



HAL
open science

Homme/Femme : de quel sexe juridique êtes-vous?

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Homme/Femme : de quel sexe juridique êtes-vous?. Lucile Guittienne; Marlène Prost. homme-femme: de quel sexe êtes-vous?, Presses Universitaires de Nancy, 2009, 978-2-86480-979-1. hal-01239251

HAL Id: hal-01239251

<https://hal.science/hal-01239251>

Submitted on 7 Dec 2015

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.

Hommes/Femmes : de quel sexe *juridique* êtes-vous ?

Daniel BORILLO¹

La réponse est claire de l'un ou de l'autre. C'est comme ça et pas autrement !

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

- l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ;
- la reconnaissance de cet état par la société (état civil) ;
- l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui qui le porte.

1. Daniel BORRILLO, Juriste, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

homme - femme : de quel sexe êtes-vous ?

Hermaphrodisme

Il arrive toutefois que l'enfant possède des organes sexuels des deux sexes². En tout état de cause, selon la jurisprudence « 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 »³. De surcroît, l'*Instruction générale relative à l'état civil* précise que « lorsque le sexe du nouveau né est incertain », il convient d'éviter de porter l'indication « sexe indéterminé » et l'officier d'état civil doit conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur⁴.

Ce phénomène est connu scientifiquement aujourd'hui sous le terme d'intersexualisme⁵, considéré plus approprié que *hermaphrodisme*.

Cas de force majeure, l'hermaphrodisme permet une modification du sexe déclaré, considéré comme résultant d'une erreur matérielle du fait de l'incertitude initiale. Dans un arrêt du 22 juin 2000, la cour d'appel de Versailles considère que les parents ne peuvent pas disposer librement du sexe de leur enfant. Toutefois, cette règle n'élimine pas complètement l'importance de la volonté des parents. Conseillée par le corps médical, la transformation du physique de l'enfant ne peut être réalisée que si ces derniers l'acceptent.

2. Dans l'Antiquité gréco-romaine l'hermaphrodisme était considéré comme une forme de monstruosité, « les êtres pourvus de deux sexes semblent avoir été impitoyablement éliminés, comme des monstres, c'est-à-dire comme des signes funestes envoyés aux hommes par les dieux pour manifester leur colère et pour annoncer la destruction de l'espèce humaine », Luc Brisson, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Les belles lettres, Paris, 1997, p. 9.

3. CA Paris, 18 janvier 1974 : D. 1974, p. 196 concl. Granjon.

4. Art. 288.

5. Caractérisé par la présence chez un même sujet de tissu testiculaire et de tissu ovarien séparés ou fusionnés en un seul organe.

Hommes/Femmes : de quel sexe juridique êtes-vous ?

Transsexualisme

Dans l'ordre binaire des genres, il ne peut exister juridiquement que deux sexes : mâle et femelle. Tous ceux et celles qui ne s'accrochent pas de l'une ou de l'autre de ces catégories sont exclus. Pendant longtemps, la justice n'autorisait pas le changement juridique de sexe même si la médecine permettait la réassignation sexuelle⁶ et malgré la mobilisation des personnes transsexuelles afin d'obtenir la rectification de leur état civil. Les juges refusaient systématiquement la modification des actes de naissance, fondés sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. De surcroît, les médecins qui pratiquaient une opération chirurgicale ne se trouvaient pas à l'abri des sanctions pénales⁷, en particulier lorsque le diagnostic de transsexualisme n'avait pas été établi avec certitude selon les règles médicales habituellement recommandées⁸. « Un chirurgien urologue ayant procédé à l'ablation de l'appareil génital externe masculin d'un patient désirant mettre son corps en harmonie avec le sentiment d'appartenir au sexe féminin, justifie légalement sa décision à la cour d'appel qui, pour retenir la culpabilité de ce médecin du chef de coups et blessures volontaires avec préméditation, énonce, en appréciant souverainement les éléments de fait qui lui étaient soumis, que cette opération n'a pas été faite dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien, et en déduit que celui-ci n'était pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi⁹. » Il est donc indispensable pour la licéité de l'acte qu'il s'agisse d'un cas indiscutable de transsexualisme, ce qui ne peut

6. La chirurgie de réassignation sexuelle est efficace et médicalement indiquée dans les troubles de l'identité de genre. Chez les personnes qui sont diagnostiquées comme transsexuelles, la chirurgie de réassignation sexuelle est un traitement prouvé comme véritablement efficace après une thérapie hormonale et une expérience de vie sociale dans le nouveau sexe.

7. Les juges considéraient à une époque que le traitement chirurgical constituait l'infraction définie à l'article 309 de l'ancien code pénal (L. Granjon, concl. sur CA Paris, 18 janv. 1974, D. 1974.196, voire le crime de castration (P. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 2e éd., 1976, Dalloz, no 671 et s.).

8. « Le transsexualisme », Actes de la réunion du 17 juin 1983 organisée par le groupe d'études du droit médical, coll. Médecine légale et Toxicologie médicale, Masson, 1984.

9. Cass. Crim., 30 mai 1991.

TABEAU GÉNÉRAL ET MÉTHODIQUE DES HERMAPHRODITES.

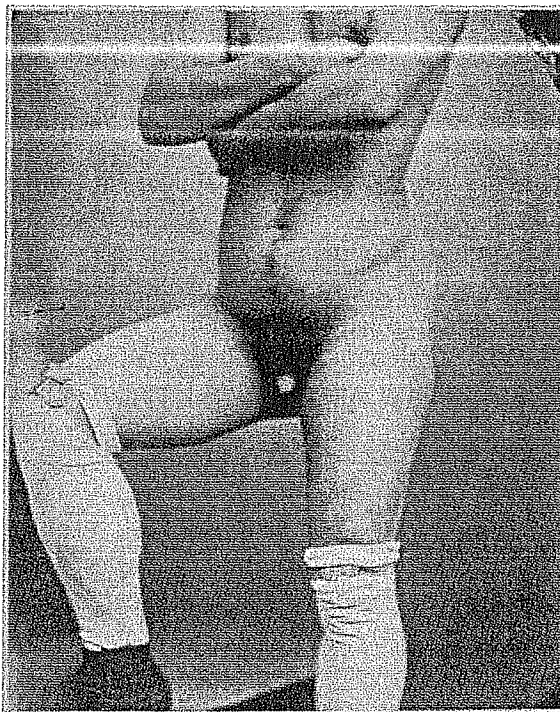
<p>HERMAPHRODITES</p> <p>1^{re} CLASSE</p> <p>HERMAPHRODITES</p> <p>2^{de} CLASSE</p> <p>HERMAPHRODITES</p> <p>3^e CLASSE</p> <p>HERMAPHRODITES</p> <p>4^e CLASSE</p>	<p>Appareil sexuel masculin et féminin.</p> <p>Appareil sexuel masculin et féminin.</p> <p>Appareil sexuel masculin et féminin.</p> <p>Appareil sexuel masculin et féminin.</p> <p>Appareil sexuel masculin et féminin.</p> <p>Appareil sexuel masculin et féminin.</p> <p>Appareil sexuel masculin et féminin.</p>	<p>HERMAPHRODITES MASCULIN.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMMIN.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p>	<p>Les organes mâles et femelles sont séparés.</p> <p>Les organes mâles et femelles sont réunis.</p> <p>Les organes mâles et femelles sont réunis.</p> <p>Les organes mâles et femelles sont réunis.</p> <p>Les organes mâles et femelles sont réunis.</p> <p>Les organes mâles et femelles sont réunis.</p> <p>Les organes mâles et femelles sont réunis.</p>
	<p>HERMAPHRODITES MASCULIN.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMMIN.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p>	<p>HERMAPHRODITES MASCULIN.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMMIN.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p>	<p>HERMAPHRODITES MASCULIN.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMMIN.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p> <p>HERMAPHRODITES ANDR.</p> <p>HERMAPHRODITES FEMM.</p>

Tableau général et méthodique des hermaphrodites

Hommes/Femmes : de quel sexe juridique êtes-vous ?

être affirmé qu'au terme d'une période prolongée d'observation, réalisée par une équipe pluridisciplinaire avertie¹⁰.

Les juges considéraient que « le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé. » L'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien. Ne peut donc être accueillie la demande formée par un transsexuel aux fins de substitution, dans son acte de naissance, de la mention *sexe masculin* à celle de *sexe féminin*¹¹.



Hermaphrodite debout, Félix Nadar

10. Cass. crim. 30 mai 1991, Bull. crim., no 232 ; CA Aix-en-Provence, 23 avr. 1990, D. 1991, somm. 360, obs. J. Penneau, JCP 1991. II. 21720, note G. Mémeteau.

11. Cass., 1re chambre civile, 21 mai 1990, N° 88-12.829, Bulletin 1990, I N° 117 p. 83.

homme - femme : de quel sexe êtes-vous ?

La Cour de cassation, dans un arrêt d'Assemblée plénière du 11 décembre 1992, modifie radicalement sa jurisprudence en obligeant les autorités à modifier la mention du sexe à l'état civil, après que les experts (médecins et psychiatres) aient constaté que « à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique le rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social.¹² » Ce revirement de la Cour fait suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *B contre France*, qui condamne l'État français, pour violation au respect de la vie privée¹³. Ces deux arrêts ont eu pour effet de prendre en compte le syndrome du transsexualisme et de soulager l'individu qui, par la discordance entre son sexe *vécu* et son sexe juridique, « se trouve quotidiennement placé dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée ». Bien que la justification du changement sexuel dépende de la clinique, en ce sens que seul le médecin est à même d'autoriser un traitement de changement de sexe, on peut toutefois considérer que, sous ces conditions, il existe un droit de l'individu à changer de sexe. La prise en charge par la société, à travers le remboursement des frais médicaux liés à la réassignation sexuelle effectué par la sécurité sociale, montre bien que nous sommes face un véritable droit subjectif des personnes transsexuelles à mettre en accord leur sexe psychologique et social avec leur apparence physique et leur état civil.

Le débat est ouvert quant à savoir si l'opération chirurgicale de réassignation sexuelle doit être un préalable à la modification de l'état civil. Certaines juridictions françaises¹⁴ ainsi que la loi espagnole¹⁵ considèrent que le traitement hormonal et la modification d'apparence suffisent pour changer le nom et le sexe des documents d'identité des transsexuels.

12. Cass. Ass. Plén. 11 décembre 1992.

13. CEDH, « B. c. France », 25 mars 1992, Req. n° 13343/87.

14. CA de Rennes, 26 octobre 1998. En revanche, la CA de Nancy a rejeté la demande de changement de prénom d'un transsexuel, fondée sur une transformation physique non irréversible, l'intéressé n'ayant pas eu recours à la chirurgie.

15. Loi 3/2007 du 15 mars 2007.

.Hommes/Femmes : de quel sexe juridique êtes-vous ?

Une fois effectuée la modification du sexe dans l'état civil (acte de naissance et autres pièces d'identité), le transsexuel peut exercer tous les droits attachés au nouveau sexe y compris le droit au mariage¹⁶. La question se pose toutefois du devenir du lien matrimonial si la personne transsexuelle était mariée avant le changement de sexe. S'il n'existe pas de problèmes particuliers quand les époux décident de divorcer, la difficulté apparaît lorsqu'ils ne souhaitent pas rompre le lien matrimonial. L'absence de reconnaissance du mariage homosexuel en France interdit la continuité du lien, le procureur de la République pourrait ainsi s'opposer à la demande de changement de l'état civil au motif que cette situation produirait de fait, un mariage entre personnes du même sexe. Contrairement à d'autres lois européennes, la loi française n'exige pas que le transsexuel soit célibataire. Dans la majorité des cas, le divorce est prononcé par faute constitutive d'une violation des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune¹⁷. Toutefois, cette solution ne correspond pas nécessairement au souhait des conjoints qui pourraient vouloir continuer à être mariés malgré le changement de sexe de l'un des partenaires.

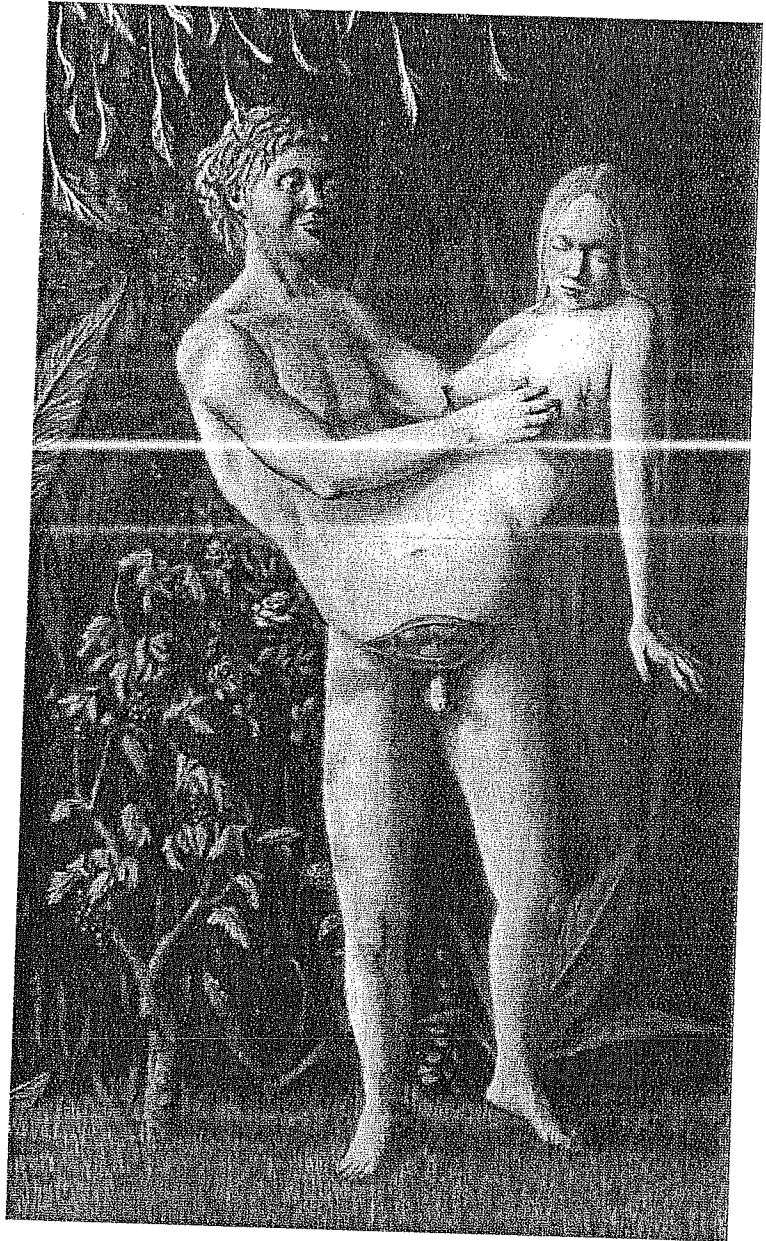
Concernant les liens de filiation existant avant le changement de sexe, ils continuent dans l'état. Le jugement rectifiant l'acte d'état civil du transsexuel n'a pas un caractère rétroactif. Ainsi, l'acte de naissance des descendants d'un transsexuel n'est pas modifié et la mention de la décision de changement de sexe du parent n'y figure pas. Le transsexuel ne perd pas en principe l'autorité parentale et les droits qui s'y rattachent. Enfin, bien qu'il puisse adopter, le transsexuel n'a pas accès aux techniques de reproduction médicalement assistée. En effet, la loi réserve la procréation artificielle aux couples hétérosexuels stériles. De même, le transsexuel ne peut pas reconnaître l'enfant de sa partenaire conçu par insémination artificielle avec donneur¹⁸. Toutefois, la confirmation de la nullité de la reconnaissance d'un enfant naturel par un transsexuel, après son changement d'état, ne fait pas obstacle à l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement au profit de celui-ci¹⁹.

16. CEDH, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.

17. Cour d'appel de Nîmes du 7 juin 2000.

18. Cass. 1^{er} Civ. 18 mai 2005.

19. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 12 mars 2002.



Adam et Ève, Mu

Hommes/Femmes : de quel sexe juridique êtes-vous ?

Concernant les droits sociaux, la Cour de Justice des communautés européennes s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur de l'égalité des transsexuels. Selon le juge européen, « la directive CE n° 79-7 du Conseil du 19 déc. 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, doit être interprétée en ce sens qu'il s'oppose à une législation qui refuse le bénéfice d'une pension de retraite à une personne passée, conformément aux conditions déterminées par le droit national, du sexe masculin au sexe féminin au motif qu'elle n'a pas atteint l'âge de 65 ans, alors que cette même personne aurait eu droit à une telle pension à l'âge de 60 ans si elle avait été considérée comme étant une femme selon le droit national.²⁰ »

Pour mettre fin à la différence des sexes

Une approche juridiquement neutre et laïque de l'individu devrait mettre fin aux catégories *homme* et *femme*, de sorte que soit supprimée l'assignation à l'un ou l'autre sexe dans les actes de l'état civil. Le sujet de droit n'a pas de sexe. Pendant longtemps la différenciation juridique du masculin et du féminin a servi à justifier l'infériorité des femmes. Or, depuis l'institutionnalisation de l'égalité des sexes, cette distinction a perdu sa pertinence juridique. De surcroît, ce rattachement obligatoire à l'un des deux sexes s'avère particulièrement violent à l'égard des hermaphrodites et des transsexuels, comme nous venons de le démontrer. De même que l'on ne fait pas apparaître la religion ou la race des individus dans leurs actes de naissance ou dans leurs documents d'identité, le sexe devrait également être absent dans ces pièces d'identité.

20. CJCE, 1^{er} ch. 27 avril 2006.