-8 du Code civil qui dispose que « *la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification* », donc qu'elle n'est pas rétroactive. À en suivre l'adage « *specialia generalibus derogant* », puisque nous sommes dans le domaine du mariage se serait la règle relative à ce dernier qui devrait s'appliquer et ignorer les nouvelles dispositions de l'article 61-8 du Code civil. Il est admis de penser que les conséquences d'une nullité tardive pourraient être colossales, mais rappelons que la nullité n'est ouverte que pendant les cinq années qui suivent la célébration du mariage[2548].

561 . La nullité du mariage entre une personne « *binaire* » et une personne transsexuelle ou intersexe constitue une alternative à la dissolution de l'union matrimoniale par le divorce. Néanmoins, son champ d'application reste limité par l'existence d'une erreur sur les qualités essentielles de la personne, voire sur son identité, mais surtout, limité dans le temps puisque l'action en nullité du mariage n'est plus ouverte au-delà des cinq premières années. Cette erreur sera facile à prouver dans le cadre d'un époux transsexuel bien que

[2546] Sur des annulations de mariage à la suite d'une erreur sur l'identité civile v. Civ. 1ère, 19 février 1975, *Bull. civ.,* I, n°70 ; CA Paris, 7 juin 1973, *JCP,* 1973, II, 17539 ; *D.,* 1974, 174.
[2547] Avant l'obstacle lié à la prescription de l'action qui est de 5 ans à compter du mariage. V. art. 181 du Code civil.
[2548] Art. 181 du Code civil.

l'erreur ne fût pas contemporaine à la célébration du mariage[2549]. Mais elle sera moins évidente lorsque le conjoint est porteur de variation du développement génital sans le savoir. Une large partie de la doctrine est en faveur de la nullité du mariage dans ces circonstances précises[2550]. Cet engouement est sans doute dû au fait que la nullité du mariage est prévue expressément par la loi, contrairement à la caducité.

B . L'ébullition doctrinale autour de la caducité du mariage

562 . La caducité du mariage n'est pas expressément inscrite dans les causes officielles de dissolution du mariage, mais demeure présente en Droit de manière générale dans la partie relative aux sanctions dans la formation du contrat. C'est donc ainsi qu'« *un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* »[2551], la caducité entraînant la fin du contrat[2552].

Même si aucune règle de droit spécial ne mentionne l'application de la caducité pour le mariage, ce dernier n'en demeure pas moins un contrat entre deux personnes, il n'y a donc aucune raison pour que les dispositions relatives à la caducité ne s'y appliquent pas, et que la France ne suive pas les modèles italien et turc[2553]. D'ailleurs, la doctrine s'accorde pour affirmer que la caducité du mariage reste la solution la plus adaptée[2554], dans le sens où elle va

---

[2549] C'est la prédisposition au transsexualisme qui devra être prise en compte.

[2550] F., RIGAUX, « Les transsexuels devant la Cour européenne des Droits de l'Homme : une suite d'occasions manquées », *RTDH,* 1998, p. 142 ; D., BORILLO, *Ibid.* , p. 271 ; P., MALAURIE, L., AYNÈS, *La famille,* Cujas, 6ème éd., n°150 ; A., DOURRAT, *Droit de la famille,* Dalloz Action, 2001/2002, n°196 ; M.-L., RASSAT, *op. cit.*, p. 673.

[2551] Art. 1186 al. 1er du Code civil.

[2552] Art. 1187 du Code civil.

[2553] M., GOBERT, « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologiques et médicales sur le droit des personnes », *in Génétique, procréation et Droit,* Éd. Actes-Sud, 1985, p. 177.

[2554] A., MARAIS, « L'apparence de la personne », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle GOBERT,* Economica, 2004, p. 291 ; J., MASSIP, « Le transsexualisme : état de la question », *Defrénois,* 1992, 35332, 1018 ; « Le transsexualisme : suite », *Defrénois,* 1993, 35502, 420 ; F., TERRÉ, Y., LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* D., 11ème éd. Tome 1, n°22-23 ; L., MAUGER-VIELPEAU, *D.,* 2002, n°2, 124 ; *op. cit.* ; M., JÉOL, concl. sous Ass. Plén., 11 déc. 1992 ; J.-P., BRANLARD, *Ibid.* ; P., COURBE, *Droit de la famille,* Armand Colin, 2001, 2ème éd., n°156 ; H., LECUYER, note sous TGI Caen, 28 mai 2001, *Dr. Fam.,* 2002, n°42 ; F., GRANET, *AJF,* 2002, p. 414 ; CA Nîmes, 7 juin 2000, *RTD Civ,* 2001, p. 335, note J., HAUSER ; M., GOBERT, *Ibid*.

venir sanctionner la perte d'un élément essentiel à la validité du contrat par la survenance d'un événement postérieur à sa formation et indépendant de la volonté des parties[2555].

563 . Sur la mise en œuvre de cette caducité, il nous faut d'abord relever qu'elle n'aura vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse d'un changement de sexe ou la révélation d'une V.D.G., qui auraient eu lieu pendant le mariage, l'événement déclencheur devant avoir lieu après sa célébration.

Ensuite, les tractations autour des personnes potentiellement admises à la soulever ont fait l'objet de discussions oscillant entre une action ouverte à toute personne ayant un intérêt dont le Ministère public car il est question de mariage et donc d'ordre public[2556] et une action ouverte aux seuls époux mais également au Ministère public[2557]. Nous nous positionnons partiellement du côté de cette seconde proposition puisque d'une part, le mariage, par son extension aux couples de même sexe et devenu une manifestation de la liberté individuelle. D'autant plus qu'il sera question d'identité sexuée qui est une autre de ces manifestations car elle touche directement à l'identité personnelle des individus. De sorte que toute personne, autre que les époux, qui viendrait dénoncer un état d'intersexuation quel qu'il soit, porterait par définition atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne désignée. D'autre part, il convient de se demander en quoi le Ministère public est concerné par une telle action en caducité. Surtout lorsque l'on sait que les effets de ce mode de dissolution ne sont pas rétroactifs, car les effets que le mariage aura produit de sa célébration à sa caducité vont perdurer et qu'un lien demeurera malgré tout entre les deux ex époux. D'autant plus que la dualité sexuée n'est plus une condition empêchant le mariage. Enfin, il a été brièvement question de s'orienter vers une caducité automatique[2558] s'inspirant des effets du jugement déclaratif d'absence qui sont les mêmes qu'en cas de décès du conjoint[2559].

La caducité s'exerce de plein droit mais il reste encore à déterminer le moment à partir duquel l'utiliser. L'Italie et la Turquie, qui ont également opté pour ce système font débuter l'action dès que le changement de sexe est reconnu juridiquement ce qui nous semble trop tardif, car les difficultés dans le couple peuvent débuter au moment de la première visite médicale

---

[2555] J., GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Formation,* LGDJ, p. 725.
V. également L., MAUGER-VIELPEAU, *op. cit.* ; Y., BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil,* LGDJ, 1963 ; F., GARON, *La caducité du contrat (étude de droit privé),* PUAM, 1999 ; F., TERRÉ, Ph. SIMLER, Y., LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 2002, 8ème éd., n°82 ; V., WESTER-OUISSE, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G,* 2001, I, 290.
[2556] P., COURBE, *Ibid.*, p. 75.
[2557] M. JÉOL, *Ibid.* ; L., MAUGER-VIELPEAU, *op. cit.*, p. 14-15.
[2558] L., FRANÇOIS, R., PIERRE, W., JEAN-BAPTISTE, « Transsexualisme et droit européen » *in Sexe, sexualité et droits européens,* Pédone, 2007, p. 55 ; V., POURE, « Vers un statut familial de la personne transsexuelle », *Recherches familiales,* 2013/1, n°10.
[2559] Art. 128 du Code civil.

relative à la transition. Mais ces régimes demeurent surtout trop restrictifs car dans ces conditions l'époux dont le conjoint découvre sa V.D.G. est privé de cette action en caducité.

564 . À l'instar de la nullité spéciale du mariage, il serait sans doute opportun de créer son homologue concernant la caducité en en précisant les modalités et les conséquences[2560], comme il en existe pour le bail ou encore les sûretés immobilières[2561].

Ces modalités devront préciser à quel moment devra être prononcée la caducité du mariage[2562], soit avant le changement, ce qui risquerait de faire du célibat une des conditions de la modification, et ce qui est techniquement infaisable puisqu'il n'y aurait plus de cause à la caducité, le changement de sexe n'étant pas encore intervenu. Cette approche exclut les conjoints de personnes intersexes et n'est donc pas satisfaisante. L'action peut être intentée en même temps que le changement ou dès lors que le diagnostic de variation du développement génital est rendu. Cette solution nous semble la plus appropriée, bien que pouvant arriver trop tardivement. Néanmoins, la démédicalisation du changement de sexe permettra à la personne qui justifiera des conditions non exhaustives présentes à l'article 61-5 du Code civil d'accélérer la dissolution du mariage. De plus, la caducité pourrait être prononcée à titre subsidiaire lors que l'instance relative au changement de sexe. Enfin, elle pourrait être demandée après le changement de sexe mais il faudrait pour cela que la demande n'intervienne pas trop tard et qu'elle soit enfermée dans un délai au même titre que la nullité. En effet, il ne faudrait pas que le conjoint « *binaire* » ne prenne trop de temps pour réfléchir au fait de savoir si l'état d'intersexuation de son époux constitue un élément essentiel ou non… Nous pourrions être tentés d'y voir une mauvaise foi.

Concernant les effets de cette caducité, ils ne posent aucun problème particulier puisqu'ils ne sont pas rétroactifs et aucun conflit de lois ne viendrait ternir cette application puisque l'article 61-8 du Code civil précise que le jugement de changement de sexe est constitutif et donc non rétroactif.

565 . L'évolution de l'institution du mariage doit nécessairement conduire vers un détachement de la notion de famille, donc de la capacité de procréer[2563]. Les prémisses de

[2560] L., MAUGER-VIELPEAU, *op. cit.*
[2561] Arts. 1722 et 2384-4 du Code civil.
[2562] L., MAUGER-VIELPEAU, *Ibid.*
[2563] Commission européenne des droits de l'homme, *Van Oosterwijck c/ Belgique,* req. n°7654/76, rapp. 1er mars 1979, DR 11, p.194.

cette évolution ont par ailleurs débuté avec la loi de 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe[2564].

Mais le mariage n'en demeure pas moins la réunion de deux volontés dont le but est de régir des intérêts et la vie de manière commune, en fonction d'éléments qui ont jouer un rôle déterminant dans cette réunion. Ces éléments peuvent être aussi variés qu'il existe de raisons de convoler en justes noces, et parmi eux, l'appartenance pérenne à une catégorie sexuée peut en faire partie.

Dans le cadre des états d'intersexuation, les circonstances diffèrent selon que l'état en question est psychique ou physique. Dès lors, si la personne est transsexuelle, il faut encore distinguer si la transformation a lieu avant ou après l'union. Dans la première hypothèse, le fait qu'elle ait été d'un sexe avant d'en acquérir un nouveau peut être considéré comme un élément déterminant le choix de l'autre époux pouvant entraîner, divorce ou caducité de l'union, voire sa nullité si l'action n'est pas forclose. Dans la seconde hypothèse, il convient de se questionner sur le rôle de l'époux dans la décision de changement de sexe du conjoint, qui ne peut être que consultative au regard de l'autonomie qui pèse sur chacun d'eux[2565]. Les conséquences sont peu ou prou identiques pour la personne intersexes dès lors qu'elle est consciente et avertie de son état, ce qui n'est pas un cas majoritaire. En effet, il est des cas dans lesquels les personnes découvrent qu'elles sont porteuses de V.D.G. de manière tardive, en étant déjà mariées. Dans ces circonstances, seuls la caducité et le divorce, autre que pour faute, ne sont admis puisque pour que la nullité puisse produire ses effets, il faut que l'époux intersexe soit au courant de son état.

566 . Nous affirmions au début de ces propos que le mariage doit se détacher de la famille, considérons ce postulat comme une gageure. En effet, au lendemain de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, ces derniers ont revendiqué le droit à fonder une famille s'inscrivant dans la suite logique du mariage. Le désir de filiation n'est guère l'apanage d'une majorité hétérosexuelle et les avancées médicales et juridiques permettant d'une part, d'accéder à la filiation biologique en dépit d'une incapacité à procréer, et d'autre part, en privilégiant la filiation sociale, ont permis d'ériger un véritable droit à la filiation à

[2564] Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF,* n°0114, 18 mai 2013, p. 8253.

[2565] Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF*, du 14 juillet 1965, p. 6044 ; Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JORF*, du 26 décembre 1985, p. 15111.

destination de toute personne s'estimant en mesure de pouvoir répondre aux besoin d'un enfant. Les personnes transsexuelles et intersexes ne sont pas exclues de ces considérations.

SECTION SECONDE : SEXE ET FILIATION : DES DÉSIRS DE FILIATION BIOLOGIQUE À L'OPPORTUNITÉ D'UNE FILIATION SOCIALE

567 . La filiation se traduit comme le « *lien de droit unissant une personne, alors qualifiée d'enfant, à une ou plusieurs autres personnes, qualifiées de parents* »[2566]. Pendant longtemps la différence de sexe a été la condition *sine qua non* de l'accès à la filiation[2567], alors perçue comme une « *performance corporelle* »[2568] ne pouvant biologiquement être exécutée que par un homme et une femme. La sexospécificité est donc incontournable en droit de la filiation[2569] et tant que l'accouchement demeurera la source des liens naturels, la filiation n'aura besoin d'être confortée par aucune institution juridique[2570]. Sauf que le Droit n'a pas estimé juste que l'accès à la parentalité ne soit réservé qu'aux personnes étant en capacité de procréer. C'est ainsi que la filiation par l'adoption et la possession d'état sont venues combler le désir de parentalité de certaines personnes et surtout, demeurent des modes d'établissement de la filiation dits « *genderblind* »[2571], c'est-à-dire qui sont indifférents à l'exigence d'une dualité sexuée[2572].

Les autres modes légaux de filiation désignent « *père* » ou « *mère* », qu'il s'agisse de l'établissement de la filiation par la loi et son lot de présomptions, ou des actions en recherche de maternité ou de paternité qui, bien que possédant chacune leur article dans le Code civil, disposent d'un régime identique[2573]. L'attachement de la filiation issue d'un couple de personne de sexe différent se ressent même dans le nouvel article 61-8 du Code civil qui

---

[2566] A., DIONISI-PEYRUSSE, M., PICHARD, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil), *in* S., HÉNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD, D., ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français,* CNRS éd., 2014, p. 49.

[2567] G., BRAIBANT, *Sciences de la vie. De l'éthique au Droit,* La documentation française, 1988 ; D., BORILLO, « Mariage pour tous et homoparentalité, Les péripéties du conservatisme de gauche », *in* B., PERREAU, J. W., SCOTT, *Les défis de la République. Genre, territoires, citoyenneté,* SciencesPo Les Presses, 2017, p.93.

[2568] H.A.S., *Ibid.*, p.37.

[2569] A., DIONISI-PEYRUSSE, M., PICHARD, *Ibid.*, p. 50.

[2570] F., DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille », *L'année sociologique,* 2003/1, vol. 53 ; *Le droit au féminin aujourd'hui,* p. 175 et S., p. 186.

[2571] A., DIONISI-PEYRUSSE, M., PICHARD, *op. cit.*, p. 53.

[2572] Art. 343 du Code civil : « *L'adoption peut être demandée par* ***deux époux*** *non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans* ».

Art. 317 du Code civil : « *Chacun* ***des parents*** *ou l'enfant peut demander au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire* ».

[2573] Arts. 325 du Code civil pour la maternité et 327 pour la paternité.

entérine la jurisprudence antérieure en inscrivant dans la loi que le changement de sexe n'a aucun effet sur les filiations déjà établies[2574], tout comme le prévoit le *Transsexuellengesetz* allemand[2575]. À moins qu'il ne s'agisse d'une disposition prise en considération de l'intérêt de l'enfant. Au sujet de cette intégration dans le Code napoléon, il a été reproché injustement à cet article de ne pas avoir prévu de dispositions transitoires[2576], mais ce questionnement n'a aucune importance dans la mesure où l'article 61-8 ne fait qu'inscrire ce qui était déjà admis par la jurisprudence.

Le manque de prévoyance du législateur de 2017 a été soulevé par un certain nombre d'auteurs[2577] qui craignent que les nouvelles conditions de changement de sexe n'imposant plus d'interventions chirurgicales ne soient créatrices de véritables chimères procréatives (I), favorisant plutôt les modes admis de prise en charge procréative et d'accès à une filiation sociale, notamment fondée sur la possession d'état, afin de rester sur la continuité de la réforme de 2016 (II).

I . Filiation biologique et chimères issues de la loi « *J21* »

568 . La négligence du législateur dans la mise en place des règles relatives au changement juridique de sexe aura des répercussions sur la vision de la filiation. Ainsi, ne plus exiger du demandeur à la modification du sexe à l'état civil qu'il ait été stérilisé, ce qui est louable, fait courir le risque de voir apparaître, à l'instar des États-Unis, des hommes enceints, ou encore, comme récemment à Montpellier, une femme ayant utilisé ses propres gamètes mâles pour concevoir un enfant « *naturellement* » avec sa compagne (A). De même ce genre de situation va venir indéniablement fragiliser les certitudes anciennes qui gravitaient autour de celle qui accouche et de celui que le mariage démontre (B).

[2574] TGI Paris, 2 juillet 1998, *JCP,* 1999, 3, n°1005.
[2575] L.-E., PETTITI, *Les transsexuels,* Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 1992, p. 29.
[2576] M., DOUCHY-OUDOT, « La loi nouvelle est arrivée ! », *JCP G*, n°48, 1268, 2016.
[2577] B., MORON-PUECH, « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », note sous Cons. const. 17 nov. 2016, n°2016-739, *Loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, RDLF,* 2016, chron. n°28 ; J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier ? », *D.,* 2017, n°25.

A . Les cas des « parents géniteurs » : entre homme enceint et mère géniteur

569 . Les hypothèses des parents géniteurs n'appartiennent plus désormais au domaine du fantasme. Même si les faits divers relayent volontiers les cas d'hommes enceints[2578] le T.G.I. de Montpellier a connu en 2016 le cas d'une femme géniteur[2579]. Dans cette espèce, une personne transsexuelle MtF a obtenu le changement juridique de sexe en 2011 sans avoir subi d'opérations, ce qui demeurait précurseur à cette époque. Quelques temps plus tard, l'épouse de la requérante se retrouve enceinte avec l'aide de son matériel génétique mâle. Avant la naissance, la requérante décide d'user des droits relatifs à la reconnaissance reconnus par l'article 316 du Code civil dans les jours qui précèdent la naissance, pour que soit reconnue sa maternité par acte notarié. À la naissance de l'enfant, la requérante demande à ce que soit retranscrit la reconnaissance notariée sur l'état civil de l'enfant car la présomption de paternité ne peut être admise puisque la mère qui a accouché est mariée à une autre femme, et que cette même mère refuse que l'enfant ne bénéficie d'une filiation adoptive avec la requérante. Le Ministère public, qui s'oppose à cette retranscription, mais pas à l'établissement de la double filiation maternelle, précise que cette dernière n'est possible que par le mécanisme de l'adoption. De plus, la reconnaissance de maternité avant la naissance par la mère non gestatrice est contraire à la loi, puisque d'une part, la maternité se prouve par la gestation et l'accouchement, ce qui n'est pas le cas de la requérante, et la paternité par une réalité sociale qui est le fait d'être marié à la mère. Or, la seule personne mariée à la mère en l'espèce, n'est pas un homme mais une femme. Dès lors, le T.G.I. déboute la requérante de sa demande en venant confirmer les inquiétudes de M. MORON-PUECH[2580] en précisant que « *par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique* [la requérante] *a fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'elle est désormais reconnue comme une personne de sexe féminin, et elle doit en assumer les conséquences* »[2581]. Peut-on voir ici les limites du diagnostic de dysphorie de sexe ? La volonté de procréer selon les conditions de son ancien sexe devrait-elle être prise en compte pour refuser la transition ou le changement de sexe ?

[2578] Notamment, Thomas BEATIE et Trystan REESE aux Etats-Unis et Hayden CROSS au Royaume-Uni.
[2579] TGI Montpellier, 22 juillet 2016, n°15/05019, J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *Ibid*.
[2580] Lorsqu'il se demande si « *le fait d'engendrer avec leurs gamètes d'origines rendra caduque la décision prononçant le changement de leur sexe* » ?, B., MORON-PUECH, *Ibid*.
[2581] Position contestée par J.-P., VAUTHIER et F., VIALLA *in* « Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier ? », *D.,* 2017, n°25.

Mais une jurisprudence comme celle-ci soulève d'autres questionnements, notamment en rapport avec « *l'objet* » même de la demande de reconnaissance : l'enfant et son intérêt supérieur, en ce qui concerne la reconnaissance de la réalité d'un lien biologique de filiation[2582], comme l'avance la requérante. Elle se fonde notamment sur les articles 8 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, respectivement relatifs au respect dû à la vie privée et à la non-discrimination. Cependant, selon le T.G.I., la situation discriminatoire du fait de l'absence de filiation avec la requérante n'est pas née du Droit, mais bien du refus catégorique des deux « *mères* » de refuser d'établir le lien à l'aide de l'adoption plénière[2583].
Il semblerait, au regard des circonstances de cette espèce que la filiation biologique ait encore montré les signes de sa haute place dans la hiérarchie des filiations, place qui n'est justifiée en Droit par aucune raison particulière lorsque l'on sait que les effets de l'adoption plénière sont les mêmes que ceux de la filiation biologique et que, par l'effet d'une fiction juridique, l'existence de la filiation n'apparait pas sur les extraits d'acte de naissance.
Ces attitudes nous montrent ici que la filiation n'est pas ou plus perçue[2584] comme un lien juridique et affectif au bénéficie de l'enfant qui se voit attribuer famille et patrimoine, mais comme une revendication qui ne prend certainement pas en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans ces considérations.

570 . Cette situation, comme celle de l'homme enceint bien connue aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, risque de se développer depuis la démédicalisation du changement de sexe. Ce qui demeure par ailleurs paradoxal, puisque cette démédicalisation empêche le législateur de revenir en arrière pour exiger à nouveau la stérilisation des personnes transsexuelles, ou toute personne qui souhaiterait changer juridiquement de sexe. Ce retour en arrière, toutefois justifié par le manque de prévoyance du législateur de 2016, n'est cependant plus envisageable depuis que la C.E.D.H. a condamné, une fois encore, la France dans les décisions *A.P., Garçon et Nicot c/ France* du 6 avril 2017[2585] en raison de la condition de stérilisation demandée jadis par certaines juridictions. Ne vaudrait-il pas mieux s'orienter vers une sorte de contrat moral entre la personne nouvellement sexuée et le juge qui prononcera ce nouvel état, dans lequel la personne s'engage à ne pas engendrer ? Ce que certains appelleraient une « *stérilisation sociale* »[2586] ne nous semble pas attentatoire au respect du corps humain, mais le reste en termes de dignité, de vie privée et familiale…

[2582] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *op. cit.*, p. 4.
[2583] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *Ibid.*, p. 5.
[2584] Nous ne voulons pas généraliser.
[2585] N°79885/12, 52471/13, 52596/13.
[2586] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *Ibid.*

571 . Dès lors sur quel fondement objectif refuser à une personne d'accéder à la parentalité biologique si elle en possède encore les capacités ?

Deux solutions sont envisageables. La première consiste à étoffer les conditions du changement de sexe en y intégrant, dans la condition liée au consentement de la personne de l'alinéa 2 de l'article 61-6 du Code civil, le fait d'être informé qu'aucune filiation biologique ne pourra être établie entre le demandeur et l'enfant qu'il pourrait concevoir avec ses gamètes, que seules la filiation adoptive et la possession d'état ne lui seraient ouvertes. La seconde reprend la méthode fonctionnelle développée plus haut et consiste à désexuer la filiation qui ne concernera que des parents, peu importe qu'ils soient de sexe masculin ou féminin pourvu qu'ils aient accouché ou qu'ils soient le conjoint de celui qui a accouché.

Cependant, nous comprenons cette volonté de vouloir faire primer le lien biologique quand on connaît la position de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur l'établissement de la filiation lorsque l'un des parents est transidentitaire. En effet, elle précise que « *l'article 8 ne saurait passer pour impliquer que l'État défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique* »[2587]. Dans cette espèce, une demande d'insémination artificielle avec donneur (une I.A.D.) avait été acceptée, malgré un premier refus, par le comité d'éthique du Royaume-Uni. Contre cette décision, la C.E.D.H. justifie sa position de la même manière que l'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 4 mai 2017, c'est-à-dire en avertissant des « *conséquences indésirables ou imprévues* » en matière de filiation, mais également de manière générale dans tous les rapports de Droit[2588]. Or, dans les affaires montpelliéraine et étatsunienne, le lien biologique qui faisait défaut dans la décision de la C.E.D.H. existe réellement, et une fois que les voies de recours internes auront été épuisées, si elles ne donnent pas raison à la requérante, cette dernière pourrait avoir une chance de voir sa demande de reconnaissance de maternité acceptée.

572 . La démédicalisation du changement de sexe va avoir une conséquence majeure dans le cadre du droit à la filiation : il va créer des chimères représentant des individus se prétendant hommes mais souhaitant garder les attributs qui ont longtemps caractérisés

---

[2587] C.E.D.H., 22 avril 1997, *X, Y et Z c/ Royaume-Uni,* n°21830/93, §52, *D.,* 1997, 583 note S., GRATALOUP, 362, obs. N., FRICERO ; *RTD Civ,* 1997, 1011, obs, J.-P., MARGUÉNAUD, 1998, 92, obs. J., HAUSER.

[2588] C.E.D.H., 22 avril 1997, *X, Y et Z c/ Royaume-Uni,* n°21830/93, §47 : « *si un transsexuel femme-homme pouvait légalement devenir père tout en continuant à être considéré en droit, à d'autres fins, comme étant de sexe féminin et pouvant contracter mariage avec un homme* ».

limitativement le rôle social de la femme en portant un enfant, ou encore des situations dans lesquelles les mères de l'enfant seront toutes deux biologiquement ses parents.
Mais les interrogations ne s'arrêtent pas là, et la filiation biologique dispose d'une emprise particulière en droit interne français dans la mesure où elle conditionne l'établissement de la filiation à l'égard de la mère par l'adage *mater semper certa est* rébpatisé, en écho à la jurisprudence montpelliéraine, dans l'expectative d'une action législative « *matres semper certae sunt* »[2589], mais également en présumant que le père est le mari de la mère[2590].

B . Les conséquences en termes d'établissement de la filiation : la fin des présomptions

573 . La nouvelle loi traite du sort de la filiation à l'issue du changement de sexe de l'un des parents, mais reste silencieuse quant à l'établissement des filiations futures ou passées qui n'auraient pas été juridiquement reconnues[2591]. Dans les développements qui vont suivre, nous nous attarderons sur ces dernières.
Ainsi, pour l'établissement de la filiation, qu'elle soit paternelle ou maternelle, elle peut s'effectuer traditionnellement de trois manières : par l'effet de la loi [2592], par la reconnaissance[2593] et par la possession d'état[2594]. Le premier mode d'établissement de la filiation nous intéresse tout particulièrement car il s'inspire directement de la nécessité biologique de matériaux génétiques différents pour concevoir un enfant, peu importe si cette conception est l'objet de la *copula carnalis,* ou si elle est issue d'une technique de procréation médicalement assistée hétérogène, car les filiations par l'effet de la loi maternelle et paternelle

[2589] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *op. cit.*, p. 4.
[2590] Art. 312 du Code civil.
[2591] L'article 61-8 du Code civil précise que le changement de sexe est sans incidences sur les filiations et obligations antérieures. V. Ph. REIGNÉ, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle », *JCP G,* n°51, 19 déc. 2016, 1378, p. 2365.
[2592] Art. 311-25 du Code civil pour la filiation maternelle, sauf si la femme décide d'accoucher dans le secret de son identité selon les modalités de l'accouchement sous X de l'article 326 du Code civil. Art. 312 du Code civil pour la présomption de paternité.
[2593] Art. 316 du Code civil.
[2594] Art. 317 du Code civil.

se vérifieront toujours par la biologie. Deux problématiques émergent cependant. En effet, que faire quand celle qui accouche est juridiquement un homme[2595] ? Ou, que faire quand, à l'occasion d'une recherche en paternité, les résultats se dirigent vers une personne inscrite comme étant une femme à l'état civil[2596] ?

M. le Professeur Philippe REIGNÉ apporte la solution à ces interrogations en préconisant la mine en œuvre de la procédure de reconnaissance d'enfant[2597]. Cette dernière peut intervenir de manière autonome dans le cadre d'une action gracieuse, mais peut également être soulevée à titre accessoire à l'occasion d'un procès. Ainsi, dans l'hypothèse où cette action serait faite au cours d'un procès[2598], nous pouvons imaginer que dans le cadre d'une demande gracieuse en recherche de paternité, la personne contre qui l'action est dirigée décide de reconnaître l'enfant. Or, si cette personne est devenue une femme peut-elle reconnaître un enfant dont elle n'aura pas accouché, alors que les tests génétiques qui sont de droit en matière de filiation[2599], la désigneront comme parent biologique de l'enfant ? Dans ce cas, ceux qui émettent l'hypothèse d'une stérilisation sociale[2600] pourraient une fois encore instrumentaliser l'intérêt de l'enfant[2601], argument pourtant jugé « *fallacieux* »[2602] par la Haute autorité de santé. En effet, même s'il est toujours difficile de subir le changement de sexe de son parent, il nous semble que la reconnaissance sociale de ce changement constituerait une aide majeure vers une dédramatisation de la situation pour l'enfant[2603]. Par ailleurs, la position de la Cour européenne des Droits de l'Homme ne va malheureusement pas dans ce sens, comme en témoigne la décision *P. V. c/ Espagne* du 11 avril 2011[2604], qui est venue modifier le régime de visite conjugale pour le père qui est devenu femme. Les justifications des juges de Strasbourg ont été pour le moins prudentes car à aucun moment l'état d'intersexuation psychique de la plaignante n'a été mentionné et le motif de la restriction des droits de visites fut l'état d'une « *instabilité émotionnelle* ». De fait, aucune discrimination fondée sur l'identité de genre ne pu être reprochée. Cette décision de la C.E.D.H. n'est pas isolée, la

---

[2595] V. opinion dissidente de M. le juge Pinheiro FARINHA, dans CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France.*

[2596] L., LINOSSIER, *op. cit.*; M., LEVINET, « La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH,* 1999, n°39, p.670.

[2597] Ph. REIGNÉ, *Ibid*.

[2598] C., RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des personnes et de la famille,* Lextenso, coll. « Mémentos LMD », 2015, p. 198.

[2599] Civ. 1ère, 28 mars 2000, n°98-12.806.

[2600] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *op. cit.*, p. 5.

[2601] D., GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille,* Paris, LGDJ, 2000, p. 363

[2602] H.A.S., « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 35.

[2603] HAS, *Ibid*.

[2604] CEDH, *P. V. c/ Espagne,* 11 avril 2011, req. n°35159/09.

Commission européenne, ainsi qu'une juridiction française partagent cette position[2605], et implicitement contribuent à décourager les personnes en état d'intersexuation de bénéficier d'une parentalité « *normale* », tant l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, déjà existant ou futur, et sujet à des interprétations fluctuantes et reste bloquée sur des appréciations biologiques.

574 . Pour tenter d'y mettre un terme, il conviendrait de revoir la place de la filiation biologique au sein des autres modes de filiation, et notamment d'en abolir la suprématie. Une des premières mesures essentielles à mettre en place serait de procéder à une asexuation des termes juridiques employés, de sorte que l'impact législatif soit minimisé. Ainsi, l'article 311-25 du Code civil désignerait celui qui accouche comme l'un des parents, et l'article 312 instaurerait une présomption de parentalité pour le conjoint de celui qui accouche[2606]. Sur la mise en œuvre de ces mesures, aucune difficulté insurmontable ne semble se dresser, les modifications pourront intervenir directement dans la loi qui portera réforme de la mention du sexe sur les actes de l'état civil et sur les documents identifiants, soit il serait possible de se calquer sur la technique éprouvée dans le cadre de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe et modifier les dispositions législatives relatives à la filiation par voie de décret[2607]. Notons toutefois que l'asexuation des présomptions n'aura aucun effet sur la volonté d'égaliser les filiations, celui qui accouchera sera toujours le parent biologique de l'enfant, peu importe son sexe.

La solution la plus efficace nous semble être la généralisation de la reconnaissance, ainsi le parent qui accouche aura la faculté de reconnaître en amont ou une fois la naissance passée l'enfant, s'il ne souhaite pas reconnaître l'enfant ce dernier passera sous le régime de l'accouchement sous X, de même pour le conjoint. La généralisation de la reconnaissance aura également pour conséquence secondaire de lisser les stigmatisations dont sont touchés les couples de concubins non mariés qui ont des enfants.

575 . L'établissement de la filiation par la loi est en passe de devenir une des plus grandes fictions juridiques liée à la filiation en continuant d'affirmer que la mère reste celle qui accouche si la mention du sexe reste vouée à être modifiée. Mais pour l'heure elle

---

[2605] CEDH, 21 déc. 1999, aff. 33290/96, *Salguero da Salva Mouta c/ Portugal* ; Commission européenne, 2 juillet 1997, *LF v. Ireland,* req. n°28154/95, non publiée ; CA Aix-en-Provence, 6ème ch., 17 janv. 1989, n°132 *Lemaître c/ Lemaître* ; CA Nancy, 15 mai 1992, n°1180/92, *JCP G* 1992, IV, n°2479.

[2606] B., MORON-PUECH, *op. cit*.

[2607] Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF,* n°0114, 18 mai 2013, p. 8253 et son décret d'application n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du code de procédure civile, *JORF*, n°0121, 28 mai 2013, p. 8733.

demeure néanmoins problématique depuis la démédicalisation du droit au changement de sexe et les risques de voir apparaître l'homme enceint ignoré par le Conseil constitutionnel[2608] ne seront pas stoppés par l'Océan atlantique.

La réforme du sexe en Droit ne doit pas se cantonner à l'état civil et aux titres d'identité mais doit se propager de manière beaucoup plus large en y intégrant notamment les conséquences en termes de mariage et surtout de filiation. Sur ce dernier point, la médecine a incontestablement joué un rôle dans l'émergence imaginaire d'un droit à la filiation, et pourquoi pas, d'un droit à la filiation biologique, qui vient contrebalancer les initiatives légales de filiation sociale.

II . Techniques procréatives et filiation sociale

576 . Le Droit porte aux nues la filiation biologique qui opère automatiquement par la loi, que la grossesse de la personne enceinte soit intervenue naturellement ou avec l'aide de la médecine. Si aujourd'hui un homme peut être enceint et si une femme peut être le géniteur d'un enfant, l'accès à toutes ces techniques palliatives à la procréation dite naturelle reste limitée. Notamment pour les personnes transsexuelles qui, de peur de se voir jadis refuser un changement de sexe se voyaient contraintes de se faire stériliser ou qui simplement décident de leur plein gré de subir ces interventions. En effet, les centres d'études et de conservations d'ovocytes et de sperme (les C.E.C.O.S.) refusent catégoriquement que ces personne n'auto conservent leur matériel germinal dans le but d'une procréation une fois la stérilisation opérée (A)[2609]. Par ailleurs, ces progrès médicaux occultent totalement d'autres techniques, juridiques, cette fois-ci permettant d'accéder sans trop de contraintes à l'établissement d'une filiation. Malheureusement, ces techniques sont boudées par les personnes intéressées, alors qu'elles aboutiraient à une desexuation de la filiation[2610] si elles étaient usitées (B).

[2608] B., MORON-PUECH, *Ibid*.
[2609] V. C.C.N.E., Avis n°126, 15 juin 2017 sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP).
[2610] B., MORON-PUECH, *op. cit*.

A . Procréation médicalement assistée et autoconservation des gamètes

577 . L'existence d'une législation relative à l'assistance médicale à la procréation (l'A.M.P.) conforte l'idée d'une favorisation à tout prix d'une touche biologique dans l'établissement de la filiation, ou d'un moins d'une illusion de filiation biologique lorsqu'elle est effectuée avec des embryons issus d'un autre couple donneur. Quelques-unes de ces conditions restent liées aux informations données par l'état civil, notamment celles relatives à l'âge de procréer et au caractère hétérosexuel du couple demandeur[2611].

Ce mode de procréation « *s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* »[2612] ayant pour objet « *de remédier à l'infertilité* [pathologique et médicalement constatée] *d'un couple* [composé d'un homme et d'une femme] *ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* »[2613]. Dès lors, les conditions d'accès à l'A.M.P. sont nombreuses et, par leur nombre et leur nature, ont pour conséquence de limiter l'accès à ces techniques de procréations.

578 . Ainsi, le couple hétérosexuel doit justifier, notamment d'une infertilité pathologique médicalement constatée. Si cette condition pourrait ne pas poser de difficultés pour les personnes intersexes, la réciproque n'est plus vraie pour les personnes transsexuelles[2614]. En effet, qu'elle ait été opérée non, il n'existe aucun caractère pathologique qui empêche la procréation naturelle, sauf à considérer que la dysphorie de sexe demeure une pathologie et ainsi procéder à une analyse dégressive du transsexualisme. D'une part, dans l'hypothèse où la personne n'a pas été opérée et se trouve en couple avec une personne du même sexe juridique qu'elle et qui correspond aux organes génitaux visibles, il est évident que l'impossibilité de procréer n'est pas pathologique… mais scientifiquement logique !

[2611] Art. L2141-2, al. 2 du Code de la santé publique
[2612] Art. L2141-1 du Code de la santé publique.
[2613] Art. L2141-2 du Code de la santé publique.
[2614] D., BORILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p. 269 ; L., MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. Fam.,* Etude n°18, sept. 2005, n°37.

D'autre part, le résultat est identique même si la personne a été opérée, puisque dans un certain nombre de cas, non majoritaires, la stérilisation à laquelle elle s'est soumise est volontaire[2615], sans pressions jurisprudentielles.

L'autre condition tient dans le caractère hétérosexuel du couple, et pour les personnes porteuses de V.D.G., en l'état actuel du droit, l'accès à la procréation médicalement assistée ne pose pas de difficulté dès lors qu'ils sont en couple avec une personne de l'autre sexe. *De lege feranda,* s'ils décideraient d'opter pour la neutralisation ou pour le troisième sexe, ils en seraient exclus.

579 . Au sujet des aspirants parents transsexuels, il existe depuis longtemps un débat doctrinal quant au sexe à prendre en compte, oscillant entre le sexe d'origine[2616] ou le nouveau sexe[2617]. Ces tractations auraient pu prendre fin avec la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe si elle avait dans le même coup procédé à une desexuation de la filiation[2618]. Cependant, la filiation étant malgré tout un lien juridique, il semblerait logique que le sexe à prendre en compte soit celui qui sera dorénavant reconnu par le Droit au moment de la demande de bénéficier de l'A.M.P.[2619]. Mais cette supputation n'aura sans doute plus d'importance dès que le législateur aura pris acte de l'avis n°126 du C.C.N.E. qui se trouve favorable à l'ouverture de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur aux couples de femmes et aux femmes célibataires. Cette ouverture restera exclue pour les hommes seuls ou homosexuels tant que la gestation pour autrui demeurera interdite en France[2620], en dépit d'une jurisprudence plutôt conciliante lorsqu'elle est pratiquée par des français à l'étranger[2621].

580 . La jurisprudence française a eu à statuer sur la reconnaissance de paternité d'un transsexuel FtM dont la compagne avait accouché d'un enfant né par insémination artificielle avec donneur[2622]. La première chambre civile de la Cour de cassation a déclaré la demande nulle et a ainsi procédé à une interprétation *contra legem* des dispositions relatives aux effets de la procréation médicalement assistée. En effet, l'article 311-20 du Code civil prévoit que préalablement à la réalisation de l'A.M.P. avec donneur, les époux ou les concubins doivent

---

[2615] Ph., MALAURIE, « Les personnes, La protection des majeurs et des mineurs », *Defrénois, Lextenso,* 6ème éd., 2012, n°296, p. 119.

[2616] M.-L., RASSAT, *op. cit.,* p. 651-674 ; G., MEMETEAU, « Transsexualisme, corps appropriés, jurisprudence à comprendre », *Journal de médecine légale, Droit médical,* t. 38, n°6, p. 438.

[2617] J., RUBELLIN-DEVICHI, Dalloz Action, 1999, et Dr. Famille, 1999, p. 431 ; F., DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, RTD Civ. 1995, p. 266.

[2618] B., MORON-PUECH, *op. cit*.

[2619] V. CEDH, 22 avril 1997, n° 21830/95, *X. Y. Z. c/ Royaume-Uni.*

[2620] Art. 16-7 du Code civil.

[2621] V. quatre décisions Civ. 1ère, 5 juillet 2017, n°15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495.

[2622] Civ. 1ère, 18 mai 2005, n°02-16.336, *Bull.* 2005, I, n°211, p. 179 ; *Dr. fam.,* 2005, comm. 153, obs. P., MURAT ; *JCP G*, 2005, act. 312 ; *D.,* 2005, p. 1589.

donner leur consentement au juge ou au notaire qui les auront dûment informés des conséquences juridiques de ce mode de procréation, et notamment de la fermeture pour eux des actions en contestation ou en réclamation d'état. Ainsi, dès qu'ils ont consenti à l'A.M.P. avec donneur, ils se sont par la même occasion engagés à demeurer les parents de l'enfant qui en sera issu. En dépit de cette constatation logique, les juges sont allés jusqu'à refuser la possession d'état sous prétexte qu'il était impossible physiologiquement pour le transsexuel de procréer et donc improbable qu'il soit le père biologique de l'enfant… Ce qui est pourtant normal dans le cadre d'une procréation médicalement assistée avec donneur, qui semble bénéficier d'une possession d'état anticipée dès le consentement donné à l'A.M.P..

581 . Dans la plupart des cas, les demandes de procréation médicalement assistée sont demandées par un couple dont l'une des personnes est transsexuelle opérée. Le couple demande alors de bénéficier d'un don pour les gamètes manquants comme convenu à l'article L 2141-7 du Code de la santé publique[2623]. Mais les conditions d'accès à ce mode de procréation n'étant pas remplies, sauf si le membre gestant du couple[2624] fait courir « *un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant* » à naître, ils ne peuvent s'en prévaloir. Pour contourner cet obstacle, les personnes transsexuelles souhaitant se faire opérer et avant la transition, ont demandé aux Centres d'étude et de conservation d'ovocytes et de spermes (les C.E.C.O.S.) de cryoconserver leurs gamètes. Cette faculté est offerte à « *toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée,* [qui pourront] *bénéficier du recueil et de la conservation de* [leurs] *gamètes ou de* [leurs] *tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à* [leur] *bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de* [leur] *fertilité* »[2625]. Les C.E.C.O.S. ont toujours refusé d'accéder aux demandes des personnes transsexuelles[2626] alors qu'objectivement, elles rentraient dans le cadre de l'application de cette disposition. En effet, leur fertilité se retrouvait prématurément altérée pour des raisons indépendantes de la volonté d'un des membres du couple, puisque c'est la jurisprudence qui demandait la stérilisation pour accéder au changement juridique de sexe. Ce problème n'est pas exclusif à la France et se retrouve

[2623] « *L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en œuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple* ».

[2624] Il ne peut en être autrement puisque la gestation pour autrui reste interdite en France selon les dispositions de l'article 16-7 du Code civil.

[2625] Art. L 2141-11 du Code de la santé publique.

[2626] Sur des témoignages v. J., COURDURIÈS, « « Re-naître » à l'autre sexe. Le changement de prénom des transsexuels à l'état civil », *in* A., FINE (dir.), *Etats civils en question. Papiers, identité, sentiment de soi,* Ed. du CTHS, coll. « Regard de l'ethnologue », n°19, 2008, p.239.

également en Belgique à la différence près qu'un seul centre n'accepte de cryoconserver les gamètes de personnes trans' avant leur transition : c'est celui du Dr. Petra DE SUTTER, transsexuelle et députée[2627].

En France, l'Académie de médecine a été sommée de se prononcer sur la faculté d'autoconservation des gamètes des personnes transsexuelles dans une note en date 25 mars 2014[2628]. Ses membres ont eu une position surprenante mais confirmant bien la scission ténue qu'il peut y avoir entre le Droit et la Médecine. Ainsi, ils sont en faveur d'une autoconservation des gamètes mais uniquement lorsque l'infertilité est due à une ablation de l'appareil génital féminin[2629], car en effet, les traitements hormonaux prescrits pour les transsexuels MtF n'étant pas irréversibles, il suffit que ces derniers s'abstiennent de procéder à la chirurgie pour pouvoir continuer de procréer avec leurs propres gamètes[2630]. Même si cette position est salutaire dans la mesure où elle prône la démédicalisation de la procédure de changement de sexe, elle reste néanmoins critiquable car elle encourage et laisse le Droit composer avec les hommes enceints et les mères géniteurs. De plus, cette proposition vient limiter l'accès à la procréation médicalement assistée avec donneur aux seuls couples hétérosexuels dont le membre non-binaire serait de sexe féminin et dans l'impossibilité de pouvoir procréer avec son propre matériel. Les personnes FtM en couple avec une personne de sexe masculin ne pourraient par ailleurs pas utiliser les gamètes conservés puisque la pratique des mères porteuses est interdite en France.

582 . La conservation des gamètes de la personne intersexe pose un autre problème. Nous savons que dans des cas qui ont tendance à devenir de plus en plus rares, l'assignation s'effectue médicalement dès l'enfance de la personne. L'article L 2141-11 du Code de la santé publique poursuit en prévoyant que la conservation des gamètes est possible sur un sujet mineur, à condition que les parents y consentent. C'est faire peser un poids colossal sur les épaules d'une jeune personne que de la confronter d'emblée à une fonction reproductrice. Si le régime juridique de l'assignation devait évoluer, il faudrait que celui de la faculté de conserver les gamètes évolue dans le même temps. Ainsi, au même moment que le consentement de l'enfant sera recherché, il faudra que l'information qui lui sera prodiguée

[2627] N., GALLUS, « Etat civil et transidentité en droit belge, in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

[2628] Académie nationale de médecine, *Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel*, note d'information, 25 mars 2014. Saisine par le Défenseur des Droits en 2013.

[2629] Académie nationale de médecine, *Ibid.*, p.4.

[2630] Académie nationale de médecine, *op. cit.*, p.6.

mentionne la faculté de conserver ses gamètes, si le type de V.D.G. dont il est porteur le lui permet.

583 . L'accès la procréation naturelle ou « *semi naturelle* » pour les couples dont l'un des membres est stérile à cause de son état d'intersexuation n'est pas paisible. En effet, les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée sont restrictives, et lorsque le Comité consultatif national d'éthique se positionne favorablement pour l'ouverture de l'A.M.P. aux couples de femmes, ce sont les couples d'hommes qui se voient privés de toute possibilité de filiation biologique… Par le biais des techniques françaises. De même, la cryoconservation des gamètes de la personne transsexuelle devrait être possible théoriquement mais se heurte à la mutinerie des C.E.C.O.S. Au-delà de ces considérations, le fait qu'une personne transsexuelle décide de conserver les gamètes de son sexe d'origine nous interroge grandement quant à la cohérence de son cheminement transsexuel, souhaite-t-elle réellement appartenir de manière pleine et entière à l'autre sexe ?[2631]
C'est une véritable obsession qui gravite autour de la filiation biologique, faisant passer les filiations sociales pour des sous-catégories de filiation, ainsi rejetées.

B . Vers une généralisation de la filiation sociale ?

589 . La filiation attachée au lien social est souvent reléguée à un second rang dans la hiérarchie des filiations, surtout depuis que la médecine permet aux personnes infertiles de pouvoir malgré tout procréer. La filiation dite sociale se décompose en deux modes d'établissement que sont d'une part la possession d'état et d'autre part l'adoption.

590 . La possession d'état, régie par l'article 317 du Code civil est le mode de filiation sociale par excellence, il est par ailleurs admis qu'elle constitue une « *vérité sociologique* »[2632]. En effet, elle aboutira à la création d'un lien filial entre des parents et un

[2631] Académie nationale de médecine, *op. cit.*, p.12.
[2632] Note E., CADOU sous CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, *D.,* 2003, p. 2121.

enfant dès lors que trois conditions seront remplies, correspondant au *tractatus*, à la *fama* et au *nomen*. Ces trois aspects de la possession d'état ont une forte empreinte sociale puisqu'elles sous-entendent que les parties se comportent en société mais également en privé comme parents et enfants. Ainsi, le *tractatus* sous-entend que les parents et l'enfant se comportent les uns envers les autres comme tels, la *fama* que ce comportement peut faire croire à la société que les parties sont bel et bien de la même famille et la *nomen* qu'elles usent du même nom.

L'avantage de l'utilisation de la possession d'état pour consacrer les filiations qui seraient postérieures au changement de sexe réside dans le parallélisme des formes avec la procédure de l'article 61-5 du Code civil qui est fondée sur une possession d'état de sexe. Cependant, notre jurisprudence a une fois encore montré son attachement à la réalité biologique dans le cadre de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2005[2633]. En l'espèce, après s'être vue annuler la reconnaissance de maternité après une procréation médicalement assistée avec donneur pratiquée sur sa compagne en raison du « *caractère mensonger* [dû au] *fait de son impossibilité physiologique à concevoir* », une personne transsexuelle MtF a tenté de se prévaloir de la possession d'état. Mais la Cour de cassation déboute la demanderesse au motif que la nullité ne pouvait être purgée par la possession d'état qui demeure « *contredite par les conditions mêmes de la naissance de l'enfant et de l'impossibilité physiologique pour le transsexuel de procréer* ». Aujourd'hui cette position semble dater d'un autre âge lorsque l'on s'attarde sur la décision du T.G.I. de Montpellier[2634] qui, tout en refusant de retranscrire la reconnaissance de maternité de la mère géniteur, semble diriger la demanderesse vers la filiation sociale de l'adoption. Dans cette espèce, la possession d'état ne peut être valable en raison du très jeune âge de l'enfant, sauf à considérer que la possession d'état puisse également se prouver par l'attitude précédant la naissance, notamment par la volonté des époux de se tourner vers une P.M.A.

591 . Aux côtés de la possession d'état se trouve l'adoption plénière qui peut être double, c'est-à-dire par un couple, ou individuelle, par une personne célibataire, pour un enfant sans filiation ou pour l'enfant du conjoint[2635]. Nous écartons volontairement de nos propos l'adoption simple qui ne se contente que de superposer les liens de filiation et n'en crée aucun qui ne soit exclusif.

[2633] Civ. 1ère, 18 mai 2005, *Dr. Fam.,* 2005, comm. 153, obs. P., MURAT.
[2634] TGI Montpellier, 22 juillet 2016, n°15/05019, J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, *Ibid*.
[2635] Art. 346 du Code civil. V., POURE, *op. cit*.

L'avantage à tirer de la procédure d'adoption, en dépit de sa longueur, est qu'elle ne comporte aucun obstacle juridique à sa mise en œuvre. Le Conseil d'État, à deux reprises, a considéré que l'état d'intersexuation psychique d'un individu ne peut constituer un motif de refus d'agrément, même si les conséquences de ce « *comportement* » pourront être considérées comme étant préjudiciables à l'enfant[2636]. Cette dernière considération est en passe de devenir obsolète dès lors que l'on sait que la Cour de cassation vient d'accepter de prononcer l'adoption de l'enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger par le parent qui n'en est pas le géniteur[2637]. Il semblerait alors que les juges judiciaires aient réaliser que l'intérêt de l'enfant n'est pas nécessairement fonction du caractère binaire de ceux qui l'élève.

592 . En définitive, en ce qui concerne l'établissement de la filiation, nos propositions ne sont pas innovantes et s'attachent à recycler la théorie de l'accessoire de l'article 546 du Code civil, en matière de droit de propriété. Ainsi, le choix du sexe et le mode d'établissement filial restent liés. Dès lors, si la personne opte pour un sexe juridique qui correspond aux organes génitaux, donc au sexe biologique, elle pourrait bénéficier de tous les modes de filiations intégrant une dimension biologique, c'est-à-dire, procréation médicalement assistée hétérogène et héxogène, mais aussi sociale si les premières se soldent par des échecs. En revanche, si elle opte pour un sexe social qui ne correspond pas aux organes génitaux alors elle ne pourrait se prévaloir que des actions établissant une filiation sociale, c'est-à-dire de la possession d'état et de l'adoption plénière. Un aménagement sera néanmoins nécessaire pour les personnes intersexes dont les composantes sexuées objectivement sont variables. Dans cette hypothèse, il conviendrait de déterminer le sexe qui leur permet de procréer, si la procréation leur est possible, sinon, la filiation sociale l'emporterait. Cet aménagement dispose d'un inconvénient de taille, c'est que la personne intersexe devra encore subir des investigations médicales pour déterminer si elle peut prétendre à la filiation biologique. Une autre solution consisterait à ne s'attacher qu'à la forme des organes génitaux pour laisser le cycle procréatif opérer, ainsi les échecs de procréation « *naturelle* », donneront lieu à des tentatives de procréation médicalement assistée, qui, si elles se soldent aussi par des échecs, laisseront la place aux modes d'établissement de la filiation sociale.

[2636] CE, Sect., 4 nov. 1991, n°109.126, *ALDA*, 1992, p.65 ; CE, 9 oct. 1996, n°168.342, *D*. 1997, jur., p.117.
[2637] V. quatre décisions Civ. 1ère, 5 juillet 2017, n°15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495.

593 . Les riveneuvistes[2638] pourraient voir dans cette proposition un retour en arrière vers une reconnaissance de la nécessité des deux sexes dans l'établissement de la filiation. Ils n'ont pas tout à fait tort, mais notre proposition n'est absolument pas fondée sur la différence sociale entre homme et femme qu'il faudrait combattre, mais sur un fait biologique que personne n'ose contredire : la différence des sexes est une réalité biologique qu'il ne faut ignorer, puisqu'elle garantit la survie de notre espèce : l'Homme.

[2638] Terme employé pour désigner les partisans d'Ulysse RIVENEUVE, le protagoniste du roman de Thierry HOCQUET, *Sexus nullus ou l'égalité,* Édition iXe, 2015.

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE

594 . La réformation du sexe à l'état civil entraîne et entraînera des conséquences indéniables en droit interne mais également en droit international[2639], dès lors que cette réformation touche aux titres internationaux d'identité.

Les développements précédents se sont cantonnés aux incidences de ces réformations sur d'autres mentions de l'état civil car l'objet de nos travaux porte avant tout sur cet état civil, et à ce titre, les seuls points du droit qui posent problèmes sont ceux qui concernent la filiation et la place de la procréation[2640], mais également la dissolution de l'union matrimoniale. Pour cette dernière, il convient de se focaliser sur les conséquences d'un changement de sexe, binaire ou non, sur le maintien du mariage et les options adéquates mises à la disposition des époux pour y mettre un terme. Il semblerait que les causes objectives de dissolution du mariage soient les plus respectueuses des droits fondamentaux. Concernant la filiation, les propositions convergent toutes vers la nécessité d'aboutir à des modes de reconnaissance de filiations asexués, fondés sur une vision sociale, sans toutefois nier la nécessité d'une dualité sexuée dans le cadre de la procréation.

595 . Mais, nous le savons, les implications d'un nouveau paradigme au sujet du sexe en Droit sont beaucoup plus vastes et touchent un nombre considérable de domaines, notamment en droit des successions[2641]. Si l'ancien article 722 du Code civil établissait un ordre successoral dans la succession des comourants[2642] en faveur des hommes, comme la loi musulmane de manière générale[2643], l'article 735 crée une règle générale d'égalité dans la succession *ab intestat*, sans distinction d'âge et de sexe. Mais les choses pourraient se

---

[2639] ILGA-Europe, *Contribution to the Green Paper Less Bureaucracy for citizens,* avril 2011, §5.4.3, p.34, en réponse au Livre vert de la Commission européenne *Moins de démarches administratives pour les citoyens* (14 déc. 2010 – 30 avril 2011)

[2640] J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA, « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.,* 2017, 1373.

[2641] NELSON et Al., « Medicolegal Aspects of Transsexualism », 1976 ; C., CHILAND, *Changer de sexe,* Odile Jacob, 1997, p. 216. Pour une approche en droit musulman, v. B., DURAND, « Des personnes en quête d'héritage : les hermaphrodites », *in* J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *op. cit.*

[2642] « *Si ceux qui ont péri ensemble avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année.*
S'ils étaient du même sexe, la présomption de survie, qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature doit être admise : ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé. »

[2643] L., MILLOT, F.-P., BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman,* Sirey, 1987, p. 513.

compliquer si un legs est fait au bénéfice du « *fils aîné* » ou de la « *fille aînée* », notamment si ce ou cette dernière à changer de sexe. Quel sexe prendre en compte ? Celui au jour de la rédaction du legs ou de se délivrance ? Ou devrait-on porter un coup au principe de liberté des legs en imposant que toutes les mentions deviennent asexuées ou certainement désignées « *au cas où* » un des bénéficiaires de legs ne change de sexe ? Ou devrions-nous nous pencher sur l'*animus donandi* ?

596 . L'exercice des droits sociaux est également touché par l'appartenance sexuée[2644], car il faut garder à l'esprit que le système de protection sociale française de 1945 est « *familialiste* » avec une prise en compte marquée des stéréotypes de genre au sein des familles. Ce n'est qu'en 1975, avec l'essor de l'activité féminine que les différences commencent à être moins marquées, même si la « *tradition* » de la femme au foyer a longtemps perduré. Aussi, un système de retraite différent de celui des hommes avait été mis en place pour les femmes en 1945[2645], mais a été par la suite invalidé par les instances européennes[2646] puis internes [2647]. D'autres règles sociales sont concernées, comme par exemple, celles des pensions de reversions et plus spécifiquement les difficultés liées au changement de sexe du bénéficiaire[2648].

De plus, conscient des difficultés de subsistance des personnes transsexuelles vivant sur son territoire, le Gouvernement argentin a décidé d'allouer aux transsexuels de plus de 40 ans, soit aux personnes qui ont le moins de chance d'accéder à l'emploi, une somme mensuelle de 8 000 pesos soit 450€ pour combler la réduction des droits qui entraîne cette population vers une « *mort civique* »[2649]. En France, il n'existe aucune allocation spécialement destinée aux minorités sexuées. Cependant, la pratique nous montre que la plupart des personnes transsexuelles, pour survivre, bénéficient illégalement de l'allocation pour adulte handicapé[2650].

[2644] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD, D., ROMAN, *Genre et droit. Ressources pédagogiques,* Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2016, p. 347 ; V. CEDH, 15 oct. 2013, *Alain Ryon et autres c. France,* n°33014/08 ; CJUE, 17 juill. 2014, *Leone c. Garde des Sceaux et CNARCL,* C-173/13 ; CE, Ass. 27 mars 2015, n°372426.

[2645] M.-T., LANQUETIN, « Les retraites des femmes : Quelle égalité ? », *Droit social,* 2011, p. 278 ; H., GAUMONT-PRAT, Transsexualisme *in* Lamy Droit de la Santé Tome 2, Etude 336, n° 336.105.
Pour un exemple en droit international v. CJCE, 27 avril 2006, aff. C-423/04, S*arah Margaret Richards c/ Secretary of State for Work and Pension*, Rec. CJCE, I, p. 3585. Sur la différence de l'âge de la retraite en Angleterre à prendre en compte pour une personne transsexuelle.

[2646] CJCE, 29 nov. 2001, *Griesmar c. Ministère de l'économie,* C-366/99

[2647] Civ. 2ème, 19 fév. 2009, n°07-20.668

[2648] TA Limoges, 12 oct. 2000, req. n°97422, *Mme R. c/ Min. éco* ; CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. c/ NHS Pensions Agency and Secretary.* V. également H.A.S., « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 43 ; O., DUBOIS, *JCP Administrations et Collectivités territoriales,* n°21, 17 mai 2004, p. 715.

[2649] « Argentine. Une allocation pour les transsexuels lance le débat », *Courrier international,* 26 novembre 2014, [En ligne : http://www.courrierinternational.com/article/2014/11/26/une-allocation-pour-les-transsexuels-lance-le-debat].

[2650] Source privée, employée à la M.D.P.H. de l'Hérault.

597 . Les incidences du sexe sont certes juridiques, et surtout pratiques puisque le sexe, et la binarité qui y est attachée sont visibles à chaque instant.

Un des premiers lieux dans lequel la différence sexuée est la plus marquée reste le milieu pénitentiaire qui « *constitue sans nul doute un des mondes les plus sexués qui soit* »[2651] et qui n'est pas adapté aux sujets ambigus comme l'ont par ailleurs démontré les faits de « *l'affaire Anne GRANDJEAN* » [2652], hermaphrodite emprisonné seul puisqu'il était impossible de savoir dans quel quartier le placer. L'article D248 du Code de procédure pénale dispose que les hommes et les femmes sont détenus dans des quartiers différents, et que seuls des personnels féminins sont admis à surveiller les détenues féminins[2653]… Comme si les agressions sexuelles ne pouvaient être l'apanage exclusif de la gente masculine. Par cette exigence de séparation stricte, le milieu carcéral français est inadapté aux personnes intersexes et transsexuelles qui ne bénéficient d'aucun quartier spécifique, comme en Italie[2654]. Nous savons cette catégorie de personnes vulnérable et même si les « *parquer* » dans un quartier réservé à leur état peut être perçu comme une nouvelle marque de stigmatisation, l'objectif de sécurité pèse plus dans la balance des intérêts [2655]. Enfin, l'application de la règle sexospécifique se retrouve aussi dans les droits des détenues qui sont plus nombreux que ceux de leurs homologues masculins. Ainsi la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009[2656] arroge un certain nombre de droits supplémentaires à l'égard des détenues, sur, notamment la dignité de la parturiente, la socialisation de l'enfant qui vit avec elle ou encore la libération conditionnelle parentale. Il serait erroné de constater que ces aménagent ne sont pas liés au sexe, mais au statut de parent. Seulement, les détenus aussi peuvent être parents et ce type de droits n'est malgré tout pas offert aux pères[2657].

598 . Le milieu sportif n'est pas en reste de considération fondées sur la dualité des sexes et la médiatisation de sportifs/ves intersexes a aidé à mettre ce fait en lumière[2658], à

[2651] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., MÖSCHEL, D., ROMAN, *Ce que le genre fait au droit,* DALLOZ, coll. « À droit ouvert », 2013, p. 70.

[2652] J.-P., BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique,* Paris, LGDJ, 1993, p. 409 ; F.-M., VERMEIL, *Mémoire pour Anne Grandjean, connu sous le nom de Jean-Baptiste Grandjean Accusé & Appelant contre Monsieur le Procureur Général, Accusateur & Intime. Question : un hermaphrodite, qui a épousé une fille, peut-il être réputé profanateur du sacrement de mariage quand la nature qui le trompait l'appelait à l'état de mari ?,* L., CELLOT, 1765.

[2653] A., COLLETTE, « Transsexuels en prison, la double peine », *Les Inrocks,* 10 février 2010

[2654] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p. 75 et s.

[2655] A., MONNEREAU, *La castration pénitentiaire, doit à la sexualité pour les prisonniers,* Éd. Lumière et Justice, 1986, p. 38-39.

[2656] Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *JORF*, n°0273, 25 novembre 2009, p. 20192.

[2657] S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., MÖSCHEL, D., ROMAN, *Ce que le genre fait au droit, Ibid.*, p. 71.

[2658] J.-Y., NAU, *Le Monde,* 14 février 1981, cité par R., NERSON, J., RUBELLIN-DEVICHI, *RTD Civ.,* 1982, p. 844 ; R., VEYLON, « Que sait-on du transsexualisme ? », *La nouvelle presse médicale,* 8 oct. 1977, 6, n°33, p. 3007 ; M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances

grands coups de tests de féminité[2659]. Les propositions pour intégrer tous les sexes dans les compétitions sportives, et rendre ainsi son utilité la loi du 16 juillet 1984, relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives[2660], vont bon train et mènent toutes à une impasse. De la création d'un seuil de testostérone[2661], qui ne révolutionnera en rien la pratique déjà existante des tests de féminité, à l'interdiction de compétitions[2662], en passant par la création d'une troisième catégorie qui regrouperait tous les non-binaires. Cette denrière proposition risquerait de créer une nouvelle catégorie pauvre en participants et pour laquelle il conviendrait de déterminer les conditions d'adhésion[2663]. Notons par ailleurs que l'exemple des compétitions sportives nous offre une parfaite illustration de l'ambivalence du caractère probatoire des actes de l'état civil. En effet, même en présentant cet acte pourtant authentique aux fédérations sportives, ces dernières procèdent toutefois aux tests de féminités. L'état civil ne leur suffit pas, et il semblerait que ces institutions soient les seules lucides quant à la réelle valeur de la mention du sexe sur cet acte.

599 . Enfin, s'il existe un dernier lieu dans lequel la différence des sexes et la phallocratie sont rois, c'est bien celui de l'armée. Si jusqu'en 1997[2664] seuls les hommes étaient tenus au service militaire obligatoire, les femmes sont venues gonfler les rangs de notre armée. Néanmoins, tous les corps d'armée ne sont pas concernés et il reste que la légion étrangère n'a connu qu'une seule femme depuis sa création en 1831. L'armée est aussi concernée par l'existence difficile de personnes transsexuelles dans ses effectifs. Si dans un premier temps la jurisprudence[2665] n'a pas fait preuve d'ouverture sur ce sujet, la doctrine n'a pas aidé en affirmant que « *la défense du territoire n'a pas grand-chose à gagner à*

---

entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p. 68.

[2659] *Le Monde,* 26 et 27 janv. 1992, p. 8 ; *Libération,* 28 janv. 1992, p. 1-4. Peuvent être cité la skieuse Erika SCHINEGGER en ski, championne du monde aux J.O. de Portillo, le tennisman devenu femme Renée RICHARDS et l'athlète Bruce JENNER devenu Caitlyn, la coureuse Caster SEMENYA, plus récemment le cycliste Robert MILLAR devenu Phillipa YORK.

[2660] Loi n°84-610, 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, *JORF*, 17 juillet 1984, p. 2288, dont l'article premier dispose que le sport est droit pour chacun quel que soit son sexe.

[2661] B., MORON-PUECH, *Ibid*.

[2662] M.-L., RASSAT, *Sexe, médecine et droit, in* Mélanges Pierre Raynaud, 1985, p. 668.

[2663] B., MORON-PUECH, « Les mentions du sexe et les documents d'identité : par-delà la binarité », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité »

[2664] Loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national, *JORF*, n°260, 8 novembre 1997, p. 16251.

[2665] V. CA Agen, 1ère ch., 2 février 1983, qui soulève la sécurité de la personne qui, ayant encore une anatomie féminine ce qui risquerait de créer des situations ambiguës notamment dans les chambrées, laissant ainsi penser que l'hétérosexualité demeure la sexualité en règle dans l'armée.

l'incorporation forcée d'éléments qui ne pourraient être que bien médiocres »[2666], se rapprochant de la décision tweetée le 26 juillet 2017 par le président des Etats-Unis[2667].

Mais la pratique du reclassement est souvent utilisée, pour le cas d'un soldat en transition, nous citerons l'exemple d'une source qui demeurera anonyme dont le père chaudronnier à l'armée décida de changer de sexe, le poste qu'il[2668] occupait n'étant plus adapté à sa nouvelle identité, il/elle a été reclassé/e comme chauffeur.

600 . En définitive, le chemin vers l'ouverture aux sexes est long et sinueux, il nécessite une sensibilisation de la société aux problématiques liées à la binarité qui empoisonne la vie de certaines personnes qui ne s'y identifient pas ou ne peuvent s'y identifier, mais également un investissement législatif certain.

[2666] M.-L., RASSAT, *Sexe, médecine et droit, in* Mélanges Pierre Raynaud, 1985, p. 668.

[2667] « *After consultation with my Generals and military experts, please be advised that the United States Government will not accept or allow Transgender individuals to serve in any capacity in the U.S. Military. Our military must be focused on decisive and overwhelming victory and cannot be burdened with the tremendous medical costs and disruption that transgender in the military would entail. Thank you* ». https://twitter.com/realDonaldTrump/status/890193981585444864.

[2668] La filiation n'ayant pas été affectée par la décision de changement de sexe et s'agissant du père de notre source nous employons le masculin.

CONCLUSION DU

TITRE SECOND

601 . L'embryon d'évolution de la vision sexuée par la loi dite « *J21* » est une première marche vers la reconnaissance pleine, entière et rationnalisée des droits relatifs à l'identité. Il convient néanmoins d'alimenter cette démarche car elle demeure insuffisante à assurer effectivement le respect des droits relatifs à l'identité de genre.

Pour l'heure, il est nécessaire de composer avec les principes plus ou moins impératifs qui régissent l'état civil et plus spécifiquement celui de la sécurité juridique. Il s'agira de déterminer l'ampleur de la réforme du sexe, oscillant entre d'une part, la création d'une neutralité sexuée, le fameux troisième sexe, et d'autre part, la neutralisation[2669] de toute trace de considérations liées au sexe pour bannir du droit la différence sexuée dès qu'elle n'est pas utile. La doctrine n'est pas unanime quant à ces deux propositions, jugeant la dernière insuffisante pour que cessent les humiliations quotidiennes[2670] et optant parfois pour un véritable droit individuel au choix du sexe[2671].

Néanmoins, ces propositions, pour qu'elles aient une chance de pouvoir aboutir doivent impérativement être rationnalisées, puisque la création d'une nouvelle mention et l'abandon total des sexes entrent en conflit avec de nombreux points. Le premier demeure la subsistance de règles sexospécifiques[2672] malgré la volonté européenne de gommer les différences de traitements juridiques entre homme et femme. Il conviendra aussi de limiter l'absence de mention dans le temps, jusqu'à ce que la personne ait pu construire sa propre identité de genre et qu'elle puisse décider si elle se sent appartenir au sexe féminin, au sexe masculin, ou si des doutes persistent encore et donc maintenir l'absence de mention, tout en sachant la possibilité judiciaire de modifier le sexe.

[2669] D., BORILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p. 273 et s. ; M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017, p.68.

[2670] M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *Ibid*, p.69 ; J., COURDURIÈS, « « Re-naître » à l'autre sexe. Le changement de prénom des transsexuels à l'état civil », *in* A., FINE (dir.), *Etats civils en question. Papiers, identité, sentiment de soi,* Ed. du CTHS, coll. « Regard de l'ethnologue », n°19, 2008, p.231.

[2671] Propos de Maître M. PETKOVA *in* M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op. cit.*, p.68.

[2672] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p.59.

602 . D'un point de vue plus pratique, la création d'une nouvelle mention, nécessite que les personnes qui en font partie puissent être nommées, et contre les propositions d'établir un « *sexe neutre* » nous préférons amplement parler de personnes « *non-binaires* », ce qui ne limite pas cette nouvelle potentielle catégorie aux personnes intersexes, mais à toutes celles qui ne sont pas fixées sur leur sexe psychosocial, peu importe l'existence de variations du développement génital. Il conviendrait également de les interpeler par l'utilisation de pronoms neutres tels que « ille »[2673] ou « *illes* ». Cependant, la neutralité ici ne sera flagrante qu'à l'écrit et non à l'oral.

603 . Enfin, la rationalisation de ces mesures est d'autant plus nécessaire que ce qui est reproché au système actuel est la survisibilité de la mention du sexe portant ainsi atteinte à la vie privée des personnes pour lesquelles cette mention ne serait pas en conformité avec leur être. Il conviendra alors de scinder[2674] l'état civil proprement dit, qui n'est pas en lui-même créateur d'atteinte à la vie privée au regard de ses conditions de publicité[2675], des documents et titres d'identité qui eux sont susceptibles de dévoiler un aspect de la vie privée des personnes qui ne mérite pourtant pas d'être toujours porté à la connaissance d'autrui. La meilleure option reste celle que nous offre la biométrie[2676] qui permettrait que seules les informations non attentatoires à la vie privée ne soient visibles, laissant ainsi des informations telles que l'adresse ou encore le sexe, uniquement visibles par le lecteur[2677], comme il l'a par ailleurs été proposé à l'occasion du projet de loi luxembourgeois sur l'identification des personnes physiques[2678]. Ainsi ces documents d'identité ne devraient rien dire de plus « *que ce que tout le monde sait* »[2679]. Pour se faire, il faudrait modifier les textes qui régissent les documents officiels d'identité, qui sont des textes réglementaires et qui requièrent la

---

[2673] P., LE MAIGAT, note sous Civ.1ère, 4 mai 2017, *Gaz. Pal.,* 2017, n°19, p. 20.

[2674] M.-L., RASSAT, « Sexe, médecine et Droit », *in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD,* Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.668 ; Ph., REIGNÉ, « Le sexe et l'état civil », *Think Tank Different. Le Laboratoire Politique*, 29 juin 2012, p.12 [En ligne :http://www.thinktankdifferent.com/fr/les-publications/les-notes/theme-1-axe-diversalite/id-8-le-sexe-et-l-etat-civil-synthese-, consulté le 1er février 2016].

[2675] L., LINOSSIER, « Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », Chron. XIX, sous TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979 et 26 mars 1980, *D.,* 1981, p.146.

[2676] P., LECLERCQ, *À propos de la biométrie,* Communication Commerce électronique, n°3, mars 2006, étude 7 ; Décret n°2005-1726 du 30 déc. 2005 relatif aux passeports.

[2677] Il en sera notamment ainsi pour la Carte Vitale qui ne comporterait plus que les noms, prénoms et photographie de l'assuré. V. Proposition de loi tendant à compléter la loi n°75-625 du 11 juillet 1975, instituant la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe, en l'étendant à la discrimination fondée sur l'homosexualité masculine et féminine et à la transsexualité, n°279, Sénat, 13 mai 1981 ; M., BLONDIN, C., BOUCHOUX, *op.cit.*, p. 71.

[2678] Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg,* Novembre 2012, p.65.

[2679] Cité par J., COURDURIÈS, *Ibid.*, p.234.

En ce sens, v. B., MORON-PUECH, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2], p. 11.

compétence du Gouvernement[2680], ce qui est moins contraignant que de passer *via* la navette législative.

604 . C'est pour cela que la réformation du sexe en Droit ne doit pas prendre exemple sur la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe[2681] dont les lacunes en matière d'accès à la filiation ont dû être comblées par l'action jurisprudentielle ou décrétale. Il est en effet nécessaire que la réforme du sexe ne fasse pas mentir les juges du 4 mai 2017 qui prévoyaient des conséquences plus vastes qu'une simple retouche des mentions présentes à l'état civil, le droit du mariage et de la filiation seront notamment impactés. Ainsi, si dorénavant, la personne préalablement mariée change de sexe, l'union n'est plus menacée pour absence de différence sexuée, il n'empêche que l'époux de celui dont la mention du sexe a été modifié peut se sentir lésé, voire trahi, et ainsi demander à ce que l'union matrimoniale soit dissoute. Si le divorce pour faute a été pendant longtemps la cause de dissolution la plus prononcée[2682], elle est apparue injuste pour la personne transsexuelle ou intersexe qui n'a pas choisi cet état. C'est pour cela que seules les causes de divorce objectives ne devraient être admises dans ce cas de figure, c'est-à-dire, toutes le autres si les conditions sont remplies, à moins qu'une caducité spéciale du mariage ne soit créée[2683].

605 . L'établissement de la filiation risque également d'être ébranlé, sauf si elle se détache de son caractère fondamentalement sexué. En effet, il est nécessaire de distinguer la filiation juridique qui devrait devenir asexuée, et la procréation qui est éminemment sexuée. La prise en compte de l'asexuation de la filiation devient nécessaire dès lors que l'article 61-6 du Code civil instaure la démédicalisation du changement de sexe et contribue à faire douter des présomption et certitudes autour de l'établissement de la filiation, entre mères géniteurs et hommes enceints. Il sera donc bientôt temps de consacrer la méthode fonctionnelle pour ne plus considérer l'existence de pères ou de mères mais bel et bien de parents. Cette mise à niveau va notamment permettre d'égaliser les différents modes de filiations et d'atténuer la suprématie de la filiation biologique en généralisant la filiation sociale et replacer la volonté au cœur de la filiation[2684].

[2680] Notamment, copies et extraits d'acte de naissance : décret n°62-921, 3 aout 1962 ; carte nationale d'identité : décret n°55-1397, 22 oct. 1955 ; passeport : décret n°2005-1726, 30 déc. 2005 ; livret de famille : décret n°74-449, 15 mai 1974.

[2681] Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF,* n°0114, 18 mai 2013, p. 8253.

[2682] TGI Caen, 28 mai 2001, *LPA,* 2002, n°85, p.16.

[2683] Notamment v. Y., BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil,* LGDJ, 1963 ; F., GARON, *La caducité du contrat (étude de droit privé),* PUAM, 1999 ; F., TERRÉ, Ph. SIMLER, Y., LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 2002, 8ème éd., n°82 ; V., WESTER-OUISSE, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G,* 2001, I, 290.

[2684] D., BORILLO, *Ibid.*, p. 274.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

606 . Il n'est plus permis d'en douter : la dualité des sexes où les genres ont une incidence en Droit, qu'il s'agisse du respect des droits attachés à l'identité ou des obligations européennes qui pèsent sur la France au sujet de la reconnaissance d'un poste de discrimination fondé sur le genre autonome. Mais cette différence n'est pas là par hasard et son utilité tend à assurer la « *distinction fonctionnelle pour une attribution différentielle des droits et des obligations* »[2685], de moins en moins marquée sauf en matière de filiation et de procréation[2686] lorsque l'on sait qu'il est interdit à une femme de reconnaître un enfant dont elle n'a pas accouché, alors que les hommes peuvent ne pas reconnaître l'enfant de leur épouse [2687] . Ces droits doivent permettre d'atténuer ou de mettre un terme aux dysfonctionnements des régimes actuels, médicaux et juridiques, s'appliquant aux états d'intersexuation, pour enfin aboutir aux propositions qui vont permettre qu'une réforme du sexe en Droit puisse être menée de manière éclairée. Pour y parvenir, il ne suffit pas de faire table rase des torts passés, et avant de prévenir leur non reproduction pour l'avenir, il est nécessaire de les régler.

607 . D'abord, l'action médicale qui encadre les états d'intersexuation doit être revue. En effet, les régimes actuels de prise en charge de la dysphorie de sexe et de l'intersexuation physique, font état d'une inégalité de traitement dommageable des patients entre eux, qui bénéficient d'une prise en charge aléatoire due à l'absence de protocoles uniformisés. Une réorganisation géographique ou la mise en place d'une prise en charge adéquate, doublée d'une valorisation de la formation professionnelle sur les états d'intersexuation s'avèrent nécessaires.

De plus, les règles du colloque singulier ne sont pas respectées, plus particulièrement dans la prise en charge des très jeunes intersexes qui sont privés de toute prise de décision, au

[2685] H.A.S., « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », novembre 2009, p. 36.

[2686] V. M., IACUB, « La division des sexes dans le Droit français », *in Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique,* Paris, Champs-Flammarion, 2003.

[2687] H.A.S., *Ibid.*, p.37.

bénéfice de l'exercice d'une autorité parentale rendue inefficace pour assurer le respect de l'intérêt de son objet. Une solution à apporter pour que la voix de l'enfant compte désormais[2688], serait de mettre en place une neutralisation du sexe généralisée et limitée dans le temps. Dès lors, à la naissance aucun sexe ne serait mentionné jusqu'aux 18 ans de la personne qui décidera si cette mention doit être modifiée ou rester telle quelle. Des efforts sont également à mener dans l'annonce du diagnostic de V.D.G. auprès de parents ou des intersexes adultes. Il s'agit, toujours à grands coups de formation, d'arborer un discours non stigmatisant en rappelant, pourquoi pas, que tous les gouts sont dans la nature et que l'intersexuation physique n'est pas un drame, et surtout, n'est pas une maladie. À cet égard, les pouvoirs publics devront assurer plus de visibilité à ces états, sans pour autant contribuer à une survisibilité néfaste, créatrice de situations stigmatisantes et discriminatoires.

Du côté de la pratique juridique, les droits fondamentaux sont aussi mis à rude épreuve, qu'il s'agisse du droit au respect de l'intégrité corporelle, à la dignité ou à la vie privée, à l'égalité, mais aussi, de manière plus singulière, aux droits des mineurs dans le cadre de la prise en charge des jeunes intersexes, mais aussi des jeunes transsexuels, dont la potentialité discernante est totalement occultée par l'autorité parentale ou la méfiance des médecins.

Toutes ces atteintes ont contribué à endommager des vies. Traditionnellement, notre Droit admet que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »[2689]. Si ce principe peut être considéré comme un principe fondamental de la responsabilité civile, il faut cependant constater qu'il ne trouve pas d'application lorsque les dommages subis sont issus de la pratique médicale relative à la prise en charge des intersexes. En effet, il n'existe à ce jour aucun mode de réparation efficace et le modèle indemnitaire, ainsi que le recours à la procédure de référé[2690] sont bien sous-exploités.

608 . C'est une fois les erreurs du passé mises en lumière que le terrain sera fertile pour commencer à penser l'avenir du sexe en Droit. Mais il faut encore se poser les bonnes questions et notamment comment faire du sexe une notion juridique qui ne sous-entend pas de

---

[2688] B., MORON-PUECH, *Les Intersexuels et le Droit,* Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, p.83 ; C., MUCKLE, « Giving a voice to intersex individuals through hospital ethics committees », *Wisconsin Law Review,* 2006, p. 987. V. également CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c/ Pologne,* §107 ; CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni,* §71 ; Com. Européenne des Droits de l'Homme, 10 mars 1988, *F. c/ Suisse.*

[2689] Art. 1240 du Code civil.

[2690] P., KAYSER, « Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », *D.,* 1989, p.11 ; R., LINDON, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relative à la protection de la vie privée », *JCP G,* 1970, I, 2357 ; P., ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité,* Thèse, Dijon, 1978, p.10 ; C., LAZARUS, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux. Une nouvelle catégorie juridique*, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2009, p. 224.

hiérarchie entre les êtres humains ? Que ne distinguerait plus homme et femme, ou êtres binaires et « *non-binaires* » ?

Le Droit est incapable de mener ce combat tant que la société ne travaille pas d'elle-même, sans doute aidée par les pouvoirs publics qui rendraient visibles la non-binarité. La carte que le Droit doit jouer dans cette entreprise doit débuter par sa source : l'état civil et la mention du sexe qui l'affuble. Une réforme du sexe est nécessaire et ne peut prendre que deux formes qui consistent d'une part en sa neutralisation, c'est-à-dire en son abolition, et d'autre part, avec une ouverture sur la binarité en permettant un sexe neutre, un troisième sexe. Cependant, pour retirer à ces propositions leur caractère utopique il va falloir les rationnaliser, et pourquoi pas en écarter. Comme par exemple, le troisième sexe qui n'est nullement souhaitable au regard des situations stigmatisantes qu'il pourrait faire naître dans une société au sein de laquelle la binarité est encore trop ancrée.

Quant à la neutralisation du sexe, il faut être plus mitigé pour que cette option puisse avoir la chance d'être couronnée d'un succès. En effet, la neutralisation générale n'est pas souhaitable, le Droit a encore besoin de la différence sexuée dans certains domaines comme le droit pénitentiaire par exemple. C'est pour cela que la neutralisation du sexe ne peut être efficace que si elle est rationnalisée par son caractère temporaire et partiel. Temporaire puisqu'il s'agirait de ne faire perdurer l'absence de sexe jusqu'à la majorité de la personne, ce qui implique qu'à la naissance, plus personne n'aurait de sexe juridique. Au-delà, il serait envisagé de choisir ou non parmi les sexes binaires. Le caractère partiel de la neutralisation touche le cœur du problème. En effet, ce qui est dénoncé par la communauté des personnes « *non-binaires* » n'est pas tout à fait la mention du sexe mais sa visibilité. C'est pour cela qu'il est proposé de ne frapper de neutralisation que les titres d'identité qui sont les plus soumis au regard des tiers. Dès lors, neutralisation n'est pas nécessairement synonyme d'abandon du sexe sur les titres d'identité mais de son absence visible. Pour se faire, les nouvelles technologies seront d'une aide précieuse, notamment la biométrie qui va permettre de sélectionner les informations accessibles en fonction du but du contrôle d'identité.

609 . La réforme du sexe ne doit pas s'arrêter là et doit impérativement tenir compte des mises en garde des juges du 4 mai 2017, tant le sexe dispose de ramifications dans presque tous les domaines du Droit et de la vie quotidienne. Il n'est pas question de développer l'impact d'une réforme du sexe sur tous ces domaines mais de ne s'intéresser qu'à l'état civil, qui se trouvera doublement touché. D'une part, au sujet du sort du mariage à la suite d'un changement de sexe, car même si la loi dite *« mariage pour tous »* à ouvert l'institution du mariage aux couples de même sexe, il n'en demeure pas moins que ça

n'empêchera pas les volontés de dissolution de l'union en cas de changement de sexe de l'un des époux. À ce sujet, il faut noter que seuls les causes objectives de divorce ne seront admises, le divorce pour faute ayant été écarté par la jurisprudence[2691], et qu'une nouvelle manière d'utiliser la caducité serait bienvenue, l'usage de la nullité étant limitée dans le temps et incompatible avec l'article 61-8 du Code civil.

D'autre part, la filiation aussi va se trouver échaudée, notamment lorsqu'il sera question de l'établir. Notamment, à cause de l'impact de la démédicalisation assortie à la procédure de changement juridique de sexe, mais aussi de la place privilégiée dont bénéficie la filiation biologique dans la hiérarchie des modes d'établissement de filiation. La manifestation la plus parlante reste le cas des hommes enceints et des femmes géniteurs qui mettent au tapis toutes les présomptions et certitudes autour de l'établissement de la filiation. Il faut que le législateur tire les conséquences du choix de la démédicalisation en opérant une campagne de désexuation des modes d'établissement du lien filial pour promouvoir enfin la filiation sociale, sans toutefois nier la nécessité d'une dualité des sexes pour procréer.

[2691] TGI Caen, 28 mai 2001, *Dr. Fam.,* 2002, n°42 ; F., GRANET, *AJF,* 2002, p. 414.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Le rêve que je trouve le plus irrésistible est celui d'une société androgyne (mais non sans sexualité), dans laquelle l'anatomie sexuelle de chacun n'aurait rien à voir avec qui il est, avec ce qu'il fait et avec qui il fait l'amour »[2692].

« *Il y a des faits tellement immanents, tellement inscrits dans l'ordre des choses, qu'ils sont par eux-mêmes des normes* »[2693].

610 . Le sexe a longtemps été une norme imposée sans qu'aucune contestation ne puisse être menée. C'est la règle : il existe des hommes et il existe des femmes. Mais, la prise en charge des personnes transsexuelles dans les blocs opératoires puis devant les prétoires est venue occulter des mémoires les cas de personnes intersexes jurant devant le juge de n'utiliser qu'un seul de leurs deux sexes. Cette époque semble révolue, maintenant le sexe est devenu un objet social, source de revendications identitaires[2694], il est devenu le genre, faisant ainsi s'inverser le caractère impératif qu'il suscitait. Désormais, ce sont les personnes qui imposent leur genre à la Société. Et plus encore, il est même fait injonction à l'État de reconnaître ce genre comme élément de l'identité, sous le regard sanctionnateur de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de l'application toujours plus large de l'article 8 de sa Convention, au nom d'un droit quasi absolu à l'épanouissement personnel[2695]. Dès lors, la volonté individuelle emboîte le pas aux considérations individualistes datant du XVIIème siècle et menées par les libertins érudits, suivies des Lumières, de la Révolution Française, puis des

[2692] G., RUBIN, « The traffic in women : notes on the « political economy » of sex, *in* R., REITER RAYNA, *Toward an anthropology of women,* New York, Mounthly Review Press, 1975, p. 204.
[2693] P.-H., CASTEL, *La métamorphose impensable, Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle,* Gallimard, 2003, p. 333.
[2694] J., CHAMBRY, « Du transsexualisme à la dysphorie de genre », *in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent,* Colloque AFAR, 1er juin 2017.
[2695] CEDH, 6 février 2001, *Bensaïd c/ R.-U.*, req. n°44599/98, Rec., 2001-I, §47. V. notamment G., NEYRAND, S., MAKBOUL, *Corps sexué de l'enfant et normes sociales. La normativité corporelle en société néolibérale,* Érès, 2014, p. 75.

progrès scientifiques[2696], pour enfin conclure que « *la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité* »[2697].

Dans ce domaine, et avec la meilleure volonté possible, l'action de l'État reste limitée par notre système binaire[2698], qui ne se cantonne d'ailleurs pas qu'au sexe, mais également par l'existence de principes d'un autre âge mais dont on peine à se séparer. En dépit de l'identification du blocage, l'inertie législative subsiste en tentant de se camoufler derrière un mariage et un droit au changement de sexe pour tous[2699] et risque de se faire une fois encore sanctionner aux regards des atteintes portées aux corps, aux dignités mais aussi à d'autres droits fondamentaux. C'est là tout le paradoxe de l'existence de la règle de Droit, tantôt inclusive et constitutive lorsqu'elle fait exister[2700], tantôt exclusive[2701] lorsqu'elle s'attelle à créer des « *sphère*[s] *dans* [les]*quelle*[s] *elle rejette implicitement mais nécessairement tout ce/tous ceux qui ne correspondent pas aux marqueurs raciaux, culturels, religieux et de genre* »[2702].

611 . Pourquoi tant d'acharnement dans l'inaction ? Qu'est-ce que l'État y gagne à s'immiscer ainsi dans les vies privées ? Pourquoi s'intéresser au genre lorsque l'on sait que les missions de sécurité juridique et de police civile que remplissent état civil et titres d'identité n'ont plus besoin du sexe dès lors qu'il n'est plus un élément aussi fiable qu'auparavant. D'une part, à cause des états d'intersexuation qui viennent semer le trouble dans le genre, et d'autre part à cause de l'existence de méthodes identificatoires beaucoup plus efficaces comme la biométrie qui elle ne peut être falsifiable.

De plus, le sexe comme élément classificatoire attributeur de règles de droit n'a plus aucune raison d'être si l'on considère que la loi dite « *mariage pour tous* » était le dernier bastion de la binarité en Droit, et si l'on décide de donner sa chance à une méthode de classification dite fonctionnelle. Dès lors, la personne qui accouche est avant tout reconnue comme le parent de l'enfant, son époux comme l'autre parent, ils bénéficieront des droits attachés à leurs statuts respectifs d'accoucheur et d'époux de ce dernier, et plus généralement de parents à part entière.

[2696] G., NEYRAND, « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », *L'identité de la personne humaine, Étude de droit français et de droit comparé,* Bruylant, 2002, p. 96-97.

[2697] C.E.D.H., 13 aout 1981, n07601/76, 7806/77, *James, Young and Webster c/ Royaume-Uni.*

[2698] J., CHAMBRY, *Ibid.*

[2699] Loi n° 2013-404, 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF*, n°0114, 18 mai 2013, p. 8253 et n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JORF,* n°0022, du 27 janvier 2016.

[2700] B., LACROIX, « Les fonctions symboliques des constitutions », *in* J.-L., SEURIN (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui,* Paris, Economica, 1984, p. 190-191.

[2701] P., FITZPATRICK, J. H., BERGERON, eds., *Europe's Other : European Law Between Modernity et Postmodernity,* Ashgate, 1998 ; A., ORFORD, ed., *International Law and its Others,* Cambridge University Press, 2006.

[2702] S., HENNETTE-VAUCHEZ, C., GIRARD, « Théorie du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir,* 2012/2, n°20, p.54.

612 . Pour se faire, l'action législative est inévitable et n'est en aucun cas insurmontable puisque la binarité dont il faut se défaire n'est inscrite nulle part dans le Code civil. Mais l'empreinte duale est tellement pressante dans notre Société que cette action va devoir attendre que le terrain soit fertile au passage juridique du sexe au genre. Ainsi, l'effacement du genre ou des stéréotypes semble se dessiner en trois étapes[2703]. D'abord, il conviendra de poursuivre le travail qui a suivi l'entrée en vigueur de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et qui menait une campagne de « *formulation universaliste de la règle* » en remplaçant les termes « *épouses* » ou « *époux* » par « *époux* » ou « *conjoint* », ou encore « *père* » et « *mère* » par « *parent* » dans certaines règles[2704]. Devra s'ensuivre l'effacement des marqueurs de genre. À ce titre les instances européennes ont été d'une impulsion capitale[2705]. Enfin, il n'est pas certain que l'effacement du genre soit suffisant à en promouvoir l'égalité effective, dans l'esprit de tout à chacun, une femme restera le sexe faible ou un transsexuel un « *sous-humain* ». De plus, la promotion de l'égalité entre les Hommes ne saurait exister s'il n'existe pas une différence de base entre eux. C'est pour cela que la réintégration du genre est nécessaire, mais uniquement au titre de marqueur, d'outils de lutte contre les inégalités et les discriminations… Au même titre que la race ou la religion qui demeurent protégées sans pour autant figurer sur les actes de l'état civil et les titres d'identité.

613 . Ce ne sera qu'une fois cette transition sociale pleinement acquise qu'une retouche législative ne sera efficace, encore faut-il s'entendre sur la manière de procéder. Sur ce point les esprits s'échauffent autour de la création d'un troisième sexe « *fourre-tout* »[2706] mais aussi créateurs de situations stigmatisantes contre lesquelles nous nous efforçons de lutter. Mais aussi autour d'un effacement du sexe qui ne saurait être efficace s'il n'est pas rationnalisé. En effet, cette solution pourrait convenir dès lors que le véritable problème qui touche la binarité sexuée est purement social, ce n'est que lors que notre identité doit être déclinée que les apparences deviennent trompeuses, la neutralisation à opérer ne doit être que sociale et ne toucher que les titres d'identité. La biométrie est un allié de taille dans cette entreprise, car elle serait capable de maintenir le sexe comme élément identificatoire sans que

[2703] D., LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *in Jurisprudence. Revue critique,* Lextenso, 2011, p.53.

[2704] Dans la sphère privée, notamment avec le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale en 1970, et l'incapacité de la femme mariée qui est supprimée en 1938, choix de la résidence familiale en 1975 et égalité entre époux en 1985. Dans la sphère publique, les femmes étaient implicitement ou explicitement écartées de la vie citoyenne, ainsi la Constitution de 1791 distinguait les citoyens actifs des citoyens passifs, qui n'avaient pas le droit de vote et dont les femmes faisaient partie. Les Constitutions de 1793, de l'an III, VIII et de 1848 ne visaient que les hommes. Puis le préambule de 1946 de proclamer que « les femmes ont, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes ».

[2705] V. notamment la directive n°2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, cons. 3, *JOUE*, 26 juil. 2006, n° L 204.

[2706] T., HOCQUET, *Ibid.*, p. 86.

la mention ne soit visible. Dans cette hypothèse rien n'empêche qu'un troisième sexe non-binaire n'existe, ou encore que le sexe devienne effectivement un choix offert aux personnes dès leur majorité.

614 . L'abandon complet du sexe n'est pas envisageable car il n'est pas voulu, il reste un moyen de s'identifier et ce n'est que parce que les deux sexes existent que certaines personnes savent qu'elles n'appartiennent à aucune de ces catégories. Il faut prendre acte et conscience que « *l'individu est le meilleur comme le seul juge de son intérêt particulier* […] *chacun est le meilleur juge de ce qui ne concerne que lui seul* »[2707].

Le véritable travail reste social et consiste ni plus ni moins à abattre les stéréotypes de genre qui aiguillent souvent mal les individus. Il est temps que la France prenne exemple sur d'autres pays dont certains ne brillent pourtant pas pour leur attachement aux Droits de l'homme, et entame une nouvelle révolution.

[2707] A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique,* Livre I, Partie I, Chap. V.

BIBLIOGRAPHIE

I . TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

S., ANOUCHAIN, B., CAMBLAIN, O., COLLIN, A., DEPONDT, B., GOUTHIERE, P., JULIEN SAINT-AMAND, S., JULIEN SAINT AMAND-HASSANI, D., LAMBERT, S., LEROND, N., PETERKA, et J.-M., TURQUAIS

Droit de la famille 2012-2013, Levallois, Francis Lefebvre, 2012.

C., ATIAS

Les personnes, les incapacités, PUF, 1985.

A., BATTEUR, (dir.)

Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Les grandes décisions », 2012.

F., BELLIVIER

Droit des personnes, Coll. Précis Domat, LGDJ, 2015.

S., BISSARDON

Droit et justice en citations et adages, Paris, LexisNexis, 3ème éd., 2011.

Y., BUFFELAN-LANORE

Droit civil. Première année, Paris, A. Colin, 10ème éd., 1997.

R., CABRILLAC

Dictionnaire du vocabulaire juridique, 2016, Lexis Nexis, 2015.

J., CARBONNIER

Droit civil, La famille, Tome 2., Paris, PUF, 21ème éd., 2002.

Droit civil, Les personnes, Paris, PUF, 21ème éd., 2000.

Les personnes. La famille. Les incapacités., PUF, 21ème éd., 2000.

Droit civil, Introduction, les personnes, coll. « Thémis », PUF, 1977.

Droit civil, t. I : Les personnes, Paris, PUF, 1990.

G., CORNU

Vocabulaire juridique, Association H. , Capitant, PUF, 8è éd., 2000.

Droit civil, t. I : Introduction, Les personnes, Les biens, Paris, Montchrestien, 1991.

J., DABIN

Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 1952.

C.-J., de FERRIERE

Dictionnaire du droit et de pratique, Ed., 1976.

DE PAGE

Traité élémentaire de droit civil belge, 4ème édition mise à jour par J.-P., MASSON, Bruylant, 1990, t. II, vol.1.

X., DIJON

Droit naturel, T. 1, PUF, 1998.

J., DOMAT

Les lois civiles dans l'ordre naturel, t.1, De l'état des personnes par la nature, 1746.

P.-A., FENET

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. 10, Paris, Videcoq, 1836.

T., GARÉ

Le droit des personnes, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1998.

J., GHESTIN

Traité de droit civil. La formation du contrat, Paris, LGDJ, 1993.

J., GHESTIN et G., GOUBEAUX

Traité de droit civil, LGDJ, 1977.

F., GRANET-LAMBRECHTS, P., HILT

Droit de la famille, Grenoble, PUG, 4ème éd., 2013.

J., HAUSER, D., HUET-WEILLER

La famille, Fondation et vie de la famille, LGDJ, 1993, 2ème éd.

J., HEMARD

Précis élémentaire de droit civil, t.1, Ed. Recueil Sirey, 1928.

W., JEANDIDIER

Droit pénal général, Montchrestien, coll. « Domat », 1998.

Ph., MALAURIE

Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs, Defrénois, 5ème éd. 2010.

R., MARQUANT

L'Etat civil et l'état des personnes, Paris, Masson, 1977.

H.-J. et L., MAZEAUD

Leçons de droit civil, t.1, Ed. Montchrestien, 1965.

H., L., et J., MAZEAUD, F. CHABAS

Leçons de droit civil, Les personnes, La personnalité, les incapacités, Tome 1, Vol. 2, Paris, Montchrestien, 1997.

G., MARTY et P., RAYNAUD

Droit civil, Les personnes, 3ème édition, Sirey, 1961.

R., MERLE et A., VITU

Traité de droit criminel, t.1, Cujas, 2000.

C., PERELMAN

Logique juridique. Nouvelle rhétorique, Dalloz, 1999.

M., PLANIOL, G., RIPERT

Traité pratique de droit civil français, *Tome 1, Les personnes : état et capacité*, Paris, LGDJ, 1925.

Traité pratique de droit civil français, I, Pichon, 1904.

J., PRADEL

Droit pénal général, Cujas, 7ème éd. 1990.

M., PUECH

Droit pénal général, Litec, 1988.

M.-L., RASSAT

Droit pénal, PUF, coll. « Droit fondamental », 1987.

C., RENAULT-BRAHINKY,

Droit des personnes et de la famille, Lextenso, coll. « Mémentos LMD », 2015.

Droit des personnes et de la famille, Issy-les-Moulineaux, Gualino éditeur, 13ème éd., 2014.

F., RIGAUX

Traité de l'état civil, t.1, *Les relations internes. Introduction*, Ed. Publication du Centre de droit de la famille de l'Université catholique de Louvain, 1978.

J.-H., ROBERT

Droit pénal général, PUF, coll. « Thémis droit », 1988.

J., ROCHFELD,

Les grandes notions du droit privé, Paris, PUF, 2011.

A., SERIAUX

Les personnes, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1992.

G., STEFANI, G., LEVASSEUR, B., BOULOC

Droit pénal général, Dalloz, 13ème éd. 1987.

F., TERRE et D., FENOUILLET

Les personnes. La famille, Les incapacités, Dalloz, 7ème éd., 2005.

F., TERRÉ, Ph. SIMLER, Y., LEQUETTE

Droit civil, Les obligations, Dalloz, 8ème éd., 2002.

B., TEYSSIÉ

Droit civil, Les personnes, Paris, LexisNexis, 13ème éd., 2011.

C.-B., TOULLIER

Le droit civil français…, T. 2, 5ème éd., Paris, 1830.

F., ZENATTI-CASTAING, T., REVET

Manuel de droit des personnes, PUF, 2006, n°33.

II . OUVRAGES SPÉCIAUX

A., ALESSANDRIN

Mineurs trans : de l'inconvénient de ne pas être pris en compte par les politiques publiques, L'Harmattan, coll. « Agora débats/jeunesse », 2016, [En ligne : http ://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01326833].

La transidentité : Des changements individuels au débat de société, , Paris, L'Harmattan, 2011.

C., ATIAS

Philosophie du droit, PUF, 1999, p. 205.

H., ATLAN

L'utérus artificiel, Paris, Le Seuil, 2005.

J.-M., AUBY

Le droit de la santé, Paris, PUF, coll. « Thémis-Droit », 1981.

J.-M., AUBY, H. PEQUIGNOT, R., SAVATIER et J., SAVATIER

Traité de droit médical, Paris, LITEC, 1956.

A.-C., AUNE

Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille, PUAM, 2007.

E., BADINTER

Fausse route, Odile Jacob, 2003.

J.-P., BAUD

L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps, Paris, Éd. du Seuil, Coll. « Des Travaux », 1993.

B., BEIGNIER

L'honneur et le droit, LGDJ, 1995.

Le droit de la personnalité, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ?», 1992.

L., BERINI

Introduction aux études sur le genre, 2ème éd., Bruxelles, de Boek, 2012.

L., BERINI, M., TRACHMAN

Le genre, théories et controverses, Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2014.

J., BERNARD

Women and the Public Interest, Chicago, 1971.

X., BIOY

Le concept de personne humain en droit public – Recherches sur le sujet des droits fondamentaux, Paris, Dalloz – Sirey, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003.

EW. BÖCKENFÖRDE

Droit, Etat, Constitution démocratique, Paris, LGDJ, 2000.

A., BOISTEL

Cours de philosophie du droit professé à la Faculté de droit de Paris, Tome 1, Paris, A. Fontemoing, 1899.

P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE

Droit des mineurs, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 2ème éd., 2014.

M.-J., BONNET

Les relations amoureuses entre les femmes XVIe – XXe siècles, Odile Jacob, 2001.

J.-B., BOUILLAUD

Essai sur la philosophie médicale et sur les généralités de la clinique médicale précédé d'un résumé philosophique des principaux progrès de la médecine, et suivi d'un parallèle des résultats de la formule des saignées coup sur coup avec ceux de l'ancienne méthode, dans le traitement des phlegmasies aiguës, Paris, Librairie des sciences médicales de Just ROUCIER et de E. Le BOUVIER, 1836.

M.-H., BOURCIER

Sexpolitiques, Queer Zones 2, Paris, La Fabrique, 2005.

G., BRAIBANT

Sciences de la vie. De l'éthique au Droit, La documentation française, 1988.

J.-P., BRANLARD

Le sexe et l'état des personnes, LGDJ, 1993.

S., BRILL, R., PEPPER

Wenn Kinder anders fülhen, Indentität ilm anderen Geschlecht, Ein Ratgeber für Eltern, Munich, éd. Reinhard, 2011.

L., BRISSON

Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine, Paris, Les Belles Lettres, coll. « Vérités des Mythes », 2008.

A., BUCHER

Personnes physiques et protection de la personnalité, Ed. Helbing et Lichtenhahm, 1985.

Y., BUFFELAN-LANORE

Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, LGDJ, 1963.

G., BURDEAU

Le libéralisme, Seuil, coll. « Points », 1979.

E., BURNET TYLOR

La civilisation primitive, 2 vol., 1878.

J., BUTLER

Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité, La Découverte, Paris, 2006.

Bodies That Matter : On the discursive Limits of Sex, New York, Routledge, 1993.

E., CANTARELLA

Selon la nature, l'usage et la loi. La bisexualité dans le monde antique (1988), traduit de l'italien par M.-D., PORCHERON, Paris, 1991.

R., CASEY, V., DARSONVAL

Le droit et la chirurgie esthétique, Éd. Masson, « coll. De médecine légale et de toxicologie médicale », 1987.

F., CASTAGNET

Sexe de l'âme, sexe du corps, Paris, 1981.

P.-H., CASTEL

Les métamorphoses impensables. Essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle, Paris, Gallimard, 2003.

Dr. CAUFEYNON

L'hermaphrodite au couvent, L., Chaubard, 1905.

A.-P., CAWADIAS

Hermaphroditos. Le Humain Intersex, Londres, Heinemann, 1943.

S., CHAPERON

Les origines de la sexologie, 1850-1900, Paris, Louis Audibert, 2007.

B., CHEVALLIER, J.-B., ARMENGUAUD, E., MAHE

Pédiatrie, Le livre de l'interne, 2007.

C., CHILAND

Le roc, Raconter avec Jacques HOCHMANN, Paris, Les éditions GREUPP, 2003.

Le transsexualisme, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2003.

Changer de sexe, Odile Jacob, 1997.

J., COHEN

Sexualité inhabituelle, Tournai, Catserman poche, 1970.

S., COHEN

Folk Devils and Moral Panics, Mc Gibbon and Kee, 1972.

J., COLAPINTO

As nature Made Him : The Boy Who Was raised as a Girl, New York, Harper Collins, 2000.

P., COURBE

Droit de la famille, Armand Colin, 2001, 2ème éd.

M., CZERMAK

Passions de l'objet. Etudes psychanalytiques des psychoses, Ed. Assoc. Freudienne internationale, 1996.

G., DAILLEZ

Les sujets de sexe douteux, leur condition relativement au mariage, Lille, imprimerie Danel, 1892.

C., DARWIN

La filiation de l'homme et la sélection liée au sexe, Champion Classique, coll. « Essais », 2013.

J., DE GANCK

Le sexe, une invention moderne ? Histoires des réaction face aux anomalies sexuelles et à l'hermaphrodisme en Belgique contemporaine 1830-1914, Université des femmes, coll. Cahiers de l'UF, n°8, 2012.

J., DECOURT, P., GUINET

Les états intersexuels, Paris, Librairie Maloine, 1962.

M., DELMAS-MARTY

Pour un droit commun, éd. Du Seuil, 1994.

X., DELORE

Des étapes de l'hermaphrodisme, Paris, Masson et Cie, 1899.

C., DELPHY

L'ennemi principal, t. 2, Penser le genre, Syllepse, 2001.

A., DEMICHEL

Le droit de la santé, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 1998.

E., DERMENGHEM

Le culte des saints dans l'islam maghrébin, Paris, Gallimard, 1954.

DIODORUS OF SICILY

The library of history. Harvard University Press, 1999, Livre XXXII.

A., DOMURAT-DREGER

Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex, Harvard University Press, 1988.

E., DORLIN

Sexe, genre et sexualités. Introduction à la théorie féministe, Paris, PUF, 2008.

A., DOURRAT

Droit de la famille, Dalloz Action, 2001/2002.

A.-D., DREGER

Hermaphrodites and the medical invention of sex, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1998.

J., DRESCHER, B., WILLIAM

Treating Transgender children and Adolescents : an interdisciplinary discussion, Routledge, 2013.

A., DUBARRY

L*'hermaphrodite*, Chamuel, 1899.

Ph., DUBOIS

Le physique de la personne, Economica, 1986.

G., DUBY

Le chevalier, la femme et le prêtre, Ed. Hachette, 1981.

D., DUBY, M., PERROT

Histoire des femmes en Occident, 5 tomes, Paris, Plon, 1990-1991.

L., DUGUIT

Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État, Paris, 1911.

G., DUHAMEL

Paroles de médecin, 1946.

E., DURKHEIM

Les règes de la méthode sociologique, Paris, Flammarion, 2009.

D. et M., DUVAL-ARNOULD

Droit et santé de l'enfant, Masson, coll. « Droit médical pratique », 2002.

D., EHRENSAFT

Gender born, gender made. Raising healthy gender-nonconforming children, The experiment, 2011.

A., ESMEIN

Le mariage en droit canonique, Tome 1, Sirey, 1929-1935.

J., ESQUIROL

Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal, Paris, J.-B. Baillère, 1838.

A., FAUSTO-STERLING

Corps en tous genre, La dualité des sexes à l'épreuve de la science, La Découverte, 2012.

Corps en tous genres, *La dualité des sexes à l'épreuve de la science,* Paris, La Découverte, 2000.

Sexing the Body. Gender Politics and the construction of Sexuality, New York, Basic Books, 2000.

L., FAVOREU, P., GAÏA, R., GHEVONTIAN, J.-L., MESTRE, A., ROUX, O., PFERSMANN, G., SCOFFONI

Droit constitutionnel, Précis Dalloz, 1998.

L., FAVOREU, L., PHILIP

Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 10ème éd., Dalloz, 1999.

P.-A., FENET

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome X, Paris, Videcoq, 1836.

M., FERRAND

Féminin masculin, Paris, La Découverte, 2004.

S., FERRET

L'identité, Flammarion, Paris, 1998.

Le philosophe et son scalpel. Le problème de l'identité personnelle, Eds. de Minuit, coll. « Propositions », 1993.

M., FOUCAULT

Sécurité, territoire, population, Gallimard, Seuil, 2004.

Les anormaux, Cours au collège de France 1974-1975, Gallimard, Le Seuil, coll. Hautes Etudes, 1999.

Dits et Ecrits, vol. IV, Paris, Gallimard, 1994.

L'archéologie du savoir, Paris, Gallimard, 1969. Rééd 1980.

Herculine Barbin dite Alexina B., Paris, Gallimard, 1978.

Histoire de la sexualité, t.1, La volonté de savoir, Paris, Gallimard, coll., «Tel », 1976.

S., FREUD

Le Moi et le ça, Paris, Payot, coll. « Petit bibliothèque Payot », n° 768, 2010.

H., FRIGNET

Le transsexualisme, Desclée de Brouwer éd. 2000.

Cardinal E., GAGNON

La vie parentale, biologie, morale et droit ; Discours d'ouverture, p.23, Ed. Téqui, 1985.

P., GARNIER

Anomalies sexuelles apparentes et cachées, avec 230 observations, Paris, Garnier, 1891.

F., GARON

La caducité du contrat (étude de droit privé), PUAM, 1999.

L., GAY

Les « droits créances » constitutionnels, Bruxelles, Bruylant, 2007.

C., GUILLAUMIN

Sexe, race et pratique du pouvoir, Paris, Côté-femmes, 1992.

D., GUTMANN

Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille, Paris, LGDJ, 2000.

GILBERT-DREYFUS

Les intersexualités, Paris, PUF, 1972.

E., GOFFMAN

L'arrangement des sexes, Paris, Le dispute, 2002.

J., A., GREENBERG

Intersexuality and the law, New York University Press, 2012.

E., GROFFIER

De certains aspects du transsexualisme dans le droit québécois, Travaux de l'Association Capitant, 1977.

C., GUILLAUMIN

Sexe, race et pratique du pouvoir, Paris, Côté-femmes, 1992.

D., HALPERIN,

Saint Foucault, Epel, 2000.

D., HARAWAY

Des singes, des cyborgs et des femmes, La réinvention de la nature, éd. Jacqueline Chambon, 2009

Manifeste cyborg et autres essais, Sciences-Fictions-Féminisme, Exils, 2007

M., HAURIOU

Leçons sur le mouvement social, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1899.

F., HELIÉ

Pratique de droit criminel des cours et tribunaux, T. 2, ed. Techniques, 1954.

HÉRAIL

Sur l'homme-femme connu sous le nom de Mademoiselle Savalette de Lange, Paris, Dilecta, 2006.

B. HOERNI

Ethique et déontologie médicale, 2ème édition Masson – Juin 2000.

T., JONES et al.

Intersex. Stories and Statistics from Australia, OpenBook Publishers, 2016.

T., KANDO

Sex Change: The Achievement of Gender Identity Among Feminized Transsexuals, Charles C. Thomas, 1973.

P., KAYSER

La protection de la vie privée. Protection du secret de la vie privée, Paris, Economica, 1984.

A., KOLBE

Intersexualität, Zweigesclechtlichkeit und Verfassungsrecht. Eine interdisziplinäre Untersuchung, Nomos, 2010.

C. LABRUSSE-RIOU, (dir.), D. TRUCHET, (dir.)

Droit de la santé, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2ème éd., 2009.

La vérité dans le droit, Economica, t. XXXVIII, 1987.

A., LACASSAGNE

Les actes de l'état civil : étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort, Bibliothèque scientifique de l'avocat et du magistrat, Lyon, Paris, 1887.

C., LACOSTE-DUJARDIN

Des mères contre les femmes. Maternité et patriarcat au Maghreb, Paris, La Découverte, 1985.

A., LAUDE, B., MATHIEU, D., TABUTEAU

Droit de la santé, Thémis Droit, PUF, 3ème éd., 2012.

G., LE MANER-IDRISSI

L'identité sexuée, Paris, Dunod, coll. « Les Topos », 1997.

A., LEFEBVRE-TEILLARD

Le nom. Droit et histoire, Paris, PUF, 1990.

N., LENOIR, B., MATHIEU

Les normes internationales de la bioéthique, « Que sais-je », n°3358, PUF, 1998.

B., LEVET

La théorie du genre ou le monde rêve des anges, Paris, Grasset, 2012.

E., LEVINAS

Ethique et infini, Paris, Librairie Générale Française, 16ème éd., 2011.

D., LOCHAK

Le droit et les paradoxes de l'universalité, PUF, Paris, 2010.

J.-N., LOIR

Des sexes en matière d'état civil. Comment prévenir les erreurs résultant de leurs anomalies, Paris, Cotillon, 1854.

De l'exécution de l'article 55 du Code civil relative à la constatation des naissances, Paris, Joubert, 1846.

J.-C., LOMBOIS

De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, Paris, LGDJ., 1963.

C., LOMBROSO

L'homme criminel, trad. Française, 2 vol. Alcan, 1985.

A., LOYSEL

Institutes coustumières, Livre 1er , Abel L'angelier, Paris, 1607.

E. E., MACCOBY, C. N., JACKLIN

The Psychology of Sex Differences, Stanford University Press, 1974.

G., MARAÑON

L'évolution de la sexualité et les états intersexuels, Paris, Gallimard, 1931.

J.-P. MARGUENAUD

La Cour européenne des droits de l'homme, 5ème éd., Paris, Dalloz, Sirey, 2010.

R., MARQUANT

L'Etat civil et l'état des personnes, Paris, Masson, 1977.

B., MATHIEU

La bioéthique, Dalloz, coll. « Connaissances du Droit », 2009.

Y., MAYAUD

Droit pénal général, 2ème éd., PUF, coll. « Droit fondamental », 2007.

M., MEAD

Mœurs et Sexualité en Océanie, Paris, Plon, 1963.

G., MÉMETEAU

Cours de droit médical, LEH, 4ème éd., 2011.

L., MILLOT, F.-P., BLANC

Introduction à l'étude du droit musulman, Sirey, 1987.

I., MOINE

Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique, LGDJ, 1997.

A., MONNEREAU

La castration pénitentiaire, doit à la sexualité pour les prisonniers, Éd. Lumière et Justice, 1986.

MONTESQUIEU

De l'esprit des lois, Vol. 2, Paris, Granier - Flammarion, 1979.

J., MOTMANS

Être transgenre en Belgique. Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres, Bruxelles, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2009.

B., MORICE

Manuel pratique de l'état civil, Paris, 1938.

B., MORON-PUECH

Les Intersexuels et le Droit, Mémoire de Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010.

E., MORELL

Les conséquences juridiques du transsexualisme en droit français, DEA de droit de la santé, Bordeaux I, 1983.

J., MORRIS

Conundrum, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1974.

L., MURAT

La loi du genre. Une histoire culturelle du « troisième sexe », Fayard, 2006.

P., MURAT

Droit de l'enfance et famille, Dalloz, 1992.

C., NEIRINCK

Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies, Delmas, coll. « Encyclopédie Delmas », 1993.

E., NEVEU, C., GUIONNET

Féminins-masculins : sociologie du genre, Paris, Armand Colin, 2009.

G., NEYRAND, S., MAKBOUL

Corps sexué de l'enfant et normes sociales. La normativité corporelle en société néolibérale, Érès, 2014.

G., NOIREL

L'identification. Genèse d'un travail d'Etat, Paris, Belin, 2007.

R., OGIEN

La panique morale, Grasset, 2004.

A., ORFORD

International Law and its Others, Cambridge University Press, 2006.

OVIDE

Les Métamorphoses, Gallimard, 1992.

O., PANIZZA

Un scandale au couvent, (1914), La différence, 1979.

L., PARINI

Le système du genre. Introduction aux concepts et théories, Zürich, Seismo, 2006.

E.-H., PERREAU

Le droit en matière civile, 1910.

PIE XII

Les enseignements pontificaux : le mariage, Desclée, 1960.

H., PEQUIGNOT

Médecine et mode moderne, Les éditions de minuit, coll. « L'homme et la machine », 1953.

L.-E, PETTITI

Les transsexuels, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1992.

J., PIAGET

Le jugement et le raisonnement chez l'enfant, Delachaux et Niestle, 8ème éd., 1993.

P., PICOT

Le respect du secret médical dans les déclarations de l'état civil, Thèse, Paris, LGDJ, 1930.

J., PICQUART

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

C.-C., PIERQUIN DE GEMBLOUX

Réflexions sur un cas d'hermaphrodisme et d'hypospadias, Montpellier, Martel, 1923.

PLATON

Le Banquet, Paris, Flammarion, 2001.

B., POPESCO

De l'hermaphrodisme aux points de vue médico-légal et scientifique, Paris, Rey, 1874.

J. PRADEL

La condition civile du malade, Paris, LGDJ, 1963.

S., PRIEUR

La disposition par l'individu de son corps, LEH, 1999.

B., PY

Le sexe et le droit, PUF, 1999.

M., QUILLIOU-RIOUAL

Identités de genre et intervention sociale, Dunod, 2014.

Dr. RAFFEGEAU

Du rôle des anomalies congénitales des organes génitaux dans le développement de la folie chez l'homme, Paris, imp. Parent, 1884.

J., RAVANAS

La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », T. CLIII, 1978.

J., RAY

Essai sur la structure logique du Code civil français, Librairie Félix Alcan, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1926.

J., RAYMOND

The Transsexual Empire, Beacon Press, 1979.

B., REED et al.

Gender variance in the UK. Prevalence, incidence growth and geographic distribution, Gender identity Research and Education Society, 2009

A., REY

Dictionnaire historique de la langue française, Tome 1, Le Robert, 1992.

P. RICOEUR

Soi-même comme un autre, Paris, Seuil, 1990.

F., RIGAUX

La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Paris, LGDJ, 1990.

G. RIPERT

Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955.

A.-M., ROCHEBLAVE-SPENLE

Les rôles masculins et féminins. Les stéréotypes, La famille, Les états intersexuels, PUF, 1964.

V.-A., ROSARIO

Science and Homosexuality, New Yourk, Routledge, 1997.

P., ROUBIER

Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, 1963.

Le droit de propriété industrielle, t. 1, Paris, Recueil Sirey, 1952.

O., ROY

Droit de la famille, 2ème éd., Éd. Archétype82, 2015.

J., RUFFIE

Le sexe et la mort, éd. Odile Jacob, Le Seuil, 1986.

D., SALAS

Sujet de chair, sujet de droit. La Justice face au transsexualisme, PUF, 1994.

R., SALEILLES

De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans la Code civil allemand, Paris, F. Pichon, 1901.

R., SAVATIER

Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Première série, Panorama des mutations, Paris, Librairie Dalloz, 3ème éd., 1964.

B., SAVIARD

Nouveau recueil d'observations chirurgicales, Paris, Collombat, 1792.

C., SAVIGNY

Traité de droit romain, t. 1, 1849.

E., SCHNEIDER

Normierte Kinder, Transcript, 2014.

S., SCHWEITZER

Les femmes ont toujours travaillé. Une histoire des femmes aux XIXème et XXème siècles, Paris, Odile Jacob, 2002.

G., SIMMEL

Philosophie de la modernité. La femme, la ville, l'individualisme, Paris, Payot, 1989.

F., SIRONI

Psychologie(s) des transsexuels et des transgenres, Paris, Odile Jacob, 2011.

Psychopathologie des violences collectives, Paris, Odile Jacob, 2007.

R.-J., STOLLER

Recherches sur l'identité sexuelle, Paris, Gallimard, 1978.

Sex and Gender : On the development of Masculinity and Feminity, New York, Science House, 1968.

F., SUDRE

Droit européen et international des droits de l'homme, Paris, PUF, 12ème éd., 2015.

S.E., SYTSMA

Ethics and intersex, Dordrecht, Springer, 2006.

A., TARDIEU

Question médico-légale de l'identité dans ses rapports avec les vices de conformation des organes sexuels, Paris, Baillière, 1874.

Y., THOMAS

La division des sexes en droit romain, Histoire des femmes en Occidents, t.1, Perrin, 2002.

A. de TOCQUEVILLE

De la démocratie en Amérique, Tome I, Gallimard, 1986.

D., TRUCHET, J., MOREAU

Droit de la santé publique, Dalloz, coll. « Mémentos », 1990.

ULPIEN

De liberis et posthumis, XVII, 2.

R. K., UNGER

Female and Male : Psychological perspective, New York, Harper & Row, 1979.

T., USK

The testament of Love, III, 1, 1380.

E., VARIKAS

Penser le sexe et le genre, Paris, PUF, 2006.

F.-M., VERMEIL

Mémoire pour Anne Grandjean, connu sous le nom de Jean-Baptiste Grandjean Accusé & Appelant contre Monsieur le Procureur Général, Accusateur & Intime. Question : un hermaphrodite, qui a épousé une fille, peut-il être réputé profanateur du sacrement de mariage quand la nature qui le trompait l'appelait à l'état de mari ?, L., CELLOT, 1765.

F., VIALLA

Les grandes décisions du droit médical, LGDJ, 2009.

R., VON IHERING

L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement, t. IV, 3ème éd., Librairie Chevalier-Maresq, 1888.

R., VON KRAFFT-EBING

(1923), *Psychopathia sexualis*, Paris, Editions Climats&Thierry Garnier, 1990.

H-J., VOSS

Intersexualität-Intersex. Eine intervention, Unrast transparent, 2012.

B., WINDSHEID

*Pandektenrech*t, 1876, t.1, 8ème éd.

G., WOLINSKY

Les femmes sont des hommes comme les autres, Glénat, 2009.

III . ARTICLES, COMMENTAIRES ET ANALYSES

A., ALESSANDRIN

« Du « transsexualisme » à la « dysphorie du genre » : ce que la DSM fait des variations de genre », *Sociologos*, 29 avril 2014.

H., APCHAIN

"Transsexualisme, reconnaissance du genre et respect de la vie privée", *JDI*, n°4/2015, p. 1260-1264.

B., ANCEL

« Un OJNI (objet juridique non identifié) à l'état civil. Boîte de pandore ou révolution juridique à l'échelle mondiale ? », *JCP G*, n°11, 1278, 2016.

G., ANDROUTSOS, M., PAPADOPOULOU, S., GEROULANOS

« Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité », *Andrologie*, 2001, 11, n°2.

H., ASSCHELAB, L. J. G., GOOREN, P. L. E., EKLUNG

« Mortality and Morbidity in Transsexual Patients with Cross-Gender Hormone Treatment », *Metabolism*, 1989, 38(9), p. 869-873.

J.-M., AUBY

« L'obligation à la santé »*, Les annales de la faculté de Droit de Bordeaux,* Série juridique, Bordeaux, n°6, Vol 1, 1955.

P., BANZET, M., REVOL

« L'expérience chirurgicale », *Bull. Acad. Natle Méd*., 1996;180(6):1395-402.

A. B., BARATZ

« Intersex/Differences of Sex Development : Clinicians and Community Collaborating for Change », *Dialogues in Pediatric Urology*, déc. 2016.

F., BARGY et al.

« Les ambiguïtés sexuelles », *Journal de pédiatrie et de puériculture*, 1991, vol. 4, n°2.

P., BEGOUIN

« Pseudo-hermaphrodisme masculin externe », *Revue de gynécologie et de chirurgie abdominale*, Paris, Masson, 1909, p.179-184.

M.-C., BELLEAU

« Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD civ*., 2001.

A., BÉNABENT

« La liberté individuelle et le mariage », *RTD Civ*., 1973.

H., BENJAMIN

« Tranvestism and transsexualism », *International Journal of sexology*, 7, 1, 1953, p.12-14.

E., BENNECKE, K., WERNER-ROSEN, U., THYEN, E., KLEINEMEYER, A., LUX, M., JÜRGENSEN et al.

« Subjective need for psychological support (PsySupp) in parents of children and adolescents with disorders of sex development (dsd) », *European Journal of Pediatrics*, 2015.

E., BERRETTA

« Filles-Garçons, Najat Vallaud-Belkacem refait le match », *Le Point*, 20 juin 2013, n°2127.

J.-R., BINET

« Sexe neutre : un utile rappel à la loi ! », *Dr. fam*., n°5, mai 2016, étude 8.

X., BIOY

« Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel », *RDSS,* 2013, n° spéc.

« L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/1, n°65.

« Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel. Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse), *RIDC*, 2003.

V. M., BLACKLESS, A., CHARUVASTRA, A., DERRYCK, A., FAUSTO-STERLING, K., LAUZANNE, E., LEE

« How sexually dimorphic are we ? Review and synthesis », *Am. J. Human Biol*., 2000 ;12(2) :151-66.

B., BLOQUEL

« Refus de la reconnaissance, par la cour d'appel d'Orléans, de la mention « sexe neutre » à l'état civil », *Gaz. Pal*., n°26.

J.-B., BOUILLAUD

« Exposition raisonnée d'un c'est-à-dire de nouvelle et singulière variété d'hermaphrodisme observée chez l'homme », *Journal universel et hebdomadaire de médecine et de chirurgie pratique*, janvier-mars 1833, tome 10, p. 467-500.

M., BOURGEOIS

« Le changement de sexe est-il un droit de l'homme ? », *Synapse*, avril 1994, n°105.

J., BRETON, B., CORDIER

« Aspects psychiatriques du transsexualisme », *Bull. Acad. Natle Méd*., 1996;180(6):1389-94.

P., BROUARDEL

« Malformation des organes génitaux de la femme. Y-a-t-il lieu de reconnaître l'existence d'un troisième sexe ? », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 1904, 4ème série, tome I, 3.

L., BRUNET

« Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personnes intersexes », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 64, 2016.

K., BRYANT

« Making gender identity disorder of Childhood : Historical lessons fot contemporary debates, sexuality research & social policy », *Journal of NSRC*, 2006, sept. Vol. 3, n°3, p. 23-39.

S., CABROL, G., AUDRY

« Attitude pratique devant un nouveau-né présentant une ambiguïté sexuelle à la naissance », *La revue du praticien gynécologie et obstétrique*, n°45, 15 septembre 2000, p. 26-28.

E., CADOU

« Transsexualisme et droit de la famille », *D.,* 2003, p. 1523.

S., CANAS

« L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du Code civil », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3, n°48.

P.-H., CASTEL

« « Vers midi, le 20 août 1995 » : l'épiphanie transsexuelle de D., McCLOSKEY », *Savoirs et clinique*, 2003/1, n°2.

M.-X., CATTO, N., COQUET, C., COUSIN, E., FASSIN, C., FRAÏSSE, V., GUILLOT, M., Le MENTEC, B., MORON-PUECH, M., PETKOVA, M., RAZ, Ph., REIGNÉ

« Tribune. Stop aux mutilations des personnes intersexuées », *Libération*, 13 mai 2016.

D.-O. CAULDWELL

« Psychopathia transsexualis », *Sexology*, 16, 1949, p.274-280.

V., CHAMPEIL-DESPALTS

« La notion de « droit fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.,* 1995, chron., p.323.

J., CHARRUAU

« L'introduction de la notion de genre en droit français », *RFDA*, 2015.

A.-S., CHAVENT-LECLERE

« Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme », *D.*, 2003, n°30, p. 2034.

H., CHESNET

« Question d'identité. Vice de conformation des organes génitaux. Hypospadias. Erreur sur le sexe », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, série n°2, 14, p.206-209.

C., CHILAND

« Parler clair et raison garder sur la question du genre », *Perspectives Psy*, 2016/2, vol. 55, p. 68-76

« La problématique de l'identité sexuée », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 56(2008).

« Enfance et transsexualisme », *La psychiatrie de l'enfant*, 1988, 31, 2, p.313-373.

L., CLUZEL-MÉTÉYER

« Le droit au consentement dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », *RDSS*, 2012.

P.T., COHEN-KETTENIS, H., DELEMARRE-VAN DE WAAL, L.J.G., GOOREN

« The treatment of adolescent transsexuals : Changing insights », *Journal of sexual Medicine*, 2008, 5, 1892-1897.

P.T., COHEN-KETTENIS, S.H.M., VAN GOOZEN

« Adolescents with gender identity disorder who were accepted or rejected for sex reassignment surgery : a prospective follow up study », *J. Am. Acad. Child. Adolec. Psychiatry*, 2001 ;40 :472-81.

A., COLLETTE

« Transsexuels en prison, la double peine », *Les Inrocks*, 10 février 2010.

« Argentine. Une allocation pour les transsexuels lance le débat », *Courrier international*, 26 novembre 2014, [En ligne : http://www.courrierinternational.com/article/2014/11/26/une-allocation-pour-les-transsexuels-lance-le-debat].

F.-L., COOLIDGE, L.-L., THEDE, S.-E., YOUNG

« The heritability of gender identity disorder in a child and adolescent twin sample », *Behav. Genet*., 2002 ;32(4) :251-7.

I., COPPART

« Vers la reconnaissance du sexe neutre dans l'acte de naissance », *RJPF*, 2015-12/9.

B., CORDIER, C., CHILAND, T., GALLARDA

« Le transsexualisme, proposition d'un protocole malgré quelques divergences », *Ann. Méd. Psychol*., 2001, 159.

I., CORPART-OULERICH

« Transsexualisme et prénom », *LPA*, n°90, p.48.

J., COSTA-LASCOUX

« Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs » in « Intérêt de l'enfant » et « droits de l'enfant », *De quel droit ? De l'intérêt… aux droits de l'enfant, Cahiers du CRIV*, n°4, 1988.

E., COSTE

« Confirmation vicieuse des organes génitaux chez une femme. Opération », *Journal des connaissances médico-chirurgicale*s, T.3, vol. 7, 1835.

T., COUSTET

« La justice reconnaît la mention « sexe neutre » sur l'état civil », *D., act*. 16 oct. 2015.

S., CREIGHTON, J., ALDERSON, S., BROWN, C.L, MINTO

"Medical photography : ethics, consent and the intersex patient", *BJU International,* 2002 ; 89 :67-72.

M., CZERMAK, H., FRIGNET

« Quel sexe voulez-vous ? », *Libération,* 17 nov. 1993.

Dr. DARDEL

« Hypospadias simulant l'hermaphrodisme », *Lyon médical*, 1869, t. 2, p.392-396.

A. de la CHAPELLE, H., HORTLING, M., NIEMI, J., WENNSTROM

« XX sex chromosmes in a human male », *Acta Mad. Scand*., 1964, n°412, p.25-29.

J.-F., de MONTGOLFIER

« La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ Fam*., 2012.

O. de SCHUTTER

« La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *RTDH*, 1999, n°40.

H., de WINIWARTER

« Les progrès dans la détermination du sexe », *Revue anthropologique*, 1923, vol.33, n°1.

A., DEBET

« Le sexe et la personne », *LPA*, 2004, n°131, p.21.

Ch., DEBIERRE

« L'hermaphrodite devant le Code civil », *Archives d'anthropologie criminelle*, 1886, p. 333-335.

F., DEKEUWER-DEFOSSEZ

« Le « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille », L'année sociologique, 2003/1, vol. 53.

« Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, *RTD Civ*. 1995.

S., DELIANCOURT

« Les nouveaux droits de l'usager du service public hospitalier en font-ils un véritable acteur-décideur ? », *RRJ*, 2007.

H., DELVAUX

« Les conséquences juridiques du changement de sexe en droit comparé », in Transsexualisme, *Médecine et droit*, 1993.

A.-B., DESSENS, P.-T., COHEN-KETTENIS, G.-J., MELLENBERGH, N., VAN DE POLL, J.-G., KOPPE, K., BOER

« Prenatal exposure to anticonvulsants and psychosexual development », *Arch. Sex. Beha*v., 1999 ;28(1) :31-44.

M., DIAMOND

« Prenatal predisposition and the clinical management of some pediatric conditions", *J. Sex. Marital Ther.,* 1996 ;22(4), Fall, p. 139-147.

M., DONNIER

« L'intérêt de l'enfant », *D.,* 1959.

M., DOUCHY-OUDOT

« La loi nouvelle est arrivée ! », *JCP G*, n°48, 1268, 2016.

A. D., DREGER

« Prenatal Dexamethasone for Congenital Adrenal Hyperplasia, an Ethics Canary in the Modern Medical Mine », *Journal of bioethical inquiry*, 2012.

E., DREYER

« La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D*., 2006, chr., p.748.

T. DUMORTIER

« L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 3 | 2013, mis en ligne le 26 novembre 2013, consulté le 12 juin 2017. URL:http://revdh.revues.org/189 ; DOI : 10.4000/revdh.189.

M., DUPONT

« Le libre choix du médecin : son évolution depuis la loi du 4 mars 2002 », *RDSS*, 2007.

A., ELLIS

« The sexual psychologiy of human hermaphrodites », *Psychosomatic Medecine*, 1945, n°7, p.108-19.

E., FASSIN

« L'empire du genre. L'histoire politique ambiguë d'un outils conceptuel », *L'Homme*, 2008.

G.-M., FAURE

« Transsexualisme et indisponibilité de l'état des personnes », *RDSS*, 25 (1), janv.-mars 1989, p.3-5.

M., FAURE

« Le demande de reconnaissance du sexe neutre d'un sexagénaire rejetée », *Le Figaro*, 23 mars 2016.

A., FAUSTO-STERLING

« The Five Sexes », *The Sciences*, March, 1993.

F., FERRAND

« Le décret du 24 mars 2017 portant diverses dispositions relatives à la Cour de cassation », *JCP G.*, 15, 400, 10 avril 2017.

J., FIORITI

« Après les « mutilations », la vie « détruite » de V. GUILLOT, né intersexe», *La Voix du Nord,* 25 mars 2017.

« L'enfer de la vie des intersexes », *La Voix du Nord*, 4 mai 2017.

J., FONTANA

« Ni homme, ni femme… Bien au contraire », *RDS*, n°78, 2017, p. 563-565.

C., FORTIER

« La question du transsexualisme en France. Le corps sexué comme patrimoine », *CDSA*, n°18, 2014, p.269-282.

J., FRADER

« A pediatric view », *Narrative Inq. Bioeth*., 2015 ;5(2) :139-42.

M., FRIANT-PERROT

« Transsexualisme : une modification des conditions de changement de sexe ? », *Recueil Dalloz*, n°35, p.497-512.

J.-C., GALLOUX, H., GAUMONT-PRAT

« Droits et libertés corporels », *D.*, 2017, p. 781.

F., GHIDINI, S., SEKULOVIC, M., CASTAGNETTI

« Parental decisional regret after primiray distal hypospadias repair : Family and surgery variables, and repair outcomes », *J. Urol.,* 2016 ;195(3) :720-4.

A., GIAMI, E., BEAUBATIE, J., LE BAIL

« Caractéristiques sociodémographiques, identifications de genre, parcours de transition médicopsychologiques et VIH/Sida dans la population trans. Premiers résultats d'une enquête menée en France en 2010 », *BEH,* n°42, 2011, p. 433-438.

G.-F., GIRDWOOD

« On Hermaphroditism », *The Lancet*, 24 décembre 1869.

M., GOBERT

« Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister *», JCP G,* n°25, 2017, 716, 1223.

« Le transsexualisme, fin ou commencement ? », *JCP*, 1988, I, 3361, n°1 et 12.

« Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.,* 1992, p.489, n°31.

A., GOGOS-GINTRAND

« Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *RDSS*, 2016, p. 920.

F., GRANET

« Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les Etats membres de la CIEC », *Droit. Fam*., Déc. 1998, p.4.

« L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des Droits de l'Homme dans les États membres de la Commission internationale de l'État civil », *RTD eur*., 1997, p. 672 et s.

A.H., GROSSMAN, A.R., D'AUGELLI

« Transgender Youth : Invisible and Vulnerable », *Journal of Homosexuality*, Vol. 51, n°1, 2006, 111-128.

P., GUEZ

« Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite », note sous CA Versailles, 22 juin 2000, *JCP G,* n°39, 2001, II, 10595.

V., GUILLOT

« Intersexes : ne pas avoir le droit de dire ce que l'on ne nous a pas dit que nous étions », *in Nouvelles questions féministes, revue international francophone : À qui appartiennent nos corps ? Féminisme et lutte intersexes, Antipodes*, Vol. 27, n°1/2008, p. 5-8.

E.-A., GUTHEIL

« The psychologist background of transsexualism and transvestism », *Amer. J. Psychother*, 8, 1954, 231-239.

C., HAMBURGER

« The desire for change of sex as shown by personal letters from 465 men and women », *Acta Endocrinologica*, 14, 1953, 361-375.

T., HAMMARBERG

« Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie pour les adultes », *JDJ,* n°303, mars 2011.

J., HAUSER

« Intersexuation : pas de sexe neutre, pour l'instant… ! », *RTD Civ*., 2016. 318.

« Le mystère du chevalier d'Eon », *JCP G*., 2015, 1157.

« Transsexualisme : changer à quelles conditions », *RTD civ*, 2008, p.271.

« État civil et transsexualisme : nature juridique de la décision de changement », *RTD Civ*, 2008.

« Etat civil : du rôle et de la signification de l'état civil », RTD Civ., 2003.

« Ordre public et bonnes mœurs », *Réd. dr. civ. Dalloz*, 1993, n°1-9.

B., HAUSMAN

« Changing Sex : Transsexualism, Technology and the Idea of Gender », *Duke University Press*, 1995.

J.-L., HEIM

« Le dimorphisme sexuel du crâne des Hommes de Neandertal », *L'anthropologie*, 1982, n°85, p.193-218.

S., HENNETTE-VAUCHEZ, C., GIRARD

« Théorie du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir*, 2012/2, n°20.

P., HENNION-JACQUET

Le paradigme de la nécessité médicale », *RDSS*, 2007, p. 1038.

I., HENRIETTE

« Est-ce un garçon ? Est-ce une fille ? Ou les médecins et les officiers de l'état civil dans l'embarras », *Journal de médecine, de chirurgie et de pharmacologie*, 1855, vol.20, n°1.

HERDT

« Third sexe, Thirs gender, Beyond sexual dimorphism », *Culture and History*, 1994.

E., HERVE

« Transsexualisme. Actualité du problème médico-légal », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 1980, 164(6) :528-34.

D. B., HILL et al.

« Gender identity disorders in childhood and adolescence. A critical Inquiry *», Journal of psychology and human sexuality*, 3 feb. 2007, 17, 7-34.

T., HIRVIKOSKI

« Prenatal Dexamethasone Treatment for Children at Risk for Congenital Adrenal Hyperplasia : The Swedish Experience and Standpoint », *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, 2012, p. 1881-1883.

G., HOUBRE

« Un « sexe indéterminé » ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIXème siècle », *Revue d'histoire du XIXème siècle*, n°48, 2014/1, p.65.

« Dans l'ombre de l'hermaphrodite : hommes et femmes en famille dans la France du XIXème siècle », *CLIO. Histoire, femmes et société*, 2011.

« Un sexe impensable : l'identification des hermaphrodites dans la France du XIXème siècle », étude parue sous le titre « Um sexo impensável : a identifição na França do século XIX », dans la revue portugaise *Espaço Plural,* n. 21, 2°. Semestre 2009.

H., HURPY

« L'identité et le corps », *La revue des droits de l'homme*, [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 18 nov. 2015, consulté le 30 sept. 2016. URL : http://revdh.org/1601;DOI:10.4000/revdh.1601.

H., INCOLLINCO-MONA

« La différenciation des statuts juridiques de l'homme et de la femme », *RRJ*, 2004, p., 2073-2083.

P.-A., JACOBS, J.-A., STRONG

« A case of human intersexuality having a possible XXY sex-determining mechanism », *Nature*, n°183, 1959.

M., JEOL

« Les transsexuels changent d'état », *Droit et patrimoine,* mars 1993.

J.-C., JOBART

« Laideur objective et beauté subjective du corps en droit », *Droit et société*, 2012/1, n°80.

M., JOSEPH-PARMENTIER

« Neutralisation du 3ème sexe », *JCP G*, n°20-21, 16 mai 2016, 594.

P., KAYSER

« Les pouvoirs du juge des référés civil à l'égard de la liberté de communication et d'expression », *D.*, 1989.

« Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.*, 1971.

A., KIMMEL-ALCOVER

« L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS,* 2005.

H.-P., KLOTZ, E., BOREL et R., COLLA

« Le travestissement hétérosexuel habituel. Forme particulière des ambiguïtés sexuelles constitutionnelles », *Semaine des hôpitaux*, 1955, n°65.

L., KOHLBERG

« A cognitive developmental analysis of children's sex role concepts and attitude », in The development of sex differences, *Stanford University Press,* 1966, p. 82-172.

C., KRAUSS

« Diagnostiquer les fœtus intersexués, quoi de neuf docteur ? », *Sciences sociales et santé*, 2015/1, Vol. 33, p. 35-46.

C., KRAUSS et a.

« A qui appartiennent nos corps ? », *Nouvelles questions féministes*, vol. 27, n°1/2008, p. 16-36.

L., KREISLER

« Les intersexuels avec ambiguïté génitale », *La psychiatrie de l'enfant*, 13, 1970, n°1, p.1-127.

R., KÜSS

« Sur le transsexualisme », *Bull. Acad. Natle Méd*., 1982 ;166(6) :819-27.

M., LAMARCHE

« Le transsexualisme en Espagne ; loi du 15 mars 2007 sur l'identité de genre », *Droit de la famille*, mai 2007, alerte 45.

S.J., LANGER, J.J., MARTIN

« How dresses can make you mentally ill : Examining f-gender identity disorder in children », *Child and adolescent social work journal*, 2004, Vol. 21, n°1.

M.-T., LANQUETIN

« Les retraites des femmes : Quelle égalité ? », *Droit social*, 2011.

V. LARRIBAU-TERNEYRE

« Transsexualisme et couple », *Droit de la famille*, mai 2013, n°5.

« La loi doit-elle être bonne pour tous ? », *Dr. Fam*. janvier 2013.

N., LAS

« La disparition des catégories de sexe : apogée ou fin du féminisme ? », *Controverses*, n°8, mai 2008.

A., LAUDE

« Le patient, nouvel acteur de santé », *D.*, 2007, 1151.

L., Le CALONNEC

« Etat et capacité des personnes », *Répertoire civil Dalloz*, 1972, n°2.

A., LEBLOND

« Du pseudo-hermaphrodisme comme impédiment médico-légal à la déclaration du sexe dans l'acte de naissance », *Annales de gynécologie obstétrique*, Paris, G., Steinheil, 1885, T. 24, p34-35.

P., LECLERCQ

« À propos de la biométrie », *Communication Commerce électronique*, n°3, mars 2006, étude 7.

P., LEDERREY

« Ces enfants entre masculin et féminin », *Migros Magazine*, 31 mars 2014.

P., LEGENDRE

« La loi, le tabou et la raison », *Télérama*, 30 déc. 1998, p. 13.

B., LEMENNICIER

« Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi ?, *Droits,* 13, 1991, pp. 111-122.

J.-J., LEMOULAND

« État de santé des futurs époux », *Répertoire de droit civil*, janv. 2014.

J.-M., LEMOYNE DE FORGES

« Qu'est-ce que le droit de la santé »*, RGDM*, 2005, n°15.

J., LEPRAT

« Le pseudo-hermaphrodisme masculin », *La revue du praticien*, 1961, tome XI, n°7.

M., LEVINET

« La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1999, n°39.

E., LEVY

« La constatation juridique des naissances et des décès », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, fév. 1926, p.77.

N., LIANG.

« The role of the Patient Advocate in a Multidisciplinary DSD Clinic », *Dialogues in Pediatric Urology,* déc. 2016.

R., LIBCHABER

« Les incertitudes du sexe », *D*., 2016, 20.

R., LINDON

« Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relative à la protection de la vie privée », *JCP G*, 1970, I, 2357.

« Un création prétorienne, les droits de la personnalité », *D.*, 1974.

L., LINOSSIER

« Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique », *D*., 1981-I-140, p.143.

J.-N., LOIR

« De la nécessité de la constatation des naissances à domicile », *Journal de médecine, de chirurgie et de pharmacologie*, 1848, vol.7, n°1, p.576.

G., LOISEAU

« L'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est plus conditionné par son niveau de développement », *JCP G*, 12 mars 2008, n°10045.

P., LOKIEC

« La décision médicale », *RTD civ*., 2004, p. 641.

A.J., LORENZO, J.L., PIPPI SALLE, B., ZLATESKA, M.A., KOYLE, D.J., BAGLI, L.H., BRAGA

« Decisional regret after distal hypospadias repair : single institution prospective analysis of factor associated with subsequent parental remorse or distress », *J. Urol.,* 2014 :191(5 Suppl) :1558-63. Doi :10.1016/j.juro.2013.10.036.PubMed PMID :24679868.

B., LOUVEL

« Entretien », *JCP G*, 2015, act. 1122.

I., LÖWY

« Intersexe et transsexualités : les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre*, 2003/1 (n°34).

I., LÖWY, H., ROUCH

« Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du Genre*, n°34.

A., LUTAUD

« De l'Hermaphrodisme au point de vue médico-légal, nouvelle observation : Henriette WILLAMS », *Journal de médecine de Paris*, 1886, p.14.

J.-P., LUTON, C., BREMONT

« La place de l'endocrinologie dans la prise en charge du transsexualisme », *Bull. Acad. Natle Méd*., 180(6):1403-7.

G., LYON-CAEN

« La condition juridique de l'hermaphrodite », *Supplément de la Revue du praticien,* 1er mars 1961, Tome XI, n°7.

G.P., MALLON, T DECRESCENZO

« Transgender children and youth : A child welfare practice perspective », *Child Welfare,* 2006, Mar-Apr, 85(2) :215-41.

R., MARANTZ HENIG

« Rethinking Gender », *National Geographic, Special Issue*, Jan. 2017, p. 56.

F., MARCHADIER

« Le genre ou l'union : le dilemme du transsexuel marié », *D.,* 2013, p. 152.

J.-P., MARGUÉNAUD

« Le mariage entre personnes de même sexe renvoyé aux calendes grecques ? », *RTD Civ.*, 2007, p.287.

J.-P., MARTIN

« La chirurgie réparatrice dans les états intersexuels », *La revue du praticien*, tome XI, n°7, 1er mars 1961, p. 725.

J., MASSIP

« Le transsexualisme : état de la question », *Defrénois*, 15 sept. 1992, n°17.

« Le transsexualisme ne peut, selon la Cour de cassation, s'analyser en un véritable changement de sexe », *D.,* 1991.169.

L., MAUGIER-VIELPEAU

« Le transsexualisme et le Code civil », *Droit de la famille,* n°9, sept. 2005, étude 18.

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

B., MATHIEU

« S'opposer à la Cour européenne des Droits de l'Homme ? C'est possible et justifié », *Le Figaro*, 18 nov. 2016.

« Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.,* 1995, p. 221.

M., MAYMON-GOUTALOY

D., 1985, chron. p. 216.

D., MAZEAUD

« Sexe neutre à la Cour de cassation : rejet ! », *JCP G*, 2017, 663, 1129.

« Pas de troisième sexe à la cour ! », *JCP G*, Edito, n°14, 4 avril 2016, 389, p. 657.

C., MEISTER

« Junge, Mädchen oder keins von beidem. Ist ein Baby weder eindeuting männlich noch weiblich, dürfen Ärzte nun die Angabe im Geburtenregister frei lassen. Was intersexuallen helfen soll, schafft neue problem", *Zeit online*, 2013, [En ligne : http://zeit.de/wissen/2013-10/intersexualitaet-geschlechtsangabe-personenstandsgesetzaenderung].

G., MEMETEAU

« Le juge ignorant la médecine ? », *Gaz. Pal.*, 8 fév. 2014, n°39, p.12.

« Transsexualisme et débat de société », *Médecine et Droit*, 2007, p.141.

« Transsexualisme, corps appropriés, jurisprudence à comprendre », *Journal de médecine légale, Droit médical*, t. 38, n°6.

F., MEDJKANE, G., KECHID, N., CARÉ, C., FROCHISSE

« Accompagnement des enfants porteurs de désordre du développement sexuel et de leurs familles, un exercice multidisciplinaire », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence,* 2016, 64, 517.

M.-T., MEULDERS-KLEIN

« Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *Revue internationale de droit comparée,* Vol. 44, n°4, 1992, p.786-790.

H.F.L., MEYER-BAHLBURG

« Lignes de conduite pour le traitement des enfants ayant des troubles du développement du sexe », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 56(2008).

« Gender assignment and reassignment in intersexuality : controversies, data, and guidelines for research », *Adv. Exp. Med. Biol.,* 2002 ;511 :199-223.

G., MICHAELIDES-NOUAROS

« L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD Civ*, 1966.

A., MICHEL, C., WAGNER, C., JEOUDE

« L'annonce de l'intersexualité : enjeux psychiques », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 2008 ;56, p. 365-369.

P., MINET

« Les « intersexes » ne sont plus opérés à la naissance », *Le Matin*, 15 septembre 2013.

J., MONEY

« Sex reassignment as related to hermaphrodism and transsexualism », *in Transsexualism andsex reassignment, Baltimore, John Hopkins University Press*, 1969, p.91.

« Hermaphrodism, Gender et Precocity in Hyperadrenocorticism : Psychologicals Fondings », *Bulletin of The John Hopkins Hospital,* 96(6), 1955.

J., MONEY, J. et J., HAMPTON

« Imprinting and the establishment of gender role », *Archives of Neurology and Psychiatry,* 1957, n°77.

J., MONEY, M., LAMACZ

« Genital examination ans exposure experienced as nosocomial sexual abuse in childhood », *J. Nerv. Ment. Dis*., 1987 ;175 :173-21.

B., MORON-PUECH

« L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », note sous Cons. const. 17 nov. 2016, n°2016-739, Loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle, *RDLF*, 2016, chron. n°28.

« L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme », *D.,* 2016, 2353.

« Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir ? », 2016, <hal-01250476v2>. En ligne : [https://hal.archives_ouvertes.fr/ hal-01250476v2].

« Création d'un sexe « non spécifique » par la Haute Cour d'Australie », *La revue des droits de l'homme*, 2014, [En ligne].

C., MUCKLE

« Giving a voice to intersex individuals through hospital ethics committees », Wisconsin Law Review, 2006.

National Geographic, Special Issue

« The shifting landscape of Gender. Gender revolution », january 2017, p. 7-9.

R. NERSON

« Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTD Civ.,* 1966, p.65, n°5.

« Rectification de l'acte de naissance : le changement de sexe », *RTD civ*., 1966, p. 77.

« La condition juridique du malade », *Techniques Hospitalières*, aout - septembre 1964, n°227 et 228, p.63.

R., NERSON, J., RUBELLIN-DEVICHI

RTD Civ., 1982, 844.

G., NOIREL

« L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, n°13, 1993.

C., NOIVILLE

« Principe de précaution et santé. Le point sur quinze années de jurisprudence », *Les cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2009/1, n°3.

L., OMBREDANNE

« Le mariage des hermaphrodites », *Cahiers Laënnec*, 1947, n°2.

D. C., PAGE et al.

« The Sex-Determining Region of the Human Y Chromosome Encodes a Finger Protein », *Cell*, n°51, p.1091-1104.

S., PARICARD

« Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Dr. Fam*., 2012, n°1.

L., PARINI

« Le concept de genre : constitution d'un champ d'analyse, controverses épistémologiques, linguistiques et politiques », *Socio-logos*, 5, 2010.

Dr. PASSARINI

« Pseudo-hermaphrodisme androginoïde », *Nouveau Montpellier Médical*, 6, 1897, p.354-358.

V., PASTERSKI, K., MASTROYANNOPOULOU, D., WRIGHT, K.J., ZUCKER, I. A., HUGHES

« Predictors of posttraumatic stress in parents of children dignosed with a disorder of sex development », *Archives of sexual behavior*, 2014 ;43(2) :369-75. Doi :10.1007/s10508-013-0196-8. PubMed PMID :24085468.

V., PASTERSKI, P., PRENTICE, I. A., HUGHES

« Consequences of the Chicago consensus of disorders of sexe development (DSD) : Current practices in Europe », *Archives of disease in childhood*, 2010 ;95(8) :618-23.DOI :10.1136/adc.2009.163890.PubMed PMID :19773218.

M.-L., PAVIA

« Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, n°54.

H. PÉQUIGNOT

« La médecine moderne, scientifique et sociale *», Impact, science et société,* déc. 1954.

M., PÉRON

« Le refus de la mention « sexe neutre » à l'état civil », *LPA*, 2 mai 2016, n°87.

« Intersexualisme, l'admission d'un troisième genre au regard des exemples étrangers », *La revue des droits de l'Homme*, [En ligne], 8 │2015, mis en ligne le 21 nov. 2015, consulté le 30 septembre 2016. http://revdh.revues.org/1652.

J., PETIT

« L'ambigüité du droit face au syndrome transsexuel », *RTD civ.,* 1976, p. 263 et s.

L.-E., PETTITI

« Rectification d'état civil et transsexualisme », *RTDH,* 1993, pp. 483-486.

F., PICOD

« Jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de première instance », *Revue des Affaires européennes*, 1996, pp. 171-174.

C., PIQUET

« Pour l'Europe, les hermaphrodites doivent pouvoir choisir leur sexe », *Le Figaro*, 13 mai 2015.

Dr. POLAILLON

« Cas d'hermaphrodisme », *Journal de médecine de Paris*, 12, janvier-juin 1887, p. 870-873.

V., POURE

« Vers un statut familial de la personne transsexuelle », *Recherches familiales*, 2013/1, n°10.

S., POZZI

« Sur une observation de M. le Dr. H. BARNSBY (de Tours) intitulée : « Pseudo-hermaphrodisme par hypospadias périnéo-scrotal » », *Bulletins et mémoires de la société de chirurgie de Paris*, 32, 1906, p.1103-1108.

E., PUWNICA

« Commentaire des dispositions de la loi J21 relatives à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, n°05.

T., QUEGUINER

« Le Gouvernement va saisir le CCNE sur le sort des enfants intersexes », *Hospimédia*, 11 février 2016.

A.-M., RAJON

« Ce que nous apprennent les parents d'enfants porteurs d'ambiguïté génitale », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, n°56, p. 370-376.

M., RANOUIL

« Actien de groupe, assurance et fonds d'indemnisation », *JCP G*, 2017, 1274, 747.

U., RAUCHFLEISCH

« Transgenre, de plus en plus de consultations », *20 minutes*, 25, janvier 2013.

G., RAYMOND

« Vers un contrat d'union sociale ? », *Etudes*, avril 1998, p.464.

J.-G., RAYMOND

« The transsexual Empire », *The Women's Press*, 1980.

M., RAZ

« Médecins israéliens face au diagnostic prénatal des fœtus intersexués », *Sciences sociales et santé*, 2015/1, Vol. 33, p.5-34.

Ph., REIGNÉ

« Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle », *JCP G*, n°51, 19 déc. 2016, 1378, p. 2365.

« Le sexe et l'état civil », *Think Tank Different. Le Laboratoire Politique*, 29 juin 2012, p. 6 [En ligne :http://www.thinktankdifferent.com/fr/les-publications/les-notes/theme-1-axe-diversalite/id-8-le-sexe-et-l-etat-civil-synthese-, consulté le 1er février 2016].

« Modification de l'état civil d'une personne Trans identitaire en raison de l'irréversibilité des effets de son traitement hormonal », *JCP G*, n°6, 6 février 2012, 124.

« Sexe, genre et état des personnes », *JCP G*, n°42, 17 octobre 2011, doctr. 1140.

M., REMOND-GOUILLOUD

« La possession d'état d'enfant », *RTD civ*., 1975, p.467, n°20.

Dr. REVERCHON

« Etude médico-légale sur l'état mental du dénommé Ch… », *Annales médico-psychologiques*, 4, 1870, p.377-395.

F., RIGAUX

« Les transsexuels devant la Cour européenne des Droits de l'Homme : une suite d'occasions manquées », *RTDH*, 1998.

J., RIVERO,

« Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. soc.,* 1982. 421 et s.

« Santé et société », *Semaine sociale*, 1951, p.72 et s.

Ph., ROGER

« L'expertise judiciaire n'est pas un préalable obligatoire au changement de sexe à l'état civil pour les personnes transsexuelles », *Médecine et droit,* 2012, 177.

« L'avenir de l'expertise judiciaire en matière de transsexualisme », *Experts,* avr. 2010, p.18.

D., ROMAN

« Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison publique*, 15 mars 2012, [En ligne : http://www.raison-publique.fr/article530.html] Consulté le 24 octobre 2016.

« Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS*, 2005, p. 423.

M., ROSENFELD

« L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, 2010, n°2, p. 179.

J., RUBELLIN-DEVICHI

« Transsexualisme », *RTD Civ*., 1989, p. 721-735.

« Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droits de la famille », *RTD Civ.,* 1985, 1, p.135-153.

M., SALLE

« Une ambiguïté sexuelle subversive. L'hermaphrodisme dans le discours médical de la fin du XIXème siècle », *Ethnologie française*, 2010/1, Vol.40, p.124.

R., SAVATIER

« Les greffes devant le Droit », *Cahiers Laënnec : « Les greffes d'organes »,* 1966.

« Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé », *D.*, n°17, 1958, p.95-100.

S., SENGENES

« D'un genre à l'autre », *Terrain*, [En ligne : http ://terrain.revue.org/1748 ;Dol :10.4000/terrain.1748].

L., SENTEX

« Quelques mots sur deux cas de tératologie », *Bulletin de la société de médecine légale de Paris*, tome IX (1887), p. 371.

F., SIRONI

« Maltraitance théorique et enjeux contemporains de la psychologie clinique », *Pratiques psychologiques*, 4, 2003.

Y.L.S., SMITH, S.H.M., VAN GOOZEN, A.J., KUIPER, P.T., COHEN-KETTENIS

« Sex reassignement : Outcomes and predictors of treatment for adolescent and adult transsexuals », *Psychol. Med*., 2005 ;35 :89-99.

J.-H., SOUTOUL, M., TOUZÉ, E., FROGE, F., PIERRE

« Le médecine et le juge français face aux transsexuels en 1986 », *J. Gynécol. Obstet. Biol. Reprod*., 1986, 15.

N.P., SPACK et al.

« Children and adolescents with gender identity disorder referred to a pediatric medical center », *Pediatrics,* 2012, Mar ;129(3) :418-25.

F., SUDRE

« Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G*, 2017, 289, p. 502-513.

« La mystification du « consensus » européen » », *JCP G*, 2015, 2293.

« À propos du dynamisme interprétatif de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I, 335.

« Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1995, pp. 363-384.

F., TERRÉ

« Le droit et le bonheur », *D.*, 2010, chr., p.26.

F., TERRÉ, A., OUTIN-ADAM

« L'année du bicentenaire », *D.*, 2004, p. 12 et s.

Dr. TERRILLON

« De l'hermaphrodisme », *Le Praticien*, août 1886, p.388-391.

D., THOUVENIN

« Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du Code civil », *D.*, 2000, p.485.

« De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle », *D.*, 1991, p. 221.

« Le transsexualisme, une question d'état méconnue », *Rev. Dr. Adit.*, 1979, 291.

L., TOPOR

« Etat et capacité des personnes », *Rép. dr. Civ. Dalloz*, 1990, n°64-68.

T., TRUFFIER et A., LAPOINTE

« L'hermaphrodisme, ses variétés et ses conséquences pour la pratique médicale », *Revue de gynécologie et de chirurgie abdominale*, 16, 1911, p.209-268.

C., VANSWYGENHOVEN

« Note sur un hermaphrodisme incomplet accompagné d'hypospadias, observé sur un enfant du sexe masculin », *Journal de la Société des sciences médicales et naturelles de Bruxelles*, février 1844.

V., VANTHIGEM

« La Comité national d'éthique se saisit du dossier des personnes intersexuées », *20 Minutes*, 4 avril 2016.

J.-P., VAUTHIER, F., VIALLA

« Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *D.*, 2017, 1373.

« Matres semper certae sunt ? Un pluriel bien singulier ? », *D.*, 2017, n°25.

R., VEYLON

« Que sait-on du transsexualisme ? », *La nouvelle presse médicale,* 8 oct. 1977, 6, n°33.

F., VIALLA

« État civil (sexe neutre) : pas de création d'une troisième catégorie de sexe », D., 2017, p. 1399

« La neutralité rejetée », *JCP G*, n°17, 27 mai 2016, 492.

« Transidentité : quid novi ? « Nihil, ferè nihil, minus nihilo » ? », *LPA*, 2016, n°151.

« Substitution à l'état civil de la mention « sexe neutre » à celle de « sexe masculin », *D.*, 2015, 2295.

« Relation de soin et minorité », *LPA*, 2015, n°57.

« Identité de genre », *RDS*, n°57, 2014, p. 924-929.

« La faute d'humanisme », *RGDM*, n°17, 2013, p. 61-81.

« Du sexe au genre », *JCP G*, 2012, 122, p.230.

« Transition », *Revue Droit & Santé*, 2010, n°32, p. 230.

B., VILLENAVE

« La discrimination positive : une présentation », *Vie sociale*, 2006/3.

P., VOIRIN

« Le certificat d'examen prénuptial », JCP G, I, 1943, n°322.

P., WACHSMANN, A., MARIENBURG-WACHSMANN

« La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de transsexualisme. En marge des arrets Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », *RTDH*, 2003, p. 1164.

V., WESTER-OUISSE

« La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G*, 2001, I, 290.

S., WHITTLE

« The opposite of Sex is Politics – The UK Gender Recognition Act and Why it is Not Perfect, Just Like You and Me », *Journal of gender studies*, 200615, 3, 267.

S., WHITTLE, L., TURNER, M., AL-ALAMI

« Engendered penalties : transgender and transexual people's experiences of inequality and discrimination », *the Equalities review*, 2007.

M. R., WILL

« Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe : la situation en droit comparé in Transsexualisme, *Médecine et Droit*, 1995, p. 81 et s.

M., WITTIG

« On ne naît pas femme », *Feminist Issues*, vol.1, n°2, hiver 1981, p.54-5.

I., WONG

« If we don't help increase intersex awarness, who will ? », *Dialogues in Pediatric Urology*, déc. 2016.

Dr. WORBE

« Observation sur un individu réputé de sexe féminin, pendant vingt_deux ans, et définitivement rendu à l'état civil, en vertu d'un jugement solennel », *Bulletin de la faculté de médecine de Paris*, X, 1815, p. 479-492.

V. J.-N., ZHOU, M.-A., HOFMAN, L.-J.-G., GOOREN, D.-F., SWAAB

« A difference in the human brain and its relation to transsexuality », *Nature*, 1995 ;378(6552) :68-70.

K.J., ZUCKER

« Enfants avec troubles de l'identité sexuée : y-a-t-il une pratique la meilleure ?, « Lignes de conduite pour le traitement des enfants ayant des troubles du développement du sexe », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 56(2008).

IV . JURISPRUDENCE, NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

- *Juridictions européennes*
    - *Cour européenne des Droits de l'homme*

CEDH, 7 avril 2017, n°79885/12, 53471/13 et 52596/13, *A. P. Garçon et Nicot c/ France.*

D., 2017, 1027.

La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 03 mai 2017, consulté le 23 juin 2017. URL : http://revdh.revues.org/3049 ; DOI : 10.4000/revdh.3049.

CEDH, 10 mars 2015, n°14793/08, *Y. Y, c/ Turquie.*

JCP G, 2015, act. 336, obs. A., SCHAHMANECHE.

RLDC 2015/31, p.46, note C., BERNARD-XÈMARD.

Dr. fam. 2015/5, p.41, note F., MARCHADIER.

RTD civ. 2015. 331, note J.-P., MARGUÉNAUD.

D., 2015, 1875, obs. Ph. REIGNÉ.

RDSS, 2015, 643, note PARICARD.

D., act. 19 mars 2015, obs. COUSTET.

RDH, Act. Droits-libertés, mars 2015, note MORON-PUECH.

CEDH, 6 nov. 2014, n° 12927/13, *Dvoracek c/ République Tchèque.*

CEDH, Grde. ch., 16 juillet 2014, n°37359/09, *Hämäläinen c/ Finlande.*

CEDH, 15 oct. 2013, n°33014/08, *Alain Ryon et autres c/ France.*

CEDH, 29 avril 2013, n°37359/09, *H. c/ Finlande.*

D., 2013, p. 152.

CEDH Grde. ch., 19 fév. 2013, n°19010/07, ***X. et a. c/ Autriche.***

CEDH 25 septembre 2012, n°33783/09, ***Godelli c/ Italie.***

CEDH 15 mars 2012, n°25951/07, ***Gas et Dubois c/ France.***

CEDH, 11 avril 2011, n°35159/09, ***P. V. c/ Espagne.***

CEDH, 30 novembre 2010, n°35159/09, ***P.V., c/ Espagne.***

CEDH, 24 juin 2010, n°30141-04, ***Shalk et Kopf c/ Autriche.***

CEDH, 2 juin 2009, n°31675/04, ***Cadarcea c/ Roumanie.***

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

CEDH, 27 mai 2008, n°18367/06, ***Nuñez c/ France.***

CEDH, Grde. Ch., 22 janvier 2008, n°43546/06, ***E. B c/ France.***

CEDH, 11 sept. 2007, n° 27527/03, ***L. c/ Lituanie***.

CEDH, Grde. Ch., 10 avril 2007, n°6339/50, ***Evans c/ Royaume-Uni.***
CEDH, 20 mars 2007, n°5410/03, ***Tysiac c/ Pologne.***

CEDH, 28 nov. 2006, n°35748/05, ***R et F c/ Royaume-Uni.***

CEDH, 13 juil. 2006, n°58757/00, ***Jäggi c/ Suisse.***

CEDH, 17 fév. 2005, n°42758/98 et n°45558/99, ***K.A. et A.D. c/ Belgique*****.**
JCP G, 2005, I, 159, n°12 chron., F., SUDRE.
D., 2005, 2973, note M., FABRE-MAGNAN.

CEDH, 27 juil. 2004, n°55480/00 et 59330/00, ***Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*****.**

CEDH, 24 juin 2004, n°59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne.*

CEDH, 12 juin 2003, n°35968/97, *Van Kück c/ Allemagne*
RTD Civ., 2004, p. 361.

CEDH Grde. Ch., 13 fév. 2003, n°42326/98, *Odièvre c/ France.*

CEDH Grde. Ch., 11 juillet 2002, n°28957-95, *Goodwin c/ Royaume-Uni*
Rec., 2002-VI, §82.

CEDH, 11 juillet 2002, n°25680-94, *I. c/ Royaume-Uni.*
GACEDH, n°45.
RTD civ., 2002, 782, obs. J., HAUSER.
RJPF, 2002, 14, obs., A., LEBORGNE.
RTD civ., 2002, 862, note J.-P. MARGUENAUD.
D., 2003, 2032.

CEDH, 23 mai 2002, n°42758/98, *K.A. et A.D. c/ Belgique.*
RTD Civ, 2005-2, pp. 341-342.
D., 2005, p. 2973.

CEDH, 25 avril 2002, n°2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 26 fév. 2002, n°36515/97, *Fretté c/ France*.

CEDH 7 février 2002, n°53176/99, *Mikulic c/ Croatie.*

CEDH, 6 février 2001, n°44599/98, *Bensaïd c/ Royaume-Uni.*
Rec., 2001-I, §47.

CEDH Grde. Ch., 18 janv. 2001, n°27138/95, *Chapman c/ Royaume-Uni.*

CEDH, 6 février 2000, n°34369/97, *Thlimmenos c/ Grèce.*
L'Actualité juridique - Droit administratif, 20 juin 2000, p. 537, 538.

CEDH, 21 déc. 1999, n° 33290/96, *Salguero da Salva Mouta c/ Portugal.*

CEDH, 27 sept. 1999, n°31417/96 et 32377/96, *Lustig-Prean et Beckette c/ Royaume-Uni.*

CEDH 30 juillet 1998, n° 22985/93 et 23390/94, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni.*

CEDH, 16 mars 1997, n°21627/93, n°21826/93, n°21974/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni.*

D., 1998, p.97.

JCP G., 1998, I, 107, n°34.

RTDC, 1997, 1013.

CEDH, 24 fév. 1998, n° 21439/93, *Botta c/ Italie.*

CEDH, 25 fév. 1997, req. n°22009/93, *Z. c/ Finlande.*

C.E.D.H., 22 avril 1997, n°21830/93, *X, Y et Z c/ Royaume-Uni*.

D., 1997, 583 note S., GRATALOUP, 362, obs. N., FRICERO.

RTD Civ, 1997, 1011, obs, J.-P., MARGUÉNAUD, 1998, 92, obs. J., HAUSER.

CEDH, 7 aout 1996, n°17383/90, *Johansen c/ Norvège*.

JCP, 1997, I, 4000.

CEDH, 9 décembre 1994, n°16798/90, *Lopez-Ostra c/ Espagne*.

CEDH, 22 fév. 1994, n°16213/90, *Burghartz / Suisse*.

RTDH, 1995, p.53, note P., GEORGIN.

CEDH, 23 juin 1993, n°12875/87, *Hoffman c/ Autriche.*

D., 1994, 327.

CEDH, 22 avril 1993, n° 15070/89, *Modinos c/ Chypre.*

CEDH, 16 déc. 1992, n°13710/88, *Niemietz c/ Allemagne.*

CEDH, 25 mars 1992, n°13343/87, *B. c/ France.*

D., 1992, 325.

D., 1992, 323.

D., 1993, 101.

JCP G., n°5, 1993, II, 21991.

JCP G 1992, II, n°21955, note T., GARE.

RTD Civ., 1992,p. 540.

RTD Civ., 1989, p. 735.

C.E.D.H., 27 sept. 1990, n°10843/84, *Cossey c/ Royaume-Uni.*

CEDH, 24 oct. 1989, n°10073/82, *H… c/ France.*

LPA, 28 fév. 1990, n°26.

CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni.*

CEDH, 26 oct. 1988, n°10581/83, *Norris c/ Irlande.*

CEDH, 17 oct. 1986, n°9532/81, *Rees c/ Royaume-Uni.*

CEDH, 26 mars 1985, n°8978/80, *X. et Y. c/ Pays-Bas.*

CEDH, 23 septembre 1982, n°7151/75, 7152/75, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède.*

CEDH, 25 fév. 1982, n°7511-16 et n°7743-76, *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 22 oct. 1981, n°7525/76, Dudgeon c/ *Royaume-Uni.*

C.E.D.H., 13 aout 1981, n°7601/76 et n°7806/77, *James, Young and Webster c/ Royaume-Uni.*

CEDH, 6 nov. 1980, n°7654/76, *D. Van Oosterwijck c/ Belgique.*

CEDH, 13 juin 1979, n°6833/74, *Marckx c/ Belgique.*

GACEDH, n°51.

CEDH, 25 avril 1978, n°5856/72, *Tyrer c/ Royaume-Uni.*

- *Commission européenne*

Commission européenne, 2 juillet 1997, n°28154/95, *LF v. Ireland* (non publiée).

- *Comité des Droits de l'homme*

Comité des droits de l'homme, 31 octobre 1994, n°453/1991, *Coeriel et Aurik c/ Pays-Bas.*

- *Cour de Justice de l'Union européenne (ex Cour de Justice des communautés européennes)*

CJUE, 17 juill. 2014, C-173/13, *Leone c/ Garde des Sceaux et CNARCL.*

CJCE, 27 avril 2006, C-423/04, *Sarah Margaret Richards c/ Secretary of State for Work and Pension.*

Rec. CJCE, I, p. 3585.

CJCE, 7 janvier 2004, C-117/01, *K.B. c/ NHS Pensions Agency and Secretary.*

CJCE, 29 nov. 2001, C-366/99, *Griesmar c. Ministère de l'économie*.

CJCE, 12 juillet 2001, C-368/98, *Vanbraekel.*

CJCE, 28 avril 1998, C-120/95 et C-158/96*, Decker et Kohll.*

CJCE, 30 avril 1996, C-13/94, *P. c/ S. et Cornwall County Coumeil.*
Rec CJCE, I, p 2143.

- *Juridictions françaises*

  - *Conseil Constitutionnel*

Cons. Const., 14 aout 2013, n°2003-483, D.C., *Loi portant réforme des retraites.*

Cons. Const., 16 septembre 2010, n°2010-25 QPC.

Cons. Const., 19 nov. 2004, n°2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe.*

Cons. Const., 9 nov. 1999, n°99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité.*

Cons. Constit., 23 juillet 1999, n°99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle.*
RTD Civ. 1999, 724.
D., 2000, 423.
D., 2000. 422.
D., 2000, 265.

Cons. Const., 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.*
D., 1995, p. 236.

Cons. Const., 5 aout 1993, n°93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité.*

Cons. const., 16 janvier 1982, n°81-132, *Loi de nationalisation.*

- *Cour de cassation*

Ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323.

RDS, n°67, 2015, p. 702-704.

Ass. Plén., 11 décembre 1992, n°91-11900 et 91-12373 (2 décisions).

RTD Civ., 1993. 97.

JCP., 1993, 3, n°21991.

Gaz. Pal., 1993, I, p. 180.

Bull. civ. Ass. Plén. N°13.

Ass. Plen. 31 mai 1991, n°90-20105.

D., 1992, 59.

D., 1991, 417.

RTD Civ., 1991, 517.

Rev. Crit. DIP, 1991, 711.

JCP G, 1991, II, 21752.

Ass. Plén., 13 déc. 1962, n°57-11569.

JCP, 1963, II, 13105.

Ch. réunies., 16 mai 1963, n°61-90673.

Bull. civ., n°4.

D., 1963, p. 437, note J., LARGUIER.

Ch. réunies, 24 février 1862

S., 1862, 1, 341, Concl. DUPIN.

Cass., 14 juin 1858.

D. P., 1858, 1, p. 247.

Civ. 6 avril 1903, n°10-19.053.

D., 1904. 1, 395, note sous, concl. BAUDOUIN.

Sirey 1904. 1. 273, note A. WAHL.

Civ. 26 janv. 1897.

D. P., 1900, I, 33.

Civ., 15 janvier 1872.

D., 1872-I-52.

Civ. 1ère, 5 juillet 2017 (4 arrêts) n°15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495.

Civ.1ère, 4 mai 2017, n°16-17.189.

Gaz. Pal., 2017, n°20.

Gaz. Pal., 2017, n°19, p. 20.

JCP G, 2017, 663, 1129.

D. 2017, 981.

D., 2017, p. 1373.

D., 2017, p. 1404.

JCP Not. Imm., n°19, 2017, 542.

JCP G, n°13, 2016, 356.

JCP G, 24, 2017, 662.

AJ Fam., 2017.

Civ. 1ère, 29 mai 2013, n°12-15901.

Civ. 1ère 13 février 2013, no 11-14.515.

Bull. 2013, I, no 13.

Dr. fam. no 4, avril 2013, comm. 48.

D., 2013, p. 1089, obs., J.-J., LEMOULAND et D., VIGNEAU.

AJF, 2013, p. 182, obs., G., VIAL.

RTD Civ., 2013, p. 344, obs. J., HAUSER.

RJPF 2013-2/22, obs. I., CORPART.

Civ. 1ère, 6 février 2013, n°12-17.423.

RCA, 2013, comm. 215, note BLOCH.

LPA, 5 juin 2013, n°112, p. 17, note VIALLA.

Civ. 1ère, 26 sept. 2012, n°11-22.384.

Civ. 1ère, 7 juin 2012, n°10-26.947.

Dr. fam. 2012, comm. 131, obs. Ph. REIGNÉ.

D., 2012, p. 1648, note F. VIALLA.

D., 2013, p.663.

AJF, 2012, p. 405.

RDSS, 2012, p. 880, note S., PARICARD.

RTD Civ., 2012, p. 502, obs., J., HAUSER.

Civ., 1ère, 2 juin 2012, n°10-26.947 et 11-22490.

D. 2012. 1648.

RDSS, 2012. 880.

RTD Civ., 2012. 502.

Civ. 1ère, 6 avril 2011, n°09-66.486.

Bull. civ., I, n°72.

Civ. 1ère, 15 décembre 2010, n°09-10439.

D., 2011, 1995.

Civ. 1ère, 14 octobre 2010 n° 09-69195.

Bull. civ. 2010.

Civ.1ère, 25 février 2009, n°08-11.033.

JCP, 2009, II, 10072.

Civ. 1ère , 17 décembre 2008, n°07-20.468.

D. 2009. Chron. C. Cass. 747.

AJ Fam. 2009. 86, obs. MILLEVILLE.

RTD Civ., 2009. 91, obs. HAUSER.

Civ. 1ère , 6 février 2008, n°06-16.498.

Bull. 2008, I, n°41.

Civ., 1ère, 14 novembre 2006, n°04-10.058.

Bull. civ., I, n°478.

Civ. 1ère, 10 octobre 2006, 06-15.265.

JCP, 2006, II, 10072.

Civ. 1ère, 18 mai 2005, n°04-13.745.

Dr. Fam., 2005, comm. 153, obs. P., MURAT.

Bull. 2005, I, n°211, p. 179.

JCP G, 2005, act. 312.

D., 2005, p. 1589.

Civ 1ère . 4 janv. 2005, n° 03-14206.

Civ.1ère , 29 septembre 2004, n°02-12.973.

D., 2005, Pan. 810.

RJPF, 2004, 12/20.

JCP N, 2004, Actu. 219.

Civ. 1ère 9 octobre 2001, n°00-14.564.

Bull. civ., I, n°249.

D., 2001, 3470, rapp. SARGOS, note THOUVENIN.

RTD Civ., 2002, 176, obs. LIBCHABER.

Civ. 1ère, 28 mars 2000, n°98-12.806.

Bull. civ., I, n°103.

JCP, 2000, II, 10409.

JCP, 2000, II, 10410.

D. 2000, 731.

Civ. 1ère, 7 juillet 1998, n°96-19.927.

Civ. 1ère, 3 mars 1998, n°96-11.054.

Civ.1ère , 14 oct. 1997, n°95-19.609.

Bull. civ., I, n°278.

GADS, 1ère éd., Dalloz, 2016, n°7.

JCP, 1997, II, 22942.

Civ.1ère, 25 février 1997, n°95-13.545.

Bull. civ., I, n°73, p.47.

JCP, 1997, II, 22873, note J., RAVANAS.

Civ.1ère, 5 novembre 1996.

D., 1997, p.403, note S., LAULOM.

JCP, 1997, II, 22805, note J., RAVANAS.

RTD Civ., 1007, p. 632-633, obs., J., HAUSER.

Civ. 1ère , 23 oct. 1990, n°94-14.798.

Civ. 1ère, 21 mai 1990, n°88-12.829, 88-15.858 et 88-12.163.

JCP G, 1990, II, 21588.

Conclusions. F., FLIPO, avocat général.

D., 1990, IR, 139.

Civ.1ère, 10 mai 1989, n°88-12.829.

Bull. Civ., n°189, p. 125.

D., 1989, IR, 171.

Civ. 1ère , 11 octobre 1988.

D., 1988. IR. 247.

Gaz. Pal., 1988, 268.

Civ.1ère, 7 juin 1988.

Bull. Civ., I, n° 76, p., 122.

D., 1988, IR, 177.

Gaz. Pal., 1989, 1, 417, note AGOSTINI.

Civ. 1ère 19 avril 1988.

Bull. civ., 1998, n°107.

Civ. 1ère, 15 mars 1988, n°85-17.162.

D. 1988. Jur. 549.

Civ. 1ère , 6 juin 1987.

Civ.1ère, 2 juin 1987, n°85-16.381.

Gaz. Pal, 7-8-9 fév. 1988. J. 10.

Civ. 1ère ., 31 mars 1987, n°85-14.176

D. 1987, jur., p. 445.

Gaz. Pal., 1987, Panorama 114.

Bull. 1, n°116, p.87.

RTD civ., 1976.121.

Civ. 1ère, 30 nov. 1983, n°82-13.808.

D., 1984, J, 168.

JCP, 1984-II-20222, obs. J., PENNEAU.

Sirey, 1904. 1. 273, note Whal.

Civ.1ère, 14 juin 1983, n° 82-13.247.

Bull. I, n°174, p. 153.

Civ. 1ère, 26 janvier 1983, n°81-16.795.

Bull. Civ., I, n°38.

R., p.41.

D., 1983, 436, note MASSIP.

Civ. 1ère, 31 janvier 1978, n°75-13.011.

Civ. 1ère, 16 déc. 1975, n°73-10.615.

JCP, 1976, II 18503.

JCP, 1976, II, 18509.

D., 1976. J. 398.

RTD Civ, 1976. 119, obs. NERSON.

Bull. civ., I, n°374.

Civ. 1ère, 19 fév. 1975, n°73-13.761.

Bull. civ., I, n°70.

Civ. 1ère, 23 mai 1973.

Bull., n°180, p. 160.

Civ. 1ère, 27 oct. 1970.

Bull., n°283, p. 232.

Civ. 1ère, 16 juillet 1969.

Bull. civ., I, n°277.

Civ.1ère , 29 avril 1969.

D., 1970, 23.

JCP, 1982, I, 3058.

Civ.1ère, 3 avril 1963.

JCP., 1962, II, 13502.

Civ 1ère . 13 mai 1959.

D., 1959, comm. 107.

Civ. 1ère , 28 janvier. 1942, *Parcelier c/ Teyssier.*

GADS, 1ère éd., Dalloz, 2016, n°4.

Civ. 2ème, 17 oct. 2013, n°12-22957.

Civ. 2ème, 19 fév. 2009, n°07-20.668.

Civ. 2ème, 25 avril 2007, n°06-12901.

Civ. 2ème 27 janvier 2004, n°02-30.613.

Civ. 2ème, 19 mars 1997.

RTD Civ, 1997, p. 632, obs J., HAUSER.

Civ. 2ème , 5 janv. 1983, n°81-13.374.

Crim., 30 mai 1991, n°90-84.420.

Bull. crim. n°232.

Crim., 27 déc. 1961.

Bull. Crim., n°563.

Crim. 13 déc. 1956.

D., 1957, 349, note PATIN.

Crim., 1er juillet 1937.

D., 1937. 537.

S., 1938. I. 193.

Revue de science criminelle, 1937, 680.

Bull. crim., n°139, p. 257.

D. H., 1937, 537.

Gaz. Pal., 1937. 2. 358.

Crim. 11 juin 1926.

DH, 1926, 378.

Crim. 29 janvier 1921.

S., 1922, 1, 1985.

Crim, 21 janv. 1833.

D., 1833, I, p. 323.

Soc., 11 janvier 2012, n°10-28.213.

Soc., 30 sept. 2005, n°04-47130.

Bull. civ., V., n°279.

Soc., 27 janv. 2004, n°S 02-30.613.

Soc. 8 mars 2001, n°99-14.657, *Mme S., GRAEWE c/ CAMPLP*.

Soc., 10 oct. 2000, n°98-413.98.

Bull., 2000 n°317, p. 247.

Req., 14 avril 1934.

DH. 1934. 285.

Ch. réunies, 24 avril 1862, *Arrêt Berthon*.

D. 1862, I, 153.

- *Conseil d'État*

CE, Ass. 27 mars 2015, n°372.426, *M. A.*

CE, Ass., 2 juillet 1993, n°122.960, *Milhaud.*

D., 1994, p. 69.

CE, Sect. 26 mars 2006, n°288.460, *Société KPMG.*

CE Sect., 5 janv. 2000, n°181.899 et n°198.530, *Consorts Telle et AP-HP.*

CE, Sect., 4 nov. 1991, n°109.126.

ALDA, 1992, p.65.

CE, 7 mai 2014, n°359.076, inédit.

JCP G, 2014, n°38, doctr.

Méd. Et Dr., 2014, éditorial, p. 81-82.

AJ Fam, 2014, p. 451.

RDS, 2014, n°63.

CE, 28 décembre 2002, n° 233618, *Mme Duvignères.*

GAJA, n°118

CE, 22 sept. 1997, n°161.364, *Cinar.*

JCP, 1998, II, 10051.

CE, 23 juin 1997, n°171.858, *Ourbih.*

RFDA, 1997, pp. 19-20.

CE, 9 oct. 1996, n°168.342.

D. 1997, jur., p.117.

CE, 27 octobre 1995, n°136.727, *Commune de Morsang-sur-Orge.*

D., 1996, p. 177.

JCP G, 1996, G, II, 22630.

CE, 27 octobre 1995, n°143.578, *Ville d'Aix-en-Provence.*

AJDA, 1995, p. 878882.

Rec. p. 373.

RFDA, 1995, p.1204.

GAJA, Dalloz, 18ème éd., n°96.

CE, 29 janvier 1988.

JCP, 1989, II, 21222.

RDSS, 1988, 509.

CE, 29 nov. 1968, n°68.938, *Tallagrand.*

CE, 10 déc. 1962, *Société indochinoise de constructions électriques mécaniques.*

Rec. Lebon, 1963, p. 677.

CE, 18 mars 1910.

D.P. 1912.3.80.

- *Cour d'appel*

CA Agen, 24 juin 1987.

JCP, 1988, IV, 213.

CA Agen, 2 février 1983, *Annie S… c/ Ministère public.*

Gaz. Pal. 1983, J, 603 à 610.

JCP, II, 20133.

CA Amiens, 1ère ch. Civ., 4 oct. 1976.

JCP, 1978, IV, 317.

CA d'Angers, 27 février 1846.

D., 1846, II, p.85.

CA Aix-en-Provence, 28 nov. 2007, n°07-14524.

CA Aix-en-Provence, 12 mars 2002, n°02-16336.

D., 2003, p. 2121.

CA Aix-en-Provence, 6 décembre 1993.

JCP, 1994, IV, n°624.

CA Aix-en-Provence, 23 septembre 1990.

CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990.

JCP G, 1991, II, n°21720.

CA Aix-en-Provence, 7ème ch., 11 décembre 1989.

CA Aix-en-Provence, 6ème ch., 17 janv. 1989, n°132, *Lemaître c/ Lemaître.*

CA Bordeaux, 25 janv. 1993.

CA Bordeaux, 5 mars 1987.

JCP 1988, 195

CA Bordeaux, 1ère ch., 5 mars 1985.

CA Caen, 12 juillet 2003, inédit.

CA Caen, 10 mai 1926.

S. 1962.II.62.

CA Caen, 23 mars 1882.

S., 1882, 2, p.108.

CA Colmar, 8 janvier 2014, n° 15-03621, inédit.

CA Colmar, 13 mars 1945.

D. 1945, J, 373.

CA Dijon, 7 avril 2016, n°15/01535.

CA Douai, 24 mars 2014, n°218/2014.

CA Douai, 14 mai 1901.

D., 1904, I, p.396.

CA Grenoble, ch. 2, 26 avril 1989.

CA Limoges, 20 mars 2012, n°10/01188.

CA Limoges, 4 juin 1975.

D., somm. 121.

CA Lyon, 2ème civ., 25 juill. 2007.

JCP, 2008, IV, 1028.

RTD Civ, 2008, 99, obs. J., HAUSER.

CA Lyon, 2ème civ, 15 mai 2007.

JCP, 2007, IV, 1032.

CA Lyon, 1er juill. 1981, inédit.

CA Lyon, 27 mai 1936.

D.H., 1936, 465.

CA Montpellier, 15 mars 2017, n°16/02691.

Gaz. Pal., n°16, 2017.

D., 2017, 816.

JCP Not. Imm., n°19, 2017, 542.

CA Montpellier, 27 sept. 2010, inédit.

CA Montpellier, 18 janvier 2010, n°09/04110.

JCP G, 2010, n°24, IV, 651.

CA Montpellier, 3 juin 2000, n°08/06324, *SARL Kaliop c/ M. Baptiste Verme*.

CA Montpellier, 20 oct. 1999.

CA Montpellier, 8 mai 1872.

D.P., 1872-2-48.

CA Nancy, 2 sept. 2011, n° 09/02179.

JCP G 2012, 124.

CA Nancy, 1re ch. civ., 3 janv. 2011, n°09/00931.

JCP G, n°17, 25 avril 2011, 480.

CA Nancy, 10 octobre 2010, n°10/02477.

JCP G, 2010, note 1205.

CA Nancy, 15 mai 1992, n°1180/92.

JCP G 1992, IV, n°2479.

CA Nancy, 22 avril 1982.

JCP, 1984, II, 20222.

CA Nancy, ch. 1, 2 avril 1981.

CA Nancy, 12 mai 1958.

Gaz. Pal., 24 juillet 1958.

RTDC, 1958, 585.

CA Nîmes, 3 juillet 2002, n°02/1053.

AJ Fam., 2002. 339.

CA Nîmes, 2 juillet 1984.

CA Nîmes, 29 novembre 1869.

CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281.

RDS, n°71, 2016, p. 427-429.

RTD Civ., 2016, 318.

D., 2016, 1915.

Dr. Fam., n°5, 2016, étude 8.

JCP G, n°17, 2016, 492.

Gaz. Pal., n°26, 2016.

Petites Affiches, n°87, 2016.

AJ Fam., 2016, 261.

CA Paris, 5 novembre 2013, inédit.

CA Paris, pôle 1, ch. 1, 27 janv. 2011, n°10/04525.

JCP G, n°17, 25 avril 2011, 480.

CA Paris, 23 septembre 2010, n°09/28266.

CA Paris, 19 octobre 2000.

CA Paris, 20 sept. 2000.

D., 2000, 1585, note DUVERT.

CA Paris, 2 juillet 1998.

Dr.fam., 1999, comm. 13.

CA Paris, 5 déc. 1997.

D. 1998, IR 32.

CA Paris, 26 mai 1992.

CA Paris, 8 novembre 1990.

CA Paris, 19 avril 1988.

JCP. 1988, Actualités, p.21.

D., 1988-IR-137.

CA Paris, 22 octobre 1987.

D., 1987, IR, 231.

CA Paris, 17 fév. 1984.

D., 1985, J, 352.

CA Paris, 6 mai 1982.

Gaz. Pal., 3 sept. 1982, p.9.

CA Paris, 26 mars 1982.

Gaz. Pal., 1982, 2, 519.

CA Paris, 17 sept. 1979.

JCP G, 1980, IV, p. 398.

CA Paris, 1ère ch., section C, 24 février 1978.

JCP, 1979-II-19202.

Gaz. Pal., 1979, somm.

Journal des Notaires et des Avocats, 1979, p.373, n°3.

CA Paris, 24 février 1977.

Defrénois, 1978, art. 31-590, p.49.

D., 1978, Juris. p. 168, note MASSIP.

CA Paris, 18 janvier 1974.

D. 1974. 196.

D., 1974. J. 197.

Gaz. Pal, 1974-1-158.

RTD Civ., 1974, p.801.

CA Paris, 7 juin 1973.

JCP, 1973, II, 17539.

D., 1974, 174.

CA Paris, 1ère ch. suppl. 8 décembre 1967.

JCP, 1968-II-15518 bis, note P.N.

D., 1968-J-289.

RTD Civ. 1968, p.536, n°2, obs. R., NERSON.

CA Paris, 31 mai 1966.

JCP, 1966, II, 14723.

CA Paris, 19 février 1945.

Gaz. Pal., 1945, II, p. 226.

CA Poitiers, 20 déc. 2006.

CA Rennes, 26 octobre 1998.

CA Rennes, chambre à section 2, 25 juin 1986.

CA Rennes, 22 février 1978 (deux arrêts).

D., 1978, IR, 210.

CA Rouen, 9 mars 1987.

CA Toulouse, 9 juill. 1985.

CA Toulouse, 11 oct. 1978.

JCP, 1981-II-19529, obs. J., PENNEAU.

D., 1980. IR. 324.

CA Trèves, 27 janvier et 11 juillet 1808.

Jur. gén., v° Mariage, n°76.

CA Versailles, 1ère ch., sect. 1, 22 mars 2012, n°11/03116.

CA Versailles, 8 juillet 2005, n°05/04694.

D, 2006, 772.

CA Versailles, 22 juin 2000, n°1999-7799.

JCP G, II, 10595, obs. P., GUEZ.

RTD Civ., 2001, 849, obs., HAUSER.

CA Versailles, 13 mai 1993.

Gaz. Pal. 31 juillet/2 aout 1994, 10, concl. DUPLAT.

CA Versailles, 1ère ch., 25 mai 1987.

D., 1987, IR, 163.

CA Versailles, 21 nov. 1984.

JCP, 1984, II, 20222.

Gaz. Pal., 1986, Rec. Des somm. 348.

- *Autres juridictions judiciaires*

Cour royale de Poitiers, 9 mai 1843, et 26 mai 1846.

S., 1846, 2, p.462.

Tribunal correctionnel de police de Bourges, 22 janvier 1842, ***De Bengy.***

Gazette des tribunaux, 2 fév. 1842, n°4624, p. 456.

- *Tribunal de grande instance*

TGI Amiens, 4 mars 1981.

TGI Angoulème, 2ème ch., 18 janvier 1984.

Gaz. Pal., 1984, Rec. Des somm. 427 et 428.

TGI Avranches, 10 juillet 1973.

D., 1974. 174.

TGI Blois, 12 avril 1985 (inédit).

TGI Bobigny 18 mars 2013.

TGI de Bobigny, 9 octobre 1990 (inédit).

TGI Caen, 28 mai 2001.

Dr. Fam., 2002, n°42.

F., GRANET, *AJF*, 2002, p. 414.

LPA, 2002, n°85, p.16.

TGI Carcassonne, 12 juil. 1985.

TGI Créteil, 22 octobre 1981.

D., 1982, IR, 205.

TGI Dijon, 2 mai 1977.

Gaz. Pal., 1977-2-577.

TGI Grasse, 16 octobre 1969, inédit.

TGI Lille, 16 janv. 2001.

D., 2001, 3, p. 1913.

TGI Lille, 28 septembre 1995.

LPA, 8 aout 1997, note MASSIP.

D., 1997, p.2, note LABBÉE.

TGI Lille, 17 mai 1962.

D., 1963 somm. 10.

TGI de Meaux, 27 août 1987 (inédit).

TGI Montpellier, 22 juillet 2016, n°15/05019.

D., 2017, n°25.

TGI Montpellier, 24 mars 2016, n°15/03425.

LPA, 29 juillet 2016, n°151.

RDS, n°72, p. 584-588.

TGI Montpellier, 6 mai 1985.

La Vie Judiciaire, n°2068, 25 nov. 1985.

TGI Nancy, 7 nov. 2008.

TGI Nanterre, 21 avril 1983.

Gaz. Pal., 1983-J-603 à 610.

TGI Nanterre, 16 oct. 1980, inédit.

Gaz. Pal., 1981, Rec. des somm., 141.

TGI Niort, 5 janvier 1983.

Gaz. Pal., 1983, Rec. Des somm. 264.

TGI Paris, 2 juillet 1998.

JCP, 1999, 3, n°1005.

TGI Paris, 7 décembre 1982.

TGI Paris, 13 juillet 1982, inédit.

Gaz. Pal., 1983-J-603 à 610.

TGI Paris, 16 novembre 1982*, D… c/ Ministère public.*

Gaz. Pal. 1983, J, 603 à 610.

TGI Paris, 24 nov. 1981, 2ème espèce.

JCP, 1982. II. 19792, note PENNEAU.

TGI Paris, 24 mai 1981, *C.C c/ Ministère public.*

JCP, 1982, II, 19792.

TGI Paris, 17 sept. 1979.

JCP, 1980. IV. 398.

TGI Saint-Etienne, 26 mars 1980.

D., 1981.270.

D., 1981, p.139.

D., 1981, p.145.

TGI Saint-Etienne, 11 juillet 1979.

D., 1981, p.139.

D., 1981, p.145.

D., 1981.270.

TGI Seine, 18 janvier 1965.

JCP, 1965-II-14421.

RTD Civ., 1966, p.74 et s.

D.1966, Somm. 14.

TGI Thionville, 28 mai 1986.

Gaz. Pal., 1987, rec. Des somm. 105.

TGI Toulouse, 25 mai 1978.

TGI Toulouse, 10 fév. 1977, inédit.

TGI Toulouse, 29 sept. 1973.

TGI Tours, 2ème civ., 20 aout 2015.

JCP G. n°44, 1157.

D., 2015, 2295.

AJ Fam., 2015, 613.

RTD civ, 2016, 77.

RDS, n°69, 2015, p. 90-92.

D., 2016, 20.

TGI Valence, 8 janv. 1986.

TGI Versailles, 19 février 2015.

- *Autres tribunaux judiciaires*

T. corr. Nantes, 12 nov. 1956.

D. 1957. 30.

JCP 1957. II. 10041, note AUSSEL.

Tribunal d'Ambert, 5 juin et 14 aout 1854, *affaire Bravard-Veyrières (inédit) ; Darbousse c/ dame Jumas.*

Tribunal civil d'Alais, 29 avril 1869.

D., 1882, 3, p.71.

Trib. civ. de Grenoble, 13 et 20 novembre 1958.

D., 1959. 495, note G., CORNU.

RTD civ. 1960. 87, obs. DESBOIS.

Trib. civ. Nîmes, 2 fév. 1942.

JCP, 1942, II, 1826.

Tribunal de la Seine, 18 avril 1834, *affaire Beaumont.*

Gaz. Des trib. des 3, 17 et 26 avril 1834.

Trib. civ. Valence, 16 mars 1955.

Gaz. pal, 1955.I.

Tribunal de Wassy, 5 novembre 1818.

- *Tribunal des conflits*

T.C., 25 mars 1911, *Rouzier.*

D., 1912, 3, 1.

- *Cour administrative d'appel*

CAA Nantes, 31 mars 2011, n°09NT02420, *CHU de Nantes.*

CAA Paris, 26 février 1998.

Méd. & Dr., 1999, n°35.

- *Tribunal administratif*

TA Limoges, 12 oct. 2000, n°97422, *Mme R. c/ Min. éco.*

- *Juridictions étrangères*

Circuit Court of the State of Oregon, 10th June 2016, *Jamie SHUPE Case*, n°16CV13991.

Haute Cour du Kenya, 5 déc. 2014, *Baby « A » 'Suing through the Mother E A) and another v. Attorney General and 6 others*, n°266.

Cour Suprême Indienne, 15 avril 2014, *National Legal Services Authority v. Union if India and Others.*

Haute Cour d'Australie, 2 avril 2014, *NSW Registar of Births, Death and Marriage v. Norri.*

Cour fédérale constitutionnelle, 1 BvR 3295/07, 11 janvier 2011.

Cour Suprême du Pakistan, 23 déc. 2009.

Cour Suprême du Népal, 21 déc. 2007, *Sunil Babu Pant and Others v. Nepal Governement and Others.*

Cour constitutionnelle de Colombie, 12 mai 1999.

Lords' Chamber, [1985] 3, All ER 402, *Gillick v/ West Norfolk and Wisbech Area Jealth Authority.*

Tribunal d'arrondissement, 1ère Sect., Luxembourg, 18 déc. 1985.

Cour Suprême du Royaume-Uni, 2 février 1970, *Corbett vs. Corbett.*

Cour Suprême des Etats-Unis, 318 U.S. 479 (1965), *Griswold v. Connecticut.*

V . OUVRAGES COLLECTIFS ET CONTRIBUTIONS

A., ALESSANDRIN

« Normes de genre », in A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendre*, Editions « Des ailes sur un tracteur », 2014.

« Sexe(s)», in A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendre,* Editions « Des ailes sur un tracteur », 2014.

« Intersexe», in A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendre*, Editions « Des ailes sur un tracteur », 2014.

A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBAU

Genre ! L'essentiel pour comprendre, Editions « Des ailes sur un tracteur », 2014.

J. AUDIER

« Vie privée et actes de l'état civil », *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, Tome 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979.

P., AUFIERE

« Changement de sexe et de prénom à l'état civil. Le point de vue de l'avocat », *in* A., FINE (dir.), *Etats civils en question. Papiers, identité, sentiment de soi*, Ed. du CTHS, coll. « Regard de l'ethnologue », n°19, 2008.

C., BARRAUD

« De la distinction de sexe dans les sociétés. Une présentation », in C., ALES et C., BARRAUD (dir.), *Sexe relatif ou sexe absolu?,* Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2001.

E., BEAULIEU et F., HAOUR

« Les différences physiologiques entre l'homme et le femme », in E., SULLEROT (dir.), *Le fait féminin*, Fayard, 1978.

L., BERENI, S., CHAUVIN, A., JAUNAIT, A., REVILLARD

Introduction aux études sur le genre, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2012.

Introduction aux « Gender studies », De Boeck, 2008.

L., BERINI, M., TRACHMAN

Le genre, théories et controverses, Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2014.

A. BERNARD

« Fleurs de papiers, fleurs de tombeaux » *in L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

P., BONFILS, A., GOUTTENOIRE

Droit des mineurs, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 2ème éd., 2014.

D., BORILLO

« Mariage pour tous et homoparentalité, Les péripéties du conservatisme de gauche », in B., PERREAU, J. W., SCOTT, *Les défis de la République. Genre, territoires, citoyenneté*, SciencesPo Les Presses, 2017.

« Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in N., GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité,* Anthémis, 2012.

« Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes ? », in A., SCHUSTER, *Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Forum, 2011.

« Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *in Jurisprudence. Revue critique*, Lextenso, 2011.

M.-E., BOURJAC

« Genre et travail », in A., ALESSANDRIN, B., ESTEVE-BELLEBEAU, *Genre ! L'essentiel pour comprendr*e, Des ailes sur un tracteur, 2014.

J., BRETON

« Conditions du traitement medico-chirurgical des transsexuels », in O., DIAMAND-BERGER (dir.), *Groupe d'études de droit médical. Le transsexualisme. Actes de la réunion du 17 juin*, Masson, 1984.

L., BRUNET, C., FORTIER

« Changement d'état civil des personnes « trans » en France : du transsexualisme à la transidentité » in N., GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Anthémis, 2012.

C., BYK

« Quelle place pour un « troisième sexe » en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire NEIRINCK*, 2015, LexisNexis.

H., CAPITANT, F., TERRÉ, Y., LEQUETTE, F., CHENÉDÉ

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 13ème éd., 2015.

J. CARBONNIER

« Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in* C., PERELMAN, R., VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* Bruxelles, Bruylant, 1984.

P.-H., CASTEL

« Quelques problèmes relatifs à la définition de l'identité sexuelle dans l'anthropologie sociale contemporaine », *in Le discours psychanalytique. Sur l'identité sexuelle, à propos du transsexualisme*, Paris, Editions de l'Association freudienne internationale, 1996.

M.-X., CATTO

« La mention du sexe à l'état civil », in S., HENETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN (dir.), *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, CNRS éditions, 2014.

C., CHILAND

« Bilan de 25 années de travail avec les transsexuels », in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010.

J., COURDURIÈS

« « Re-naître » à l'autre sexe. Le changement de prénom des transsexuels à l'état civil », in A., FINE (dir.), *Etats civils en question. Papiers, identité, sentiment de soi*, Ed. du CTHS, coll. « Regard de l'ethnologue », n°19, 2008.

G., CORNU

« L'âge civil *», in Mélanges en l'honneur de P., ROUBIER*, Dalloz, 1961, t. II.

M., DAURY-FAUVEAU

« Analyse et commentaire de l'avis n°98 du CCNE, Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme », in E., MARTINEZ, F., VIALLA (dir.), *Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique,* LGDJ, coll. « Les grandes décisions », 2013, p. 625-644.

C., DAYER, A., ALESSANDRIN

« Entre invisibilité et sur-visibilité : les transgressions de genre à l'école », in G., FERREOL, E., DUGAS (dir.), *Oser l'autre*, EME, 2014, p. 83-101.

F., DEMICHEL

« Le corps transformé et la nécessaire déstructuration des concepts juridiques », in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre,* LEH, 2010.

D., DEROUSSIN

« Eléments pour une histoire de l'identité individuelle », in B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015.

O., DIAMAND-BERGER (dir.)

Groupe d'études de droit médical. Le transsexualisme. Actes de la réunion du 17 juin, Masson, 1984.

A., DIONISI-PEYRUSSE, M., PICHARD

« Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil), in S., HÉNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD, D., ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français,* CNRS éd., 2014.

E., DORLIN

« Hermaphrodisme », *in Dictionnaire de la pensée médicale*, Paris, PUF, 2004.

A.-D., DREGER

« Intersex and human rights : the long view », in S.E. SYTSMA (dir.), *Ethics and intersexe*, Springer, 2010.

« Hermaphrodites in Love : The Truth of Gonads », in, V.-A., ROSARIO, *Science and Homosexuality*, New Yourk, Routledge, 1997.

F., DREIFUSS-NETTER

« Droit à l'enfant et droit de l'enfant », *in* J.-M., LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps,* Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 159 – 171.

L., DUMONT

« Présentation du guide employeurs, réalisé par l'association Mutatis Mutandis », in A., ALESSANDRIN (dir.), *La transidentité : Des changements individuels au débat de société* , L'Harmattan, 2001, p. 62-68.

J., ELLUL

« Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception » *in* R., DAVID, *Le dépassement du droit,* Sirey, coll. « Les archives de la philosophie du droit », n°8, 1963.

S. ERRINGTON

« Recasting Sex, Gender et Power : A theoritical and Regional Overview », in J, ATKINSON et S. ERRINGTON, *Power and Difference : Gender in Island Southeast Asia*, Stanford University Press, 1990.

M., FABRE-MAGNAN

« La dignité en droit : un axiome », in A.-M., DILLENS, B., VAN MEENEN (dir.), *La dignité aujourd'hui, perspectives philosophiques et théologiques*, Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2007.

B., FEUILLET-LIGER

« Plaidoyer pour un usage parcimonieux de la dignité en droit », in B., FEULLIET-LIGER, K., ORFALI (dir.), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorma international*, Bruylant, 2016.

B., FEULLIET-LIGER, K., ORFALI (dir.)

La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorma international, Bruylant, 2016.

A., FINE (dir.)

Etats civils en question. Papiers, identités, sentiment de soi, Paris, Editions du CTHS, 2008.

N., FISK

« The how, what and why of a disease », in D., LAUB et P., GANDY (dir.), *Proceedings of the Second Interdisciplinary Symposium on Gender Dysphoria Syndrome*, Standford University Medical Center, Palo Alto, 1973.

L., FRANÇOIS, R., PIERRE, W., JEAN-BAPTISTE

« Transsexualisme et droit européen » *in Sexe, sexualité et droits européens*, Pédone, 2007.

S., FREUD

« La féminité » *in Nouvelle conférence d'introduction à la psychanalyse* (1936), Paris, Gallimard, coll. « Idées », 1975.

F., FURKEL

« La situation juridique du transsexuel en République fédérale d'Allemagne », *in* J., POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

« La loi allemande du 10 septembre 1980, sur le transsexualisme : source d'inspiration pour le législateur français ? », *in Mélanges à la mémoire de D. HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 1994.

H., GARFINKEL

« Passing and the management Achievement of Sex Status in a « intersexual » person », in H., GARFINKEL*, Studies in Ethnomethodology, Englewood Cliffs*, NJ, Prentice Hall, 1967.

J., GHESTIN

« Ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in C., PERELMAN et R., VAN DER ELST, *Les notions à contenu variable en droit, Travaux du Centre national de recherches de logique*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.77-97.

M., GOBERT

« Les incidences juridiques des progrès de la science biologique et médicale sur le droit des personnes », *in Génétique, Procréation et Droit*, 1985, Actes Sud, rapport introductif, pp. 161-200.

A., GOUTTENOIRE

« Le contrôle exercé par la Cour de cassation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *in Mélanges F., DEKEUWER-DÉFOSSEZ*, Montchrestien, 2013.

N., GRAFEILLE

« Prise en charge du transsexualisme en 2010 : Expérience bordelaise », in A., ALESSANDRIN (dir.), *La transidentité : Des changements individuels au débat de société*, L'Harmattan, 2011.

F., GRANET

« Le transsexualisme en Europe », *in Le transsexualisme en Europe*, Éd. Du Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2000.

E., GROFFIER

« De certains aspects du transsexualisme en droit québécois. Le corps humain et le Droit », *Travaux de l'association H. CAPITANT*, t. 26, 1977.

Groupe d'études du droit médical

Le transsexualisme : actes de la réunion tenue le 17 juin 1983, Palais du Luxembourg, textes rassemblés par le Dr Odile Diamant-Berger, Paris, Masson, 1984.

V., GUILLOT

« Me dire simplement », in E., PEYRE et al., Mon corps, a-t-il un sexe ?, La Découverte, 2015.

D., GUTMANN

Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille, Paris, LGDJ, 2000.

S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD et D., ROMAN

La loi et le genre, Etudes critiques de droit français, Paris, CNRS Editions, 2014.

S., W. HINZE et A., D. GAINES

« Préface relative aux assises du corps transformé », in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010.

M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH

Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes, Paris, CNRS Editions, 2002.

M., IACUB

« La division des sexes dans le Droit français *», in Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Champs-Flammarion, 2003.

« La question de la vérité dans les arrêts de la Cour de cassation concernant le transsexualisme », *Actes du colloque « Identité sexuée et société »,* Paris, 8 déc. 1995.

F., KERNALEGUEN

« Réalité(s) du principe de dignité humaine dans la jurisprudence française : principe dominant ou dominateur ? » in B., FEULLIET-LIGER, K., ORFALI (dir.*), La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016.

Pr. KLOTZ

« Etat actuel de la question du transsexualisme », *in Le transsexualisme. Droit et éthique médicale*, Masson, 1984.

C., LABRUSSE-RIOU

« La vérité dans le droit des personnes », in B., EDELMAN, M.-A., HERMITTE, *L'homme, la nature et le droit*, C. Bourgeois, 1988.

B., LACROIX

« Les fonctions symboliques des constitutions », in J.-L., SEURIN (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984.

L., LAMBERT-GARREL

« Le transsexualisme en droit française », in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010, p. 177-196.

J., LASCARATOS et S., PERENTIDIS

« Deux cas de changement chirurgical de sexe au IIème siècle avant notre ère : approche historique », p.26-29, in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010.

L., LAUFER, F., ROCHEFORT (dir.)

Qu'est-ce que le genre, Paris, Payot et Rivages, Coll. « Petite Bibliothèque Payot », 2014.

C., LE MAGUERESSE

« La (dis-) qualification pénale des « violences sexuelles » commises par des hommes à l'encontre de femmes », in S., HENNETTE-VAUCHEZ, M., PICHARD, D., ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, CNRS éd., 1014, p. 223-240.

G., LEBRETON

« Le changement de sexe, droit de l'individu », in J.-M., LARRALDE, *La libre disposition de son corps*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2009.

A.-M., LEROYER

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

L., LEVENEUR

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

M., LEVINET

« Les discriminations au regard du mariage dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » *in* H., FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parent-parentalité*, Paris, Dalloz, 2009.

R., LIBCHABER

La recodification du droit des biens *», in, Le Code civil, 1804-2004, Livre du bicentenaire,* Dalloz-Litec, 2004.

P., LIOTARD

« Corps transformé, corps autogéré : le corps comme utopie de soi ? », in J., MATEU, M., REYNIER, F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, LEH, 2009.

D., LOCHAK

« Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Jurisprudence. Revue critique*, Lextenso, 2011.

« L'autre saisi par le droit », *in L'autre. Études réunies pour Alfred Grosser*, 1996.

G., LOISEAU

« L'identité… finitude ou infinitude », in B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015.

I., LÖWY, C., MARRY

Pour en finir avec la domination masculine. De A à Z, Les Empêcheurs de penser en rond, 2007.

B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.)

L'identité, un singulier au pluriel, Paris, Dalloz, 2015.

A., MARAIS

« L'apparence de la personne », *in Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004.

C., MARRO

« L'identité : une construction personnelle aux prises avec les normes de genre », in E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015.

C., MARRY, I., LÖWY

« Hermaphrodites », *in Pour en finir avec la domination masculine. De A à Z*, Paris, Les empêcheurs de tourner en rond, 2007.

N.-C., MATHIEU

« Les transgressions du sexe et de genre à la lumière de sonnées ethnographiques », in M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Éditions, 2002.

J.-P., MARGUENAUD

« Sadisme, masochisme et autonomie personnelle » in O., DUBOS, J.-P., MARGUENAUD, *Sexe, sexualité et droits européens*, Paris, A. Pedone, 2007, pp. 85-92.

H., MAZEAUD

« Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale », *Mélanges de JUGLART*, 1986.

P., MERCADER

« Du déterminisme à la désexuation : le droit face au transsexualisme », in M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Editions, 2002.

M.-T., MEULDERS-KLEIN

« Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard CORNU,* PUF, Paris, 1994.

D., MICHELS

« Les procédures de changements de la mention du sexe à l'état civil », in A., FINE (dir.), *Etats civils en question. Papiers, identités, sentiment de soi,* Paris, Editions du CTHS, 2008.

N., MOLFESSIS

« La dignité de la personne humaine en droit civil », in M.-L., PAVIA, T., REVET, *La dignité de la personne humaine,* Economica, 1999.

J., MONEY

« Le transsexualisme et les principes d'une féminologie », in E., SULLEROT, *Le fait minin*, Paris, Fayard, 1978.

H.-L., MOORE

« The differences within and the differences between », in T., DEL VALLE, *Gendered Antrhopology*, 1993, London & New-York, Routledge, EASA, p. 193-204.

P., MURAT

« L'identité imposée par le droit et le droit de connaître son identité », B., MALLET-BRICOUT et T., FAVARIO (dirs.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015, p.51-73.

M., NAAB

« Gender studies, une appropriation encore timide dans le droit français, *in Jurisprudence. Revue critique*, Lextenso, 2011, p. 21-25.

M., NAAB, P.-Y., VERKINDT

« Regards croisés sur le droit et le genre : (dé) construction et mobilisation de la norme juridique », in *Jurisprudence. Revue critique*, Lextenso, 2011.

C., NEIRINCK (dir.)

L'Etat civil dans tous ses états, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », vol. 47, 2008.

R., NERSON

« Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial », *in Le droit français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950.

G., NEYRAND

« Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », *L'identité de la personne humaine, Étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, 2002.

G., NEYRAND, S., MAKBOUL

Corps sexué de l'enfant et normes sociales. La normativité corporelle en société néolibérale, Érès, 2014.

N., NICOLS-PUGH,

Rapport Louisianais, La vérité et le droit (journées canadiennes), Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, vol. 38, Economica, 1989.

S., NICOT

« Sexe, genre et état civil : vers des droits humains nouveaux ? », *in* E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 288-291.

C., NIHOUL-FEKETE

« Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010.

R., OGIEN

« Dignité humaine : une notion qui apporte plus de confusion que de clarté », in B., FEULLIET-LIGER, K., ORFALI (dir.), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruylant, 2016.

A., OPPENHEIMER

« La sexualité masculine ou comment s'en débarrasser. Réflexions sur la sexualité masculine à partir du transsexualisme », in G., DELAISI DE PARSEVAL, *Les sexes de l'homme*, Seuil, 1985.

I., PAULY

« Gender Identity Disorders », in M., FARBER, *Human sexuality*, t. 1, Mc Millan, 1985.

P., PEDROT

« À propos de la santé de l'enfant. Les lois du 4 mars 2002 : convergence ou divergence ? », *in Le droit et les droits de l'enfant*, L'Harmattan, coll. « champs libres », 2007.

A., PENA

« Droits de la personnalité », in D., CHAGNOLLAUD, G., DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006.

J., PENNEAU

« Rapport de synthèse », *in Le transsexualisme. Droit et éthique médicale*, Masson, 1984.

C., PERELMAN

« Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 363-374.

C., PERELMAN et R., VAN DER ELST

Les notions à contenu variable en droit, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984.

B., PEREZ-JEAN

« Les mamelles de Tirésias : hermaphrodisme et métamorphose dans l'Antiquité gréco-romaine », in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010.

E., PEYRE, J., WIELS, M., FONTON

« Sexe biologique et sexe social », in M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Editions, 2002.

M., PHILBERT

« Transsexualisme et insertion socio-professionnelle », *in Groupe d'études de droit médical, Le transsexualisme, actes de la réunion du 17 janvier 1983, Palais du Luxembourg,* textes rassemblés par O., DIAMANT-BERGER, Masson, 1984, p. 77-90.

M., PICHARD

« Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel BORILLO), *in Jurisprudence. Revue critique*, Lextenso, 2011.

B., POPPESCO

« Obs. III. Hermaphrodisme apparent chez le sexe masculin » *in De l'hermaphrodisme aux point de vue médico-légal et scientifique*, Paris, Rey, 1874.

J. POUSSON-PETIT (dir.)

L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2002.

« Le droit à l'identité sexuelle dans les droits européens », in *L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

B., PY

« Le patient « objet » pédagogique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LexisNexis, 2015, p.119-132.

A.-M., RANJON

« L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », *in L'Etat civil dans tous ses états*, sous la direction de C., NEIRINCK, LGDJ, 2008.

M.-L., RASSAT

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

M., RAZ

« La différence des sexes démêlée », in L., BERINI, M., TRACHMAN, *Le genre, théories et controverses*, Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2014.

Ph. REIGNÉ

« Le notion juridique de sexe », in E., PEYRE et a., *Mon corps a-t-il un sexe ?,* La Découverte, coll. « Recherches », 2015, p. 302-313.

« Etat civil et transidentité. Etat des lieux et perspectives d'évolution », *in Equality and Justice, Sexual Orientation and Gender Identity in XXI Century*, Forum, 2011.

J.-L., RENCHON

« La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? A propos de l'arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique du 17 février 2005 de la Cour EDH », *in Mélanges Francis Delpérée*, Bruylant, 2007 , pp.1309-1320

« Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille » in A., WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

T., REUCHER

« La transidentité entre 10 et 20 ans », in A., ALESSANDRIN, *La transidentité : Des changements individuels aux débats de société*, L'Harmattan, p. 51-59.

S., RIALS

« Les standards, notions critiques du droit », in C., PERELMAN, R., VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherche de logique », 1985.

N., RUBEL

« Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel. En discussion de la conférence de D., BORILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Jurisprudence. Revue critique*, Lextenso, 2011.

J., RUBELLIN-DEVICHI

in Le transsexualisme : actes de la réunion du 17 juin 1983 au Palais du Luxembourg, Groupe d'études du droit médical, textes rassemblés par O., DIAMANT-BERGER, Masson, 1984.

G., RUBIN

« The traffic in women : notes on the « political economy » of sex, *in* R., REITER RAYNA, *Toward an anthropology of women*, New York, Mounthly Review Press, 1975.

C., SAINT ALARY-HOUIN

« La sexualité dans le droit civil contemporain », *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, 1985,t. 33, p.7 à 25.

J. SAVATIER

« La réalité juridique de l'être familial », in G., MARCEL, *Recherche de la famille : Essai sur « l'être familial »,* Editions familiales de France, 1949.

« Le droit civil du mariage et la santé des époux » *in Médecine et Mariage*, GLEM, 1952.

J., SERVAIS (dir.)

Revue de droit belge, t. 5, Bruxelles, Bruylant, 1906-1910.

S., SESE-LEGER

« Du désir du changement de sexe à la métamorphose subjective », in C., CHILAND et al., « Approche psychothérapeutique du transsexualisme », *Perspectives psychiatriques*, 36-4, 1997.

G. SICARD

« L'identité historique » in *L'identité de la personne humaine, Etude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

C. STARCK

« L'égalité en tant que mesure du droit (problèmes d'application du principe d'égalité », in C., PERELMAN, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

V., STOLCKE

« Is sex to gender as race is to ethnicity ? », in T., DEL VALLE, *Gendered Antrhopology*, London & New-York, Routledge, EASA, 1993.

I., THÉRY

« La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », in Ministère de la Justice, *Du divorce et des enfants, Institut National d'Études Démographiques*, PUF, 1985.

A.-C., TURGEON, P., BERNARD-BONNIN, P., GERVAIS, OVETCHKINE, M., GAUTHIER

Dictionnaire de thérapeutique pédiatrique Weber, 2ème éd., Gaëtan MORIN, 2007.

F., VIALLA (dir.)

Les grands avis du Comité consultatif national d'éthique, LGDJ, coll. « Les grandes décisions », 2013.

« Iphis et Atlante », in J., MATEU, M., REYNIER et F., VIALLA, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, LEH, 2010.

J.-L., VIAUX

« L'enfant et l'infraction », *in Colloque, Les enfants de 7 à 13 ans en justice, Septièmes entretiens juridiques annuels de l'ANPASE*, Paris, 15, 16 et 17 mars 1994.

C., VIDAL

« La soi-disant « théorie de genre » à l'épreuve des neuro-sciences », *in* L., LAUFER, F., ROCHEFORT (dir.), *Qu'est-ce que le genre*, Paris, Payot et Rivages, Coll. « Petite Bibliothèque Payot », 2014.

M., VIROLLE-SOUIBES

« Notes sur quelques pratiques et représentations de l'androgynie en Algérie », in M.-C., HURTIG, M., KAIL, H., ROUCH, *Sexe et genre, De la hiérarchie entre les sexes*, Paris, CNRS Editions, 2002.

VI . TEXTES LÉGISLTAIFS ET RÉGLEMENTAIRES

- *Textes français*
    - *Lois*

Loi n° 2017-256, 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique*, *JORF*, n°0051, 1 mars 2017.

Loi n°2017-86, du 27 janvier 2017, *relative à l'égalité et à la citoyenneté*, *JORF*, n°0024, 28 janvier 2017.

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*, *JORF*, n°0269 du 19 novembre 2016.

Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé*, *JORF*, n°0022, du 27 janvier 2016.

Loi n° 2014-873 du 4 août *2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, *JORF,* n°0179, 5 août 2014, p. 1294,

Loi n°2014-344, 17 mars 2014, *relative à la consommation*, *JORF*, 18 mars 2014, p. 5400.

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, *JORF* n°0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 *de financement de la sécurité sociale pour 2013*, *JORF* n°0294 du 18 décembre 2012, p. 19821.

Loi n°2012-410 27 mars 2012 *relative à la protection de l'identité, JORF* n°0075, 28 mars 2012, p. 604.

Loi n°2012-347 du 12 mars 2012, *relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JORF*, n°0062, 13 mars 2012, p. 4498.

Loi n° 2011-334, 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits, JORF*, n°0075, 30 mars 2011, p. 5504.

Loi n°2011-103 du 27 janv. 2011 *relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, JORF*, n°0023, 28 janvier 2011, p. 1680.

Loi organique n°2010-704 du 28 juin 2010 *relative au Conseil économique, social et environnemental, JORF* n°0148, 29 juin 2010, p. 11633.

Loi n°2010-658 du 15 juin 2010, *relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, *JORF* n°0137 du 16 juin 2010 page 10984.

Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire, JORF,* n°0273, 25 novembre 2009, p. 20192.

Loi n°2008-496 du 27 mai 2008, *portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF*, n°0123, 28 mai 2008, p. 8801.

Loi 2007-1787 du 20 décembre 2007 *relative à la simplification du droit, JORF*, n°0296, 21 décembre 2007, p. 20639.

Loi n°2007-128 du 31 janvier 2007, *tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, JORF* n°27, 1 février 2007, p. 1941.

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique, JORF*, n°182, 7 août 2004 p.14040.

Loi n°2002-304 du 4 mars 2002 *relative au nom de famille, JORF*, 5 mars 2002, p. 4159.

Loi n°2000-493 du 6 juin 2000, *tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, JORF*, n°131, 7 juin 2000, p. 8560

Loi n° 2000-196, 6 mars 2000 *instituant un Défenseur des enfants, JORF*, n°56, 7 mars 2000, p. 3536.

Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 *relative au pacte civil de solidarité*, *JORF* n°265 du 16 novembre 1999.

Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 *portant création d'une couverture maladie universelle, JORF*, n°0172, 28 juillet 1999, p. 11229.

Loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 *portant réforme du service national, JORF*, n°260, 8 novembre 1997, p. 16251.

Loi n°94-653, du 29 juil. 1994, *relative au corps humain, JORF*, n°175, 30 juil. 1994, p.11056.

Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, *modifiant le Code civil et relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JORF* n°7, 9 janvier 1993, p. 49.

Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 *relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs*, *JORF* du 26 décembre 1985, p. 15111.

Loi n°84-610, 16 juillet 1984 *relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, JORF*, 17 juillet 1984, p. 2288.

La loi du 23 décembre 1980, n°80-1041, *relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, JORF,* 24 décembre 1980, p. 3028.

Loi n°70-643, 17 juillet 1970, *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, JORF,* 19 juillet 1970, p. 6751.

Loi n°70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale, JORF*, 5 juin 1970, p. 5227.

Loi n°74-631 du 5 juillet 1974, *fixant à 18 ans l'âge de la majorité, JORF* du 7 juillet 1974 page 7099.

Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 *portant réforme du droit des incapables majeurs, JORF du 4 janvier 1968, p. 114, abrogée par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF* n°56, du 7 mars 2007, p. 4325, texte n°12.

Loi n°65-570 du 13 juillet 1965, *portant réforme des régimes matrimoniaux, JORF*, 14 juillet 1965, p. 6044.

Loi du 20 novembre 1919, *modifiant l'article 55 du Code civil, JO* du 21 novembre 1919, p. 13118.

- *Propositions de loi*

Proposition de loi relative à la modification de la mention du sexe à l'état civil, n° 3084, 29 septembre 2015.

Proposition de loi visant à protéger l'identité de genre, n°216, 13 décembre 2013.

Proposition de loi tendant à autoriser les traitements médico-chirurgicaux pour les anormalités de la transsexualité et à reconnaitre le changement d'état civil des transsexuels, n° 260, Sénat, 9 avril 1982.

Proposition de loi tendant à compléter la loi n°75-625 du 11 juillet 1975, instituant la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe, en l'étendant à la discrimination fondée sur l'homosexualité masculine et féminine et à la transsexualité, n°279, Sénat, 13 mai 1981

- *Ordonnances*

Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 *portant réforme de la filiation, JORF*, n°156, 6 juillet 2005, p. 11159.

Ordonnance du 27 janvier 1907 par le Préfet de police de Paris LEPINE.

Ordonnance du 16 brumaire an IX (7 novembre 1800) par le Préfet de police DUBOIS.

Ordonnance du 25 aout 1539, enregistrée au Parlement de Paris le 6 septembre 1539 sur le fait de la Justice, dite de Villers-Cotterêts.

- *Édits*

Edit de Fontainebleau, 18 octobre 1685, ou dit de Révocation de l'Edit de Nantes.

- *Décrets*

Décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 *portant application de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du code de procédure civile, JORF*, n°0121, 28 mai 2013, p. 8733.

Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 *portant modification du code de déontologie médicale, JORF,* n°0108, 8 mai 2012 p. 8479.

Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 *portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée », JORF*, n°0034, 10 février 2010, p. 2398.

Décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008, *relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, JORF* n°0287, 10 décembre 2008, p. 18777.

Décret n°2005-1726 du 30 décembre *2005 relatif aux passeports, JORF*, n°304, 31 décembre 2005, p. 20742.

Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 *relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code Les dispositions réglementaires des parties IV et V du code de la santé publique font l'objet d'une publication spéciale annexée au Journal officiel de ce jour (voir à la fin du sommaire), JORF*, n°183, 8 août 2004, p. 14150.

Décret n°82-103, 22 janvier 1982, *l'Institut national de la statistique des études économiques (iNSEE) effectue les traitements automatises d'informations nominatives nécessaires à la tenue du répertoire national d'identification des personnes physiques*, *JORF*, 9 janvier 1982, p. 413.

Décret n°74-449, 15 mai 1974, *relatif au livret de famille, JORF*, 18 mai 1974, p. 5349.

Décret n°68-148, 15 février 1968*, modification des art. 2, 3, 8 (1er al.), 9, 10, 11, 12 et 13 du décret 62921 du 3 août 1962, modifié par le décret du 10 février 2011, n°2011-167, Instituant une procédure de vérification sécurisée des données à caractère personnel contenues dans les actes de l'état civil, JORF*, n°0036, 12 février 2011, p. 2739.

Décret n°62-921, 3 aout 1962, *modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil, JORF*, 9 août 1962, p. 7918.

Décret n°60-1265 du 25 novembre 1960 *relatif au mode de calcul du délai prévu à l'article 55 du Code civil, JORF*, 1 décembre 1960, p. 10758.

Décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 *instituant la carte nationale d'identité, JORF*, 27 octobre 1955, p. 10604.

Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

- *Arrêté*

Arrêté du 9 mai 2017, *portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares.*

Arrêté du 29 mai 2008 modifiant l'arrêté du 12 juillet 2006 *portant labellisation de centres de référence pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares, JORF*, n°0132, 7 juin 2008 p. 9379.

Arrêté du 19 novembre 2004 *portant labellisation de centres de référence pour la prise en charge des maladies rares, JORF*, n°277, 28 novembre 2004, p. 20246.

- *Circulaires*

Circulaire du 28 octobre 2011 *relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.*

Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 *relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.*

Instruction générale relative à l'état civil, 2 novembre 2004, *JORF* n°272 du 23 novembre 2004, p. 19696.

Circulaire du 10 janvier 2000 *relative à l'instruction générale ayant pour objet de faire la synthèse de la réglementation applicable en matière de délivrance et de renouvellement de la carte nationale d'identité instituée par le décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 modifié, BO Ministère de l'intérieur*, n°1, 2000, p.235.

Circulaire du 22 brumaire an 14.

- *Textes étrangers*

Gender identity, gender expression and sexe characteristics act, 14 avril 2015 (Malte)

Loi néerlandaise, 19 décembre 2013.

Loi Ammiano (USA), n° AB1266, du 12 aout 2013, *Droits de l'élève. Répartition, programme scolaire, activités selon le sexe.*

Loi fédérale australienne n°98-2013, 28 juin 2013, *Sex Discrimination Amendment Act,*

Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften, 7 mai 2013 (All.)

Transsexuellengesetz (All.), 10 septembre 1980

Loi suédoise, 10 janvier 2013.

La Comunidad Autònoma del País Vasco, Lev 14/2012, 28 juin 2012, *No discriminacíon por motivosde identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuals, du Pays-basque espagnol.*

Loi argentine, n°26.743, 23 mai 2012, *établissant le droit à l'identité de genre.*

Loi argentine, 30 novembre 2011.

Loi belge, 10 mai 2007, *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (MB 30.V.2007), modifiée par la loi du 30 décembre 2009 (MB 31.XII.2009) et la loi du 17 août 2013 (MB5.III.2014).*

Loi espagnole n°3 du 15 mars 2007 *sur la rectification de l'enregistrement de la mention relative au sexe des personnes, BOE*, 16 mars 2007.

Gender Recognition Act (Royaume-Uni), 2004.

Loi néerlandaise, 26 septembre 1986.

Loi italienne n°164, 14 avril 1982.

Loi fédérale de la Californie, 17 août 1977.

- *Textes européens*
    - *Directive*

Directive n°2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012, *établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.*

Directive n° 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, *concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.*

Directive n°2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, *concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil.*

Directive n° 2010/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010*concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil.*

Directive n°2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010, *portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE.*

Directive n°2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, *relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail*, cons. 3, *JOUE,* 26 juil. 2006, n° L 204.

Directive n°92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, *concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE)*.

Directive n°79/7/CEE du 19 décembre 1978, *relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.*

Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail

- *Règlement*

Règlement (UE), du Parlement européen et du Conseil, n°606/2013 du 12 juin 2013, *relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile.*

Règlement (CE) n°1234/2008 de la Commission du 24 novembre 2008 *concernant l'examen des modifications des termes d'une autorisation de mise sur le marché de médicaments à usage humain et de médicaments vétérinaire.*

- *Résolutions*

Conseil des Droits de l'homme, résolutions A/HRC/RES/32/2 du 30 juin 2016.

Conseil des Droits de l'homme, résolutions A/HRC/RES/27/132 du 26 septembre 2014.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution de 1952 (2013) *sur le droit des enfants à l'intégrité physique,* 1er octobre 2013.

Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution 1953(2013).

Conseil des Droits de l'homme, résolutions A/HRC/RES/17/19 du 17 juin 2011.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, résolution n°1728(2010) du 29 avril 2010 *relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.*

Parlement européen, résolution du 12 septembre 1989 *sur la reconnaissance du droit de changer de sexe après des traitements médicaux et chirurgicaux et du droit à la reconnaissance juridique du nouveau sexe*.

- *Recommandations*

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, recommandation n° CM/Rec(2010)5 du 31 mars 2010, *sur la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.*

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, recommandation n°1117 du 29 septembre 1989 *relative à la condition des transsexuels.*

VII . THÈSES CITÉES

ALBY

Contribution à l'étude du transsexualisme, Thèse médecine, Paris, 1956.

P., ANCEL

L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité, Thèse de doctorat, Université Dijon, 1978.

G., AUBERT

Trois cas de désir de changer de sexe, Thèse Méd. Lausanne, 1946.

J., AUBY

Droit et biologie, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1952.

J., BECQUART

Les mots à sens multiples en droit français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique, Paris, PUF, 1929.

C., BERGE

Effet de taille et d'adaptation à la locomotion terrestre : analyse multidimensionnelle du pelvis (Primates Catharhiniens, Carnivores) et implications dans l'évolution des Hominidés , Thèse de Doctorat d'Etat ès sciences naturelles, Paris VII.

L., BIARDEAU

Le certificat prénuptial, Thèse, Paris, 1930.

X., BIOY

Le concept de personne humaine en droit public français, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003.

I., BON

Le transsexualisme. Analyse de pratiques médicale et juridique, Thèse de doctorat en droit privé, 25 septembre 1990.

F., BRUNET

La normativité en droit, Thèse, Mare&Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2011.

I., CORNESSE

La proportionnalité en droit du travail, Thèse, Montpellier, Paris, Litec, 2001.

X., DIJON

Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif, Thèse Namur-Bruxelles, 1982.

FOUGEROL,

La figure humaine et le droit, Thèse, Paris, 1913.

R. GAUDRIAULT

La publicité de l'état des personnes. Eléments d'une organisation rationnelle, Thèse, Lyon, 1943.

B., GÉNIAUT

La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe, préface d'A., JEAMMAUD, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », 2009.

H., HURPY

Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes, Thèse, Lyon, 2015.

J., KNETSCH

Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, Thèse, université Panthéon Assas et Université de Cologne, 2011.

C., LAZARUS

Les actes juridiques extrapatrimoniaux. Une nouvelle catégorie juridique, Thèse, Aix-en-Provence, PUAM, 2009.

R., NERSON

Les droits extrapatrimoniaux, Thèse, Lyon, 1939.

I., OYIE NDZANA

L'indisponibilité des droits fondamentaux attachés à la personne, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2001.

A., PELLEGRIN-DAGORN

Contribution à l'étude des problèmes médico-légaux posés par le transsexualisme , Thèse de doctorat en médecine, Marseille, 1978.

J.-C., PELLETIER

Contribution à l'étude du transsexualisme. A propos d'un cas, thèse médecine, Paris, 1967.

E., PEYRE

Etude qualitative et quantitative de la population mérovingienne de la nécropole de Maule (France, Yvelines), Thèse de Doctorat de 3ème cycle, Paris VI, 1977.

P., PICOT

Le respect du secret médical dans les déclarations de l'état civil, Thèse, Paris, LGDJ, 1930.

C., RAJA

Droit de la concurrence et droit de la santé. Etude d'un entrecroisement normatif, Thèse de doctorat, Université Montpellier 1, 2010.

M., REYNIER

L'ambivalence juridique de l'humain. Entre sacralité et disponibilité, Thèse de doctorat, Université Montpellier 1, 2010, Bordeaux, LEH, Coll. Thèses, 2011.

G., ROUSSET

L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin Lyon 3, 2007.

J.-P., SERVEL

La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales, Thèse, Aix-en-Provence, 1978.

G., TAORMINA

Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle, Thèse, Paris XII, 1991.

P., VÉRON

La décision médicale, Thèse, Faculté de droit de Montpellier, 2015.

VIII . FASCICULES ET ÉTUDES

J.-M., AUBY

« Généralités sur le droit médical et hospitalier », *Droit médical et hospitalier*, Litec, éd. perm., fasc. 1.

B., BOSSU

« Les libertés individuelles », *Lamy Droit des personnes et de la famille*, étude 220.

J., BUFFELAN-LANORE

« Actes de l'état civil », *J.-Cl. Civil Code*, Art.99, 101, Fasc. 20.

H., GAUMONT-PRAT

« Transsexualisme » , *Lamy Droit de la Santé*, Tome 2, Etude 336, n° 336.105.

B., MATHIEU

« Droit constitutionnel civil », *JCP A.,* 1997, Fascicule 1449, 1990.

I., MAUGIER-VIELPEAU

« Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. Famille*, 2005, étude 18, n°3.

L., TOPOR

« Etat et capacité des personnes », *Rép. dr. Civ. Dalloz,* 1990, n°1-5.

IX . AVIS, RAPPORTS ET DOCUMENTS DIVERS

- *Avis*

C.C.N.E.

Avis n°126, 15 juin 2017 *sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation* (AMP).

Avis n°30, 27 janvier 1992, *Questions éthiques posées par l'obligation de tests génétiques pour les concurrentes des jeux d'Albertville.*

Conseil d'État

Avis du 2 Brumaire an 11 concernant les formalités à observer pour inscrire sur les registres de l'état civil des actes qui n'y ont pas été portés dans les délais prescrits, *Recueil général des lois et des arrêts*, *Lois annotées*, 1ère série, 1789-1830, Sirey, Paris, 1843, p.614.

Avis 13 Nivôse an 10 sur les formalités à observer pour les rectifications à faire aux registres de l'état civil, *Lois annotées*, 1ère série, 1789-1830, Sirey, Paris, 1843, p.570.

C.N.C.D.H.

Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, Ass. Plén., 27 juin 2013.

C.N.O.M. (Belgique)

Avis n° a14600, *Accompagnement médical du mineur transsexuel*, du 28 juin 2014.

Défenseur des droits

Avis n°17-04 du 20 fév. 2017.

- *Rapport*

Agence européenne des Droits fondamentaux

The fundamental rights situation of intersex people, 2015.

L'homophobie et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les États membres de l'Union européenne, juin 2008 et mars 2009.

M., BLONDIN, C., BOUCHOUX

Rapport d'information n°441, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutte contre la stigmatisation et les exclusions, 23 fév. 1017.

G., BRAIBANT

Rapport « Science de la vie, de l'Ethique au droit », pour le Conseil d'État, Notes et études documentaires n°4588, La Documentation française, 1988.

Conseil de l'Europe

Rapport de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination, 17 mai 2013.

Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU

Discrimination and Violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, 2015.

Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe

La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe, 2011.

Commission des droits de l'Homme d'Australie

Rapport « Sex Files », 2009.

Commission des droits de l'homme de Nouvelle-Zélande

Rapport, « To Be Who I Am », 2014.

Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, 16 mars 2010.

Commission nationale suisse d'éthique pour la médecine humaine (NKE-CNE)

Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'intersexualité, prise de position n°20/2012, novembre 2012.

Complément commun au Rapport supplémentaire des ONG du groupe Radelux au 3ème et 4ème rapport national (2001 – 2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg, *Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg*, Novembre 2012.

Cour de cassation

Rapport annuel de 2013, Livre 3, 9 janvier 2014.

T., HAMMARBERG (Commissaire aux droits de l'Homme*)*

Droits de l'homme et identité de genre, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009.

Haut-Commissaire des Nations-Unies au Conseil des Droits de l'Homme

Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, 17 novembre 2011.

Haute Autorité de Santé

Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prose en charge médicale du transsexualisme en France, nov. 2009.

U., LEMBKE

« Zue situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland », Stellungnahme, *Deutscher Ethikrat*, [En ligne : http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/lembke-stellunghame-intersexualitaet.pdf].

J. E., MENDEZ

Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Assemblée générale de l'ONU, Conseil des Droits de l'Homme, 22ème session A/HRC/22/53, 2013.

Ministère de la Justice

Rénover le droit de la famille, La Documentation française, 1999.

Observatoire National de la délinquance et des réponses pénales

Rapport de synthèse « La criminalité en France », 2014.

Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants

Rapport n°-22/53, Conseil des droits de l'Homme, ONU, 1er février 2013.

S., RODOTÀ,

Rapport sur la « condition des transsexuels », Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 16 aout 1989, doc. 6100.

E., SCHNEIDER

Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective, Conseil de l'Europe, nov. 2013.

A., TAMAR-MATTIS

Report to the UN special rapportuer on torture : Medical treatment of people with intersex conditions as torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, 2012, [En ligne : http://aiclegal.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/10/AIC-Testimone-to-the-United-Nations-to-special-rapporteur-ontorture_December2012.pdf ?utm_source=Intersex+Awareness+Day+2013&utm_campaign=fa26effb2e&utm_medium=email&utm_term=0_11149b9b66-fa26effb2e-418576929].

J., WOWERIES

« HInter Unterschienden verstech sich die Normalität, in Dokumentation. Intersexualität in Diskurs, *Deutscher Ethikrat*, 2012b.

Zwischengeschlecht.org, « Western mutilation a.k.a. Cosmetic genital surgery performed on children », *Switzerland 14th Universal periodic review*, 2012.

W.H.O. (O.M.S.)

Sexual health, human rights and the law, Genève, 2015.

WHO/UN

Interagency statement on involuntary or coerced sterilisation, Organisation Intersex International Australia, 30 mai 2014.

WPATH

Standards of care for the health of transsexual, transgender and gender-nonconforming people, 2009.

- *Autres*

A.P.H.P.

Fille ou garçon ? Le développement des organes génitaux. Livret d'informations.

Archives de l'Anthropologie criminelle et des sciences pénales, 1892, p.104.

Archives générales de médecine, série 2, n°2, 1833.

J., BRETON

« Le transsexualisme », *Conditions du traitement médico-chirurgical des transsexuels*, Paris, 17 juin 1983.

Bulletin de l'Ordre national des Médecins, 1962, n°1.

CHARVILLHAC

Le Guide de l'officier d'état civil, Paris, Rondonneau, 1806.

Commission européenne

Le déséquilibre entre les hommes et les femmes au sein des organes décisionnels des entreprises de l'Union européenne, Questions soumises à la consultation publique, mai 2012.

I.A., HUGHES, C., HOUK, S.F., AHMED, P.A., LEE, LWPES Consensus Group, ESPE Consensus Group

« Consensus statement on management of intersex disorders », *Arch. Dis. Child.,* 2006 ;91 :554-63.

ILGA-Europe

Contribution to the Green Paper Less Bureaucracy for citizens, avril 201

« Information sur l'autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel », *Bull. Acad. Natle Méd*., 2014, 198, n°3, séance du 25 mars 2014.

Lettre du médecin conseil national, 8 juillet 1996, ENSM-GGASIM, n°588/96, p. 2.

Livre vert de la Commission européenne Moins de démarches administratives pour les citoyens (14 déc. 2010 – 30 avril 2011).

P.-A., LEE et al., in collaboration with the participants in the International Consensus on Conference Intersex organized by the Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society and the European Society of Pediatric Endocrinology

Consens Statementon Management in Intersex Desorders, Pediatrics, 2006, p. 488-500. En ligne : [http://www.pediatrics.org/cgi/content/full/18/2ᵉ488].

OII Australia

Open birth sex assignments do not reduce surgical interventions, 2013, [En ligne : http://oii.org.au/flexible-or-open-birt-sex-assignments-have-no-impact-on-surgical-interventions/]

OII Europe

Sham package for intersex : Leaving sex entry open is not an option, 2013, [En ligne : http://oiieurope.org/bluff-package-for-inter-leaving-sex-entry-open-is-not-an-option/]

OII Francophonie

Supposée reconnaissance d'un troisième sexe par l'État allemand : des risques à considérer, Communiqué de presse, [En ligne : http://oiifrancophonie.org /communique-de-presse-de-loii-francophonie /]

« Manifeste du 3ème forum international intersexe du 1er décembre 2013 » ou « Manifeste de Malte », [En ligne :] http://oiifrancophonie.org

Pétition « Enseigner le genre : contre une censure archaïque », Institut Émile du Châtelet, Le Monde, 14 juin 2011.

Principes de Yogyakarta, mars 2007, Comité de l'O.N.U. pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

Propositions de la So.F.E.C.T. pour l'amélioration de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, 8 novembre 2010.

Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'introduction et la diffusion de la théorie du genre en France, n°482 déposée à l'Assemblée Nationale le 7 décembre 2012.

Question au Gouvernement n°1627, *relative à la présence de la théorie du genre dans les manuels scolaires de sciences de la vie et de la Terre*, JO, 29 nov. 2001

Réponse n°1530 du ministre du travail, 31 juillet 2007, *JO A.N.*, 30 octobre 2007, p. 6752.

« Variations de genre ou variations du développement sexuel : de quoi s'agit-il ? », Plateforme d'information Humanrights, 26 janvier 2016.

X . ROMANS

B. AUBERT

Transfixions, Points, 1999.

AYERDHAL

L'Histrion, J'ai lu, 1993.

Sexomorphoses, J'ai lu, 1994.

E. BALAERT

Mary Pirate, Zulma, 2001.

É. BARRIERE

L'inversion du sujet, Les Lettres Libres, 1986.

T. BEN JELLOUN

L'enfant de sable, Éditions du Seuil, 1987.

F. BERTHELOT

Rivage des intouchables, Folio SF, 1990.

N. BLINCOE

Acid Queen, Gallimard collection Série noire, 2000.

F. BOUILLOT

Travesti, Maren Sell, 1991.

N. CHATELET

La Tête en bas, Éditions du Seuil, 2002.

H. CLAUDE

Mort d'une drag-queen, Babel poche, 2007.

H. D'URFE

L'Astrée, 1607-1627.

P. DALBA

Lady Boy, Guy Authier éditeur, 1973.

C. DAMIAN

L'étrangeté du moi, Manuscrit.com, 2008.

H. de BALZAC

Le Curé de village, 1841.

Séraphîta, Ramsay, 1835.

La recherche de l'absolu, 1834.

S., de BEAUVOIR

Le Deuxième sexe, t. II, 1949.

G. de MAUPASSANT

Contes de la bécasse, 1883.

A., de MUSSET

La coupe et les lèvres, 1832.

J.-A., DEBATS

Plaguers, Atalante, 2010.

S. R. DELANY

Triton, Calmann-Lévy, 1977.

F. DELAY,

Catalina, enquête, Éditions du Seuil, 1994.

S. DELHAY

Cherry Darling, CyLibris, 2005.

G. DES CARS

La Maudite, 1954 ; *Une certaine dame*, Flammarion, 1971.

R. DESCOTT

Caïn et Adèle, éditions Jean-Claude Lattès, 2007.

F. DORIN

Les julottes, Plon, 2001.

J. DORNY

Les cupidons sont tombés sur la tête, 2007.

S. DUAL

Le poison de vérité, éditions de la Nerthe, 2001.

J. EUGENIDES

Middlesex, éditions de l'Olivier, 2003.

R. EVERETT

Hello Darling, Balland, 1999 ; *Les Coiffeurs de Saint-Tropez*, Balland, 2000.

D. FORTUNE

Cavale en Normandie, Gilles Gallas éditeur, 2005.

É. FOTTORINO

Caresse de rouge, Gallimard, 2004.

A. F. GARRETA

Sphinx, Éditions Grasset & Fasquelle, 1986.

T. GAUTIER

Mademoiselle de Maupin, 1835.

P. GOURVENNEC

Katia la nuit, Éditions du Seuil, 2003.

P., GUERY

La Rhétorique des culs, Éditions Sens&Tonka/L'une&l'autre, 2011.

J. JOURDAN

Le choix de Juliette, le dilettante, 2009.

E. KERET

Le Grassouillet, Actes Sud, 2005.

J. KEY

Le trompettiste était une femme, Hachette, 2001.

T. LEE

Ne mords pas le soleil, Le Masque Science-fiction, 1976.

P. LEMEBEL

Je tremble, ô matador, Éditions Denoël, 2004.

J.T. LEROY

Sarah, 2004.

C., LOUIS-COMBET

Marinus et Marina, Flammarion, 1979.

E. PAGANO

Les Adolescents troglodytes, P.O.L., 2007.

F. PATAUT

En haut des marches, Éditions du Seuil collection Fiction & Cie, 2007.

E. PESLERBE

Un bras dedans, un bras dehors, Éditions du Rouergue, 2007.

R. RODI

Drag Queen, H&O, 2001.

A. ROGER

Hermaphrodite, Éditions Denoël, 1977

La travestie, Éditions Grasset, 1987.

M. ROSTAND

La Femme qui était en lui, Flammarion, 1933.

P. RYGG

L'effet papillon, L'Aube Noire, 1997.

J. SABATER

Transes, éditions T.G., 2006.

G. SAND

Gabriel, 1839.

S. SARDUY

Cobra, Éditions du Seuil, 1972.

N. SIMSOLO

Un travelo nommé désir, Éditions Baleine, 1996.

A. SLAPOVSKI

Ille, Éditions Kéruss, 2008.

W. STACE

L'Infortunée, Flammarion, 2006.

J. SUEUR

Ne m'appelez plus Julien, L'Harmattan, 2003.

D. THOMAS

Girl, Ifrane Éditions, 1996.

R. TREMAIN

Le royaume interdit, édition De Fallois, 1994.

J. VARLEY

Persistance de la vision, Denoël, 2000.

G. VIDAL

Myra Breckinridge et Myron, réédition Rivages, 2002.

V. WOOLF

Orlando, Librairie générale française, 1993.

XI . COLLOQUES, INTERVENTIONS ORALES, SYMPOSIUM, ENTREVUES

- *Colloques*

A., BARGIACCHI

« Devenir des enfants et des adolescents dysphoriques de genre », in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent, Colloque AFAR, 1er juin 2017.

M., BOHET

« Quand le sexe est ambiguë », in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent, Colloque AFAR, 1er juin 2017.

M., BONIERBALE

« Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent », Colloque AFAR, 1er juin 2017.

J., CHAMBRY

« Du transsexualisme à la dysphorie de genre », in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent, Colloque AFAR, 1er juin 2017.

M.-F., LE HEUZET

« La démarche diagnostique chez l'enfant », in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent, Colloque AFAR, 1er juin 2017.

S., MACHEFAUX

« La démarche diagnostique chez l'adolescent », in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent, Colloque AFAR, 1er juin 2017.

L., MARTINERIE

« Suppression de puberté et réassignation hormonale », in Dysphorie de genre : un nouveau concept chez l'enfant et l'adolescent, Colloque AFAR, 1er juin 2017.

Intervention de N., GALLUS

« Etat civil et transidentité en droit belge, in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

Intervention de A.-M., LEROYER

« L'état civil au prisme du genre : un révélateur de discriminations », propos recueillis à l'occasion des Journées d'étude « Dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

Intervention de B., MORON-PUECH,

« Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

Intervention de M., PICHARD

« Etat des personnes, genre et identité », propos recueillis à l'occasion des Journées d'étude « Dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

Intervention de Ph. REIGNE

« Changement d'état civil des personnes trans : la double impasse », in « Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

Intervention de I., THERY

« Etat civil, genre, identité », Journées d'étude « dimension sexuée de la vie sociale », 9 & 10 juin 2016, organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec dans le cadre des Projets « Etat civil au-delà des frontières » et « Etat civil de demain et transidentité ».

Intervention de V., GUILLOT

« L'intersexuation, une urgence médicale ? Enjeux d'une annonce positive aux parents. Support du workshop pour sages-femmes/accoucheurs et pédagogues curatifs », Congrès « La normativité de genre et ses effets sur l'enfance et l'adolescence », Organisé par l'Université du Luxembourg et Transgender Luxembourg, 2012.

- *Actes de colloque*

M., BEHAR-TOUCHAIS

« Rapport introductif, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, P. A., 30 septembre 1998, n°117, p. 3-11.

Quatrième Conférence mondiale sur les femmes, *Lutte pour l'égalité, le développement et la paix*, Beijing, 4-15 septembre 1995.

- *Entretiens*

Entretien avec le Dr. François MEDJKANE, Lille, le 26 mai 2017.

Entretien avec N., KALFA, Montpellier, le 31 janvier 2017.

Entretien avec le Dr. LAFAYE DE MICHEAUX, de Montpellier, le 12 janvier 2017.

Entretien avec la Dr. J., CHAMBRY, Montpellier, 15 mars 2017.

Entretien le Dr. BOULON, Montpellier, le 23 septembre 2016.

- *Autres*

M.-H.-S., BOURCIER

Émission Culturesmonde, France Culture, « Les nouvelles batailles identitaires, première partie : Lesbienne, gay, queer : que fait le droit aux identités sexuelles ? », 9 mai 2016.

INDEX

Les numéros renvoient à la page.

A

Acte de l'état civil .....176, 178, 215, 265.

Acte de naissance 12, 13, 15, 17 ,22 ,37 et s., 42 et s., 51, 57, 58, 90, 92, 142, 144, 178, 208, 211, 214, 215, 217 et s., 222 et s., 256, 266, 356, 358, 359, 367, 378, 385 et s., 403, 406, 409 et s., 415, 418 et s., 428, 438, 443, 452.

Autorité parentale 194, 197 et s., 203, 204, 287, 288, 304, 327, 333, 335, 336, 338, 340, 343, 372, 376, 388, 473, 474.

B

Binarité sexuée 12, 13, 15, 24, 25, 428, 479.

C

Consentement 29, 52, 149, 157, 158, 160, 177, 185, 187, 188 et s., 205, 206, 251, 255, 257, 261, 289, 310, 312, 314, 336, 337, 338, 341, 351, 359, 403, 434, 436, 441, 452, 458, 459, 461.

D

Divorce 231, 433, 434 et s., 440, 443, 447, 471, 472, 475.

Droit à l'épanouissement personnel .....28, 115, 120, 123, 382, 390, 399, 425, 427.

Droit à l'identité 96, 116, 120, 123, 166, 329.

Droit à la construction de l'identité 116 et s., 121, 122, 136, 207, 349, 350, 380, 410.

Droit à la reconnaissance de l'identité.. 121 et s., 133, 136, 223, 350, 371.

Droit des mineurs..... 326, 327, 474.

Dualité sexuée..... 23, 445, 449, 465.

Dysphorie de genre 19, 24, 69, 165, 272, 275, 285, 293, 294, 297 et s., 303, 306, 332, 451, 458, 473.

E

État civil 18, 21, 23, 24, 32, 36, 38, 40, 43, 44, 46, 48, 49, 52 et s., 61, 62, 66, 69, 71, 73, 84, 92, 93, 95, 96, 99, 105, 107, 112, 114, 118, 122, 124, 125, 129 et s., 135, 136, 139, 140, 142, 143, 144, 159, 176, 189, 203 et s., 210 et s., 220 et s., 230, 237, 240, 246, 248, 249, 258 et s., 288, 296, 316, 318, 333, 334, 353 et s., 357 et s., 375, 374 et s., 379 et s., 393 et s., 399, 401, 404, 408 et s., 416, 419 et s., 429, 436, 441, 447, 448, 452, 453, 455, 462, 465 et s., 472, 476.

État d'intersexuation
État d'intersexuation physique .....*16, 20, 77, 78, 80, 81, 83, 86, 91, 143, 145, 172, 173, 176, 185, 193, 206, 208, 217, 218, 222, 224, 233, 309, 311, 312, 316 et s., 321 et s., 337, 347, 368, 410, 437, 473.*
État d'intersexuation psychique ...*16, 19, 83, et s., 90, 143, 206, 369, 434, 455, 463.*

F

Filiation 21, 40, 50, 51, 92, 121, 252, 253, 256, 266, 270 et s., 284, 376, 378, 382, 384, 386, 388, 391, 392, 409, 410, 423 et s., 428, 430 et s., 438, 443, 447 et s., 461 et s., 471, 472, 475.

G

Genre 14, 17 et s., 30, 31, 34, 45, 50, 62, 67, 71, 78, 85, 91, 94, 96 et s., 120, 123, 136, 139 et s., 149, 174, 180 et s., 190, 207, 215, 216, 221, 251, 254, 259, 263, 268 et s., 273, 287, 296, 306, 312, 313, 321, 332, 333, 335, 336, 343, 350, 356, 357, 364, 366, 369, 377 et s., 386, 391, 393 et s., 399 et s., 407, 408, 410, 411, 414, 419 et s., 423, 425, 463, 474 et s.

H

Hermaphrodite 19, 20, 28, 42, 57, 78, 81, 90, 142, 169, 170, 173, 182, 208, 466.

I

Immutabilité 23, 24, 28, 33, 47 et s., 57, 59, 93, 231, 267, 269, 410.

Indisponibilité 23, 24, 28, 30, 33, 34, 48, 50 et s., 56, 57, 59, 93, 133, 142, 229, 230 et s., 238, 240, 244, 252, 260, 266, 267, 269, 410.

Intersexe 16, 19, 20, 24, 26, 29, 49, 74, 78 et s., 86, 90, 96, 99, 110, 118, 139, 141, 144 et s., 148, 149, 167, 168, 170 et s., 176, 177, 179, 181 et s., 185, 192, 195, 197, 198, 203 et s., 214, 217, 218, 220, 222 et s., 254, 257, 259 et s., 263, 264et s., 304, 327, 329, 331 et s., 342, 344 et s., 354, 356, 358, 366, 368, 370, 371, 380, 386 et s., 397 et s., 401, 403, 404, 409, 410, 413, 417, 420, 421, 425, 428 et s., 433, 435, 437, 441, 444, 445, 455, 458, 461, 464, 468 et s., 474.

M

Mariage 36, 44, 45, 49, 51, 72 et s., 169, 211, 213, 214, 217, 218, 257, 271, 272, 305, 359, 360, 367, 388, 392 et s., 409, 423, 430, 431 et s., 450, 455, 456, 458, 465, 471, 475, 477, 478.

Mutilations 132, 150, 154, 155, 159, 169, 171, 172, 178, 185, 193, 199, 250, 263, 311, 313, 320, 338, 341, 342, 345, 346, 349, 350, 415.

N

Neutralisation 26, 411 et s., 416 et s., 421 et s., 426 et s., 436, 456, 467, 471, 472, 476.

Neutralité 98, 141, 312, 378, 396, 397, 409, 426, 467, 468.

P

Parcours de soin 160, 276 et s., 280 et s., 285, 286, 292, 293, 297, 299 et s.

Possession d'état 50, 51, 247, 250 et s., 266, 371, 376, 386, 449, 450, 452, 454, 459, 462, 463.

Prise en charge 25, 119, 148, 152, 153, 159, 161 et s., 170, 175, 183, 184, 192, 193, 198, 206, 250, 263, 274 et s., 311 et s., 338, 344, 349, 353, 355, 375, 450, 459, 473, 474, 477.

Procréation médicalement assistée 89, 121, 231, 344, 382, 423, 454, 457 et s.

S

Sexe neutre 142, 217, 222, 236, 359, 360, 361, 400, 402, 410, 430, 470, 474.

Sexe psychosocial 67 et s., 71, 75, 76, 81, 82, 85, 99, 102, 191, 222, 253 et s., 260, 269, 355, 433, 470.

T

Transsexualisme 16, 19, 20, 50, 51, 53, 63, 71, 76, 77, 84 et s., 142, 143, 150 et s., 158, 161 et s., 171, 185, 188 et s., 192, 222, 225, 226, 228 et s., 233 et s., 237, 238, 244, 261, 267, 269, 272, 275, 277, 278, 280 et s., 286 et s., 294 et s., 306, 308, 369, 393, 434, 437, 458.

Transsexuel 19, 20, 26, 29, 49, 53, 56, 66, 68, 73, 74, 84 et s., 96, 98, 99, 107, 113, 119, 120, 124, 132, 137, 140, 144 et s., 153 et s., 157, 159 et s., 171, 174, 185, 187 et s., 205 et s., 224 et s., 232 et s., 237, 239, 242, 244 et s., 248, 250 et s., 254 et s., 261, 264, 267, 271, 274 et s., 285 et s., 298, 301, 304 et s., 310, 311, 318, 325, 326, 328 et s., 339, 349, 352, 355, 357 et s., 362, 364, 366 et s., 401, 407, 409, 418, 423, 427, 430 et s., 443, 447, 449, 450, 452, 456, 458 et s., 471, 474, 477, 478.

Troisième sexe 26, 216, 361, 398 et s., 406 et s., 410, 413, 420, 426, 456, 472, 476, 477.

V

Variation du développement génital..... 78, 268, 275, 300, 313, 322, 344, 389, 443, 446.

Vie privée 25, 30, 42, 67, 75, 95, 96, 112 et s., 121, 122, 124 et s., 135, 137, 142, 143, 148, 164, 168, 187, 203, 204, 209, 215, 227, 232, 237, 238, 240, 241, 248, 256, 257, 266, 268, 270, 279, 298, 302, 319, 327, 335, 344, 349, 251, 352, 355 et s., 362, 372, 380, 381, 385, 387, 402, 407, 411, 413, 415, 419, 439, 445, 451, 452, 470, 471, 473.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABREVIATIONS **10**

SOMMAIRE **16**

INTRODUCTION **18**

PREMIERE PARTIE : AMBIVALENCE DU SEXE, ETATS D'INTERSEXUATION ET DROIT **36**

TITRE PREMIER : LE SEXE À L'ÉPREUVE DES ÉTATS D'INTERSEXUATION : L'ÉMERGENCE DU GENRE 40

CHAPITRE PREMIER : LES ÉTATS D'INTERSEXUATION RÉVÉLATEURS DE L'OBSOLESCENCE DU SEXE *44*

SECTION PREMIERE : UNE OBSOLESCENCE AMORCÉE PAR LA CRISE DE L'ÉTAT DES PERSONNES 48

I . Le sexe, un attribut historique mais relatif de l'état des personnes 51

A . Un attribut historique de l'état des personnes 52

B . La relativité du caractère historique du sexe à l'état civil 57

II . Le sexe, un attribut soumis aux caractères de l'état des personnes 62

A . La triple protection des attributs de l'état des personnes 63

B . Une protection obsolète pour un état civil inapproprié 68

SECTION SECONDE : UNE OBSOLESCENCE ACHEVÉE PAR LES RÉVÉLATIONS MÉDICALES SUR LE SEXE 76

I . Le sexe, un concept intrinsèquement fragmenté 78

A . Les composantes du sexe 79

B . La conception juridique du sexe : une approche restrictive, incomplète et erronée 88

II . Une obsolescence révélée par l'émergence d'« états intersexuels » 92

A . Les états d'intersexuation physique 93

B . L'état d'intersexuation psychique 100

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE **110**

CHAPITRE SECOND : GENDER IS THE NEW SEX OU LE GENRE, CE NOUVEAU SEXE *114*

SECTION PREMIÈRE : L'INTERDÉPENDANCE DES NOTIONS DE SEXE ET DE GENRE 116

I . Le genre : une notion définie 117

A . Brefs éléments de compréhension à propos du genre 118

B . Une notion étroitement liée à celle de sexe 122

II . L'intégration progressive du genre en Droit 124

A . La phase de réticence 125

B . L'impulsion européenne et la naissance de l'identité de genre 128

SECONDE SECTION : LA NAISSANCE DES DROITS RELATIFS À L'IDENTITÉ 133

I . Genre et vie privée : une association au profit des droits relatifs à l'identité de genre 134
A . Du droit à la construction de l'identité..... 136
B . Au droit à la reconnaissance de l'identité 141
II . L'identité, des droits au service d'une double instrumentalisation de l'état civil 145
A . Les droits attachés à l'identité : des droits subjectifs..... 146
B . L'état civil d'aujourd'hui : entre impératifs de stabilité/sécurité juridique et revendications identitaires 150
CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE 158

CONCLUSION DU TITRE PREMIER..... 160

TITRE SECOND : PRATIQUES JURIDIQUES ET MÉDICALES DOUTEUSES DES ÉTATS D'INTERSEXUATION 168

CHAPITRE PREMIER : LA MÉCONNAISSANCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DES DROITS DES PATIENTS 172
SECTION PREMIÈRE : L'ARTIFICIALITÉ DU BUT MEDICAL 176
I . L'enjeu dépassé de la pathologisation du transsexualisme 177
A. La pathologisation au secours des interventions médicales 179
B . La pathologisation justifiant la prise en charge financière du parcours de soin 188
II . L'enjeu inexistant de la reconnaissance d'une nécessité médicale pour les actes de normalisation sexuelle 196
A . Des mutilations difficilement justifiables 198
B . Une évolution optimiste de la pratique médicale 206
SECTION SECONDE : L'INEXISTENCE DES BASES DU COLLOQUE SINGULIER 214
I . L'ambivalence du consentement et de l'information pour les personnes transsexuelles..... 215
A . Les conditions particulières de l'information relative au processus de transition 216
B . L'instrumentalisation du consentement..... 217
II . Information et consentement dans la prise en charge des personnes intersexes : le choix inopportun des acteurs du colloque singulier 221
A . L'acteur secondaire : le mineur 222
B . Les acteurs principaux : les parents ou représentants légaux 227

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER 234

CHAPITRE SECOND : LA RELATIVE RÉSISTANCE DU DROIT FACE AUX DEMANDES CONCERNANT LE SEXE 238
SECTION PREMIÈRE : DES CONDITIONS D'ASSIGNATION RÉVÉLATRICES DE FICTIONS..... 240
I . La remise en cause de la binarité sexuée..... 241
A . L'absence de fondement légal de la binarité sexuée 242
B . Le rôle purement administratif des officiers d'état civil..... 247
II . Des délais d'assignation inadaptés 251
A . Tentatives de justification 252

B . La faculté de rectifier le sexe comme justification suffisante 256
SECTION SECONDE : LA PRISE EN COMPTE DU FAIT TRANSSEXUEL PAR LE DROIT : DE L'INDISPONIBILITE DE L'ETAT DES PERSONNES AU DROIT DE CHANGER DE SEXE 260
I . L'inconstance du régime prétorien 261
A . La position jurisprudentielle avant 1992 : Des appréciations créatrices d'insécurité juridique 263
B . Le revirement incomplet de 1992 271
II . La consécration d'un droit au changement de sexe 281
A . L'accueil mitigé des nouvelles dispositions : la fin de la médicalisation du syndrome, mais le maintien de la déjudiciarisation 283
B . La création d'une possession d'état de sexe 287
CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE 296

CONCLUSION DU TITRE SECOND 300

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 304

SECONDE PARTIE : UNE COHABITATION DIFFICILE ET UNE MISE A NIVEAU NECESSAIRE DU DROIT 312

TITRE PREMIER : LES DYSFONCTIONNEMENTS DES RÉGIMES ACTUELS : ENTRE INVISIBILITÉ ET SUR-VISIBILITÉ 314

CHAPITRE PREMIER : L'ABSENCE DE CADRE DANS LES PRATIQUES MÉDICALES : DES PRISES EN CHARGE ALÉATOIRES 316
SECTION PREMIÈRE : L'ABSENCE DE PRATIQUES UNIFORMES SUR LA PRISE EN CHARGE DES PERSONNES TRANSSEXUELLES 318
I . Des protocoles de prise en charge dénoncés par les patients 319
A . La prise en charge des transsexuels majeurs 320
B . La prise en charge des transsexuels mineurs 328
II . Propositions d'amélioration de la prise en charge médicale de la dysphorie de sexe 335
A . Propositions d'amélioration en amont du parcours effectif de soin 336
B . Propositions d'amélioration du parcours de soin *stricto sensu* 340
SECTION SECONDE : LA PRISE EN CHARGE DES PERSONNES SOUFFRANT DE VARIATIONS DU DÉVELOPPEMENT GÉNITAL 350
I . Vers une pratique bienveillante 351
A . Le ménagement nécessaire de l'annonce du diagnostic 352
B . Le ménagement de la prise en charge médicale 355
II . Une volonté affirmée de plus de visibilité pour une véritable reconnaissance des V.D.G. 359
A . La reconnaissance par la visibilité sociale 360
B . Une visibilité au sein de la communauté médicale nécessaire 363
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER 368

CHAPITRE SECOND : DES ATTEINTES MANIFESTES ET CARACTÉRISÉES AUX DROITS FONDAMENTAUX *370*

SECTION PREMIÈRE : LES ATTEINTES SPÉCIFIQUES AUX DROITS DES MINEURS 372

I . L'ambivalence de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son application aux états d'intersexuation 373

A . Éléments de compréhension sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant 374

B . Les implications concrètes de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les états d'intersexuation 377

II . L'absence de *modus restituti* pour les atteintes à l'intégrité du corps du mineur 384

A . L'instabilité du modèle réparatoire 385

B . La prévalence du modèle indemnitaire 391

SECTION SECONDE : LES ATTEINTES AUX DROITS FONDAMENTAUX 396

I . Les atteintes au corps : Entre vie privée et dignité 397

A . La notion de dignité en renfort du respect de l'intégrité du corps 397

B . La dignité, une ramification du respect dû à la vie privée au service de l'intégrité du corps 402

II . Les atteintes à l'égalité : les discriminations subies 408

A . La spécificité des discriminations envers les personnes en état d'intersexuation 410

B . Les outils de lutte effective contre les discriminations sur l'identité de genre 414

CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE 418

CONCLUSION DU TITRE PREMIER 420

TITRE SECOND : ESSAIS POUR UNE APPRÉHENSION PLUS RÉALISTE DU SEXE EN DROIT 424

CHAPITRE PREMIER : UNE NOUVELLE PLACE POUR LE SEXE À DÉFINIR ENTRE NEUTRALITÉ ET NEUTRALISATION *426*

SECTION PREMIÈRE : PRÉALABLES NÉCESSAIRES À LA RÉFORME DU SEXE À L'ÉTAT CIVIL 428

I . La réforme nécessaire de l'état civil 429

A . La mutation de l'état civil 429

B . Un environnement juridique propice à la mutation de l'état civil 434

II . De l'art de réformer sur le sexe 437

A . Quelques aspects de légistique 438

B . Options envisageables pour une réforme du sexe à l'état civil 441

SECTION SECONDE : LE CHOIX CORNÉLIEN ENTRE NEUTRALITÉ ET NEUTRALISATION DU SEXE 446

I . Une neutralité discutée 447

A . La nécessité de mettre un terme à la binarité 448

B . La mise en œuvre chaotique d'un troisième sexe 452

II . Une neutralisation à maîtriser 460

A . Des aménagements nécessaires 461

B . Conséquences et implications *de lege feranda* 470

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER 474

CHAPITRE SECOND : QUELQUES AMÉNAGEMENTS PRATIQUES ET FONCTIONNELS POUR UN ÉTAT CIVIL HARMONIEUX *480*

SECTION PREMIÈRE : SEXE ET UNION MATRIMONIALE : ENTRE PSEUDO SILENCE LÉGISLATIF ET CACOPHONIE DOCTRINALE 481
I . Divorce et place de l'époux « binaire » 483
A . À la recherche d'une cause de divorce adéquate 483
B . La place du conjoint dans les décisions relatives au changement de sexe 487
II . Entre nullité et caducité du mariage 490
A . La nullité du mariage pour erreur 491
B . L'ébullition doctrinale autour de la caducité du mariage 494
SECTION SECONDE : SEXE ET FILIATION : DES DÉSIRS DE FILIATION BIOLOGIQUE À L'OPPORTUNITÉ D'UNE FILIATION SOCIALE 500
I . Filiation biologique et chimères issues de la loi « *J21* » 501
A . Les cas des « parents géniteurs » : entre homme enceint et mère géniteur 502
B . Les conséquences en termes d'établissement de la filiation : la fin des présomptions 505
II . Techniques procréatives et filiation sociale 508
A . Procréation médicalement assistée et autoconservation des gamètes 509
B . Vers une généralisation de la filiation sociale ? 513
CONCLUSION DU SECOND CHAPITRE 518

CONCLUSION DU TITRE SECOND 524

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 528

CONCLUSION GENERALE 532

BIBLIOGRAPHIE 538

INDEX 678

TABLE DES MATIERES 682

La binarité sexuée est une vérité qui semblait, jusqu'à aujourd'hui incontestée et incontestable. Si bien que, mises à part les désignations genrées présentes dans le Code civil, ce dernier n'a pas jugé utile de préciser que les sexes qui devaient être inscrits sur les actes de l'état civil, devaient être exclusivement féminin ou masculin. Cependant, en pratique, l'appartenance exclusive à l'un des deux sexes consacrés n'est pas une règle universelle.

C'est ainsi que les états d'intersexuation sont venus ternir le tableau, en affirmant que le sexe n'était pas une entité unique mais un bloc de différentes composantes, objectives et subjective, qui ne sont pas nécessairement concordantes entre elles. D'une part, l'intersexuation physique, se caractérisant par une variation du développement génital (V.D.G.) s'analyse comme une non concordance des composantes objectives du sexe, c'est-à-dire, toutes celles qui dépendent d'un déterminisme biologique. D'autre part, l'intersexuation psychique, autrement appelée transsexualisme, ou dysphorie de genre, ne sous-entend qu'une discordance entre les composantes objectives et la composante subjective, le sexe psychosocial. En d'autres termes, la personne est biologiquement d'un sexe déterminé, mais elle se sent appartenir à l'autre sexe.

Ces deux états ont vocation à remettre en cause la place du sexe dans les actes de l'état civil à deux niveaux. D'un côté, les personnes dites « intersexes » vont nous faire nous interroger sur la véritable valeur de l'état civil si ce dernier ne prend pas en compte la variation dans ses énonciations. Seulement, cette interrogation semble être contrée par certaines pratiques médicales, qui, sous la contrainte à la fois des parents et de la société binaire, assignent des jeunes intersexes dans les jours qui suivent la naissance, alors même qu'aucune nécessité médicale ne vient justifier cet acte. De l'autre côté, les personnes transsexuelles remettent en cause les fondements de l'état des personnes et notamment le principe de l'immutabilité.

De plus, les certitudes sur le sexe en Droit sont bouleversées par le développement des droits fondamentaux issus d'une interprétation toujours plus large de l'article 8 de la C.E.D.H. Ainsi, découle du droit au respect de la vie privée, le droit à l'épanouissement personnel, qui lui-même a rendu possible l'émergence des droits relatifs à l'identité, dont l'identité de genre. Ils se divisent en deux entités avec d'une part, le droit à la construction de l'identité de genre et d'autre, le droit à sa reconnaissance.

Toutes ces considérations ont fait muter la mission de l'état civil, qui ne remplit plus uniquement une mission identifiante et de police civile au bénéfice de l'État et de l'intérêt général, mais qui devient le lieu privilégié des revendications identitaires, au bénéfice des individus. Dès lors, le genre devient admis en Droit, d'autant plus que la C.E.D.H. se positionne en faveur du développement de cette seconde mission.

Au regard de ces éléments, nous pouvons affirmer qu'une réforme de la mention du sexe à l'état civil est opportune, ne serait-ce que pour éviter les probables condamnations de la Cour européenne. Cette réforme devrait assurer le respect dû à la vie privée des personnes en état d'intersexuation tant en limitant les situations stigmatisantes dont elles pourraient être victimes. Elle pourrait par ailleurs, prendre deux formes selon qu'elle se placerait en faveur d'un abandon ou de la mise en place d'une nouvelle mention. Dans la première hypothèse, une neutralisation du sexe serait envisagée et pourrait prendre deux formes. La première s'analyse en une neutralisation totale, c'est-à-dire, qu'aucune mention du sexe n'apparaitrait sur les actes de l'état civil. La seconde serait partielle dans la mesure où le sexe serait une mention cachée, ou rationnalisée, avec l'aide de nouvelles techniques d'identification, comme la biométrie.

Sexed binarity is a truth which seemed, until now uncontested and undeniable. So that, put except for designations genrées present in the Civil code, this last considered to be useful to specify only the sexes which were to be registered on the acts of the civil status, were to be exclusively female or male. However, in practice, the exclusive membership of the one of the two devoted sexes is not a universal rule.

Thus the states of intersexuation came to tarnish the table, by affirming that the sex was not a single entity but a block of various components, objective and subjective, which are not necessarily concordant between them. On the one hand, the physical intersexuation, being characterized by a variation of the genital development (V. G. D.) is analyzed like nonan agreement of the objective components of the sex, i.e., all those which depend on a biological determinism. In addition, the psychic intersexuation, otherwise called transsexualism, or dysphorie of kind, implies only one discordance between the objective components and the subjective component, the psychosocial sex. In other words, the person is biologically of a determined sex, but it feels to belong to the other sex.

These two states have authority to call into question the place of the sex in the acts of the civil status on two levels. On a side, the people known as "intersexes" will make us wonder about the true value of the civil status if this last does not take into account the variation in its statings. This interrogation seems to be countered by certain practices medical, which, under the constraint at the same time of the parents and the binary company, assigns young people intersexes in the days which follow the birth, while at the same time any medical need does not come to justify this act. Other side, the people transsexuals call into question the bases of the state of the people and in particular the principle of immutability.

Moreover, the certainty on the sex in Right are upset by the development of the basic rights resulting from an interpretation increasingly broader of article 8 of the C.E.D.H. Thus, rises from the right to the respect of the private life, the right to the personal blooming, which itself made possible the emergence of the rights relating to the identity, of which gender identity. They are divided into two entities with on the one hand, the right to construction of the gender identity and other, the right to its recognition.

All these considerations made transfer the mission of the civil status, which does not fulfill only any more one identifying mission and of civil police for the benefit of the State and the general interest, but which becomes the privileged place of the identity claims, for the benefit of individuals. Consequently, the kind becomes allowed in Right, more especially as the C.E.D.H. positions in favour of the development of this second mission.

Taking into consideration these element, we can affirm that a reform of the mention of the sex to the civil status is convenient, would be this only to avoid the probable judgments of the European Court. This reform should ensure the respect due to the private life of the people in a state of intersexuation so much by limiting the stigmatizing situations of which they could be victims. It could in addition, to take two forms according to whether it would be placed in favour of an abandonment or installation of a new mention. On the first assumption, a neutralization of the sex would be considered and could take two forms. The first is analyzed in a total neutralization, i.e., that no mention of the sex appears on the acts of the civil status. The second partial insofar as the sex would be a hidden mention, or would be rationalized, with the assistance of novel methods of identification, like biometrics.