



HAL
open science

La mention du sexe à l'état civil: De l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La mention du sexe à l'état civil: De l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination. 2017. hal-01597545

HAL Id: hal-01597545

<https://hal.science/hal-01597545>

Preprint submitted on 28 Sep 2017

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.

Public Domain

La mention du sexe à l'état civil :

De l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination

Conférence de Daniel Borrillo dans le Colloque international « De l'hermaphrodisme à l'intersexuation » Université Paris Didierot 24/06/2017

Introduction

Dans une décision du 4 mai 2017, la Cour de cassation considère que l'indication obligatoire du sexe (soit féminin, soit masculin) dans les actes de l'état civil « est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur » et la Haute Juridiction ajoute - en nous mettant en garde - 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 »¹.

Cette conception du sexe, véhiculée par la Cour de cassation, correspond à une vision résiduelle du genre aussi bien juridiquement que socialement. En effet, les organisations internationales (ONU) et européennes (Conseil de l'Europe², Parlement Européen, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne³...), tout comme la jurisprudence européenne (CEDH⁴, CJUE), les juges français des premières instances⁵ et certains organismes tels que la *Commission internationale de l'état civil*, le *Défenseur des droits*⁶ ou la *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*⁷ considèrent le sexe⁸ comme une composante de la vie privée, une identité intime et non pas comme un élément immuable d'ordre public.

¹ Arrêt n° 531 du 4 mai 2017 (16-17.189) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2017:C100531.

² Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Droits de l'Homme et identité de genre, 2009.

³ FRA, « Report on homophobia, transphobia, and discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and intersexuality – 2015 Update – comparative legal analysis »

⁴ Affaire *Y. Y. c. Turquie*, 10 mars 2015.

⁵ Un jugement du TGI de Tours du 20 août 2015 a ordonné la substitution de mention sexe masculine par celle de sexe neutre.

⁶ Avis du 20 février 2017 sur les droits des personnes intersexes. Voir également la Décision du 24 juin 2016 concernant le changement de la mention du sexe à l'état civil.

⁷ Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil 27/06/2013

⁸ Pour une analyse sur les différences juridiques entre *sexe* et *genre* ainsi que sur l'usage de ces termes, voir : Daniel Borrillo. « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi ». *Jurisprudence. Revue critique*, Université de Savoie, 2011, Le genre une question de droit, 1.

Selon les Principes de Jogjakarta, présentés devant le Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies le 26 mars 2007, « l'identité de genre est comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une 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 attitudes ». Dans un rapport commandé par la Commission Européenne, il est indiqué que « le genre renvoie à la perception et à l'expérience subjectives qu'ont les personnes de la masculinité et de la féminité ainsi qu'à la construction sociale qui assigne certains comportements aux rôles masculins et féminins »⁹. Comme le souligne le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe : « L'assignation et le changement de sexe/genre dans les documents officiels devraient être effectués selon des procédures souples et offrir la possibilité de ne pas choisir un marqueur de genre spécifié, 'masculin' ou 'féminin'. Les États membres devraient examiner la nécessité d'indiquer le genre dans les documents officiels »¹⁰.

Sociologiquement, le sexe ne se conçoit pas tant comme une donnée statique mais plutôt comme une catégorie dynamique. Ainsi, le genre est désormais regardé en tant que construction sociale et non pas comme une « fatalité » biologique. Les personnes androgynes, les individus a-genre ou non-genré, les queers, les trigenre ou les pangenre, constituent des nouvelles catégories recensées par les travaux sociologiques¹¹ et auxquelles le droit ne peut ignorer.

La « matrice disciplinaire » de la binarité sexuelle, fut utilisée, dans le passé, pour s'opposer à l'égalité des femmes et à l'accès au mariage et à la filiation pour les couples de même sexe. La peur de l'indifférenciation des sexes traverse la pensée occidentale¹². La dualité sexuelle est présentée comme un état de fait qui renvoie à la fois à la nécessaire identité et à l'altérité, et qui de surcroît produit l'invariance. S'appuyant tour à tour sur la foi, sur la nature, sur la Raison, sur le sens commun ou sur l'ordre symbolique, la binarité sexuelle sert à maintenir la différence des sexes et des sexualités comme différence hiérarchique.

⁹ Rapport S. Angius, C. Tobler : "Trans and Intersex People. Discrimination on ground of sex, gender identity and gender expression, Luxembourg », Ed. de la Commission Européenne 2012, p. 12-13.

¹⁰ *Droits de l'Homme et personnes intersexe*, Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, 2015.

¹¹ Joan Nestle, Clare Howell, Riki Wilchins (dir.), *GenderQueer: Voices From Beyond the Sexual Binary*, New York, Alyson Books, 2002

¹² F. Collin, E. Pissier, E. Varikas, *Les femmes de Platon à Derrida*, Plon, 2000.

La bataille politique et juridique s'est déplacée des questions telles que l'égalité des femmes ou l'égalité des orientations sexuelles vers celle de la place du sexe dans l'état civil, dernier bastion du paradigme de la binarité de genre en tant que deux formes distinctes et opposées de l'identité sexuelle dont l'arrêt de la Cour de cassation constitue l'exemple paroxystique. Toutefois, le sexe, en tant qu'identification juridique de la personne physique, cesse progressivement d'être considéré comme une question d'ordre public, indisponible par l'individu, pour devenir une question relative à l'intimité et la vie privée des personnes, comme ne cesse de le rappeler la CEDH.

Toutefois, comme pendant toute transition, une tension demeure entre la conception ancienne et la manière nouvelle de concevoir les choses : d'un côté le paradigme de la binarité obligatoire défendu par la Cour de cassation et de l'autre, le paradigme de la liberté de définir son appartenance sexuelle : l'autodétermination, proclamée par la CEDH¹³ et les instances internationales. Depuis 1992, la Cour de cassation, suite à une condamnation de la CEDH¹⁴, a cessé de considérer le sexe comme indisponible sans toutefois jamais le qualifier comme un droit subjectif de l'individu. Ainsi, de par les limitations au changement de l'état civil (constatation médicale du syndrome de transsexualisme, opération de réassignation sexuelle, constatation par expertise...), cette situation était renvoyée à la notion d'acte médical. Depuis, nous assistons à une progressive démedicalisation de la question¹⁵ mais le droit français résiste à la « banalisation », c'est-à-dire à traiter le sexe comme une donnée personnelle, intime où la seule chose que l'on pourrait opposer au requérant ce ne serait que l'intérêt légitime à agir, comme pour le changement de prénom. En effet, l'autodétermination n'est pas suffisante pour la modification de la mention du sexe à l'état civil, celle-ci doit être accompagnée d'une sorte de possession d'état¹⁶. Il s'agit d'une situation de fait inscrite dans la durée et comprenant le *nomen*, le *tractatus*, la *fama*. De telle sorte que pour pouvoir modifier son sexe à l'état civil, la personne doit changer son prénom (*nomen*), se comporter

¹³ Arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* 06/ 04/ 2017 : « l'autodétermination, dont la liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels »

¹⁴ CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, no 13343/87,

¹⁵ La loi du 18 novembre 2016 qui modifie le code civil n'oppose aucune condition d'ordre médical pour modifier le sexe à l'état civil, elle va même plus loin en établissant que « le fait de ne pas subir des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » (C. civ., art. 61-6, al. 3).

¹⁶ 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 ;

socialement par son habillement et ces attitudes selon le sexe revendiqué (*tractatus*) et être connue de son entourage familial, amical ou professionnel sous le sexe revendiqué (*fama*). La loi n'exige pas les trois conditions mais que les principaux de ces faits soient réunis pour que le juge ordonne la modification.

Les limites de la loi de 2016 ainsi que l'arrêt de la Cour de Cassation de 2017 montre bien les difficultés des juges à accepter que le sexe est devenu un élément de la vie privée et que ce n'est plus à la société (ordre public) de décider mais à l'individu (autodétermination) de la manière dont il souhaite être identifié sexuellement. En ce sens, le dispositif français ne répond pas aux exigences des Principes de Jogjakarta car l'expérience intime et personnelle ne suffit pas pour modifier l'état civil.

Le droit comparé

Cette binarité sexuelle, considérée comme nécessaire par la Cassation, a été dépassée par certains de nos pays voisins. En effet, l'Allemagne délivre des certificats de naissance sans mention du sexe depuis 2013, lorsque celui-ci ne peut pas être clairement déterminé¹⁷. De même, aux Pays-Bas, si le sexe de l'enfant est incertain, l'acte de naissance peut indiquer cette indétermination laissant à l'individu la possibilité de faire changer cette mention et se faire assigner un sexe à l'état civil. Par ailleurs, en 2014, la Haute Cour d'Australie a admis l'inscription sur les registres de l'état civil de la mention « sexe non spécifique »¹⁸. Le droit maltais permet depuis 2015, de retarder l'enregistrement jusqu'à ce que le sexe de la personne soit déterminé¹⁹. Au Portugal, lors de l'inscription d'un enfant intersexué, l'Administration propose de choisir un prénom mixte afin de faciliter les démarches ultérieures. En Inde, à côté de la catégorie « masculin » ou « féminin », les formulaires proposent la mention « autre »²⁰. En Australie²¹, en Afrique du Sud et en Nouvelle Zélande, l'annotation « X » (autre sexe) peut être indiquée dans le passeport et le Pakistan²², la Malaisie, le Népal²³, ou encore la Thaïlande permettent la mention « sexe neutre » ou « indéterminé » tout comme le Canada, où depuis août 2017, la lettre X remplacera les lettres F ou M sur les cartes d'identité des

¹⁷ Parlement allemand, *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechtsänderungsgesetz- PStRÄndG)*, 7 mai 2013, art. 1, al. 6

¹⁸ Haute Cour d'Australie, 2 avril 2014, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie*.

¹⁹ *Gender, Identity Gender Expression and Sex Characteristics Act*, 14/04/2015.

²⁰ Cour Suprême Indienne, 15 avr. 2014, *National Legal Services Authority v Union of India and others*.

²¹ Une loi australienne fut adoptée en application de la décision de la Haute Cour du 2 avril 2014.

²² Cour Suprême du Pakistan, 23 déc. 2009.

²³ Cour Suprême du Népal, 21 déc. 2007, *Sunil Babu Pant and Others v Nepal Government and Others*.

Canadiens qui ne s'identifient pas au sexe féminin ni au sexe masculin. Il faut également souligner que la Suisse interdit toute démarche irréversible sur les nourrissons nés intersexués.

Souvent, les autorités françaises, font appel aux règles de droit de la famille et de la filiation pour s'opposer à la neutralité sexuelle. Là aussi, il suffit de regarder nos voisins. En effet, le code civil espagnol a ajouté aux mots « mère » et « père » le terme neutre « parent » (*progenitor*) ; de même que les notions de « marie » et « femme » ont été remplacées par le terme « conjoint ». Cette neutralité va jusqu'à permettre une sorte de présomption de paternité pour les couples des femmes qui accèdent à la filiation par une PMA (*Ley de Técnicas de Reproducción Asistida*, art. 7-3) ; il y va de même pour le code civil québécois (art.115). Désormais, comme il n'est plus nécessaire de subir un parcours hormonal, une femme devenue homme pourra accoucher d'un enfant et sera à la fois mère puisqu'il accouche et père puisqu'il est légalement un homme. Toutes ces situations plaident pour une disparition de la catégorie genre dans l'état civil.

L'évolution de la jurisprudence de la CEDH, met de manifeste le progressif abandon de la notion d'ordre public (c'est-à-dire d'indisponibilité de l'état des personnes) en faveur de celle de « vie privée » de l'article 8 de la Convention, pour protéger les personnes transsexuelles. On peut voir dans cette évolution, la construction d'un droit à l'autodétermination qui commence en 2002 avec l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, lorsque les juges de Strasbourg considèrent que « l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »²⁴

Même si l'identité de genre ne peut nullement être assimilée à l'intersexuation²⁵, nous pouvons toutefois regarder l'évolution juridique de la première pour tenter de faire évoluer la deuxième. D'autant plus que dans l'affaire *A. P., Nicot et Garçon c. France* la CEDH rappelle

²⁴ CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29/04/2002, par. 61.

²⁵ Selon le Commissaire européen aux droits de l'Homme, on qualifie d'intersexes « les personnes qui, compte tenu de leur sexe chromosomique, gonadique ou anatomique, n'entrent pas dans la classification établie par les normes médicales des corps dits masculins et féminins. Ces spécificités se manifestent, par exemple, au niveau des caractéristiques sexuelles secondaires comme la masse musculaire, la pilosité et la stature, ou des caractéristiques sexuelles primaires telles que les organes génitaux internes et externes, et/ou la structure chromosomique et hormonale. À l'inverse, les personnes transgenres extériorisent une identité de genre innée qui, compte tenu du sexe qui leur a été assigné, ne correspond pas aux attentes de la société en matière de genre. Elles se heurtent souvent à diverses formes de discrimination, en particulier après avoir décidé d'entreprendre un processus de changement de sexe pour mettre leur corps, leur apparence et leur manière de se comporter en adéquation avec leur identité de genre ». *Droits de l'Homme et personnes intersexe*, op. cit.

que la notion d'identité sexuelle se trouve protégée par l'article 8 non seulement pour les personnes transsexuelles mais aussi transgenres et pour tous les individus.

Inspirée des Principes de Jogjakarta, la loi argentine du 23 mai 2012, consacre le droit à l'identité de genre²⁶ définie comme « l'expérience intime et personnelle du genre vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance... ». Ce droit à l'autodétermination permet de changer de sexe sans aucune autorisation médicale ou judiciaire. L'article 3 de la loi statue que « Toute personne peut demander la rectification de la mention du sexe dans les registres, ainsi que la modification du prénom et de l'image, quand ils ne coïncident pas avec son identité de genre telle que ladite personne la perçoit ». Et l'article 4 souligne qu'en « aucun cas il ne sera nécessaire de justifier d'une intervention chirurgicale de réassignation génitale totale ou partielle, ni de thérapies hormonales ou d'un autre traitement psychologique ou médical ». L'article 6 complète le dispositif en indiquant que « l'officier public notifie d'office, sans qu'aucune procédure judiciaire ou administrative ne soit nécessaire, la rectification de la mention du sexe et le changement du prénom au Registre civil compétent du lieu d'établissement de l'acte de naissance ». En 2014, le Danemark est devenu le premier pays européen à adopter une loi sur l'identité de genre reposant sur le même principe d'autodétermination, loi aux termes de laquelle toute personne de plus de 18 ans, est autorisée à faire modifier son sexe légal sur la base de la déclaration de son genre, sans vérification par un tiers²⁷.

Si le genre est devenu en Argentine et au Danemark une question privée qui dépend uniquement de la volonté individuelle, on se demande pourquoi faut-il conserver la catégorie « sexe » comme un élément d'identification publique des personnes ?

Si, sur le plan juridique, le genre appartient à la catégorie d'« identité dynamique » plus proche de la religion, l'appartenance politique, la profession ou les goûts vestimentaires... Pourquoi maintenir cette mention dans les documents d'identité ?

Personne ne songe, de nos jours, à inscrire dans les pièces d'identité l'appartenance religieuse, la race, la profession ou l'affiliation politique des personnes. En revanche, l'assignation obligatoire à l'un ou l'autre sexe semble constituer une nécessité juridique majeure puisqu'elle refléterait une situation naturelle. Or, les réalités de l'intersexualité et de la transsexualité démontrent bien le contraire. En tant qu'identité dynamique et non pas

²⁶ Loi n 26.743, du 23 mai 2012, établissant le droit à l'identité de genre.

²⁷ *Lov om Ændring af Lov om Det Centrale Personregister.*

statique, la catégorie « genre » peut être comparée à la catégorie « religion » et considérer ainsi que son maintien dans les pièces d'identité constitue une violation à la liberté individuelle, comme l'a décidé la CEDH²⁸.

La disparition du genre comme élément déterminant de l'état civil²⁹, permettrait de sortir de la situation d'urgence créée par la loi en obligeant les parents et le corps médical à décider, souvent de manière précipitée, de la rectification sexuelle des enfants. Les associations des personnes intersexes dénoncent la chirurgie corrective comme source de frustration et des troubles futures.

Ni la loi argentine ni celle du Danemark ne reconnaissent pas la « neutralité » au moment de l'inscription. Pourtant, celle-ci n'est juridiquement pas nouvelle, elle avait été évoquée à la fin du XIX^{ème} siècle par le fondateur de la médecine légale, Alexandre Lacassagne qui militait pour une réforme de l'article 57 du code civil français afin d'« imposer un examen médical à la puberté qui statuera le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil »³⁰.

Mais, aujourd'hui, il n'est pas tellement question de reconnaître un troisième sexe mais plutôt de sortir du binarisme de genre et surtout de cesser de considérer le sexe comme une catégorie d'Etat. Entretemps, le passage de l'identité de genre (ordre public) vers une question de vie privée permet de sortir de la situation particulièrement tendue, celle de la décision du sexe dès la naissance, sans tenir nullement compte de la personne concernée. La facilité de changer de sexe telle qu'elle est proposée par le dispositif argentin rend moins dramatique une inscription éventuellement erronée et permet d'associer l'individu concerné au choix future. En France, malgré les avancées de la loi de 2016, le changement de sexe demeure une démarche lente et complexe.

²⁸ Selon les juges strasbourgeois, dans l'affaire *Sinan Işik c. Turquie* du 2 février 2010, la mention litigieuse affecte le « *droit de ne pas divulguer sa religion ou sa conviction, qui relève du for intérieur de chacun* » (§ 42), d'autant qu'eu égard « *à l'usage fréquent de la carte d'identité (inscription aux écoles, contrôle d'identité, service militaire, etc.), la mention des convictions religieuses dans des documents officiels tels que les cartes d'identité risque d'ouvrir à des situations discriminatoires dans les relations avec l'administration* » (§ 43). De plus, le fait que l'État puisse, comme ici, juger de la confession du requérant (qualifiée d'« islam » contrairement aux souhaits de ce dernier) « *ne saurait se concilier avec le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État* »

²⁹ Cette disparition n'empêche nullement de maintenir la catégorie « sexe » ou « genre » comme dispositif de lutte contre les discriminations ou en faveur de la parité, comme la « race » ou la « religion », la catégorie « sexe » peut protéger sans être inscrite dans les actes de l'état civil et les documents d'identité.

³⁰ A. Lacassagne, *Les Actes de l'état civil*, Paris, A. Storck 1887, p. 91.

Conclusion

En attendant la solution idéale, c'est-à-dire celle qui consiste à faire disparaître la mention du sexe dans l'acte de naissance³¹, l'absence d'indication ou la mention « intersexe », semblent constituer les alternatives transitoires les moins grave. Elles permettent à la fois de tenir compte de la future parole de l'enfant et d'entraver des interventions chirurgicales prématurées et irréversibles.

Le changement de sexe d'un enfant de six ans en Argentine a permis d'accorder les documents d'identité du mineur en conformité avec son identité de genre sans qu'il soit nécessaire ni la chirurgie ni des traitements hormonaux. La souplesse du droit laisse l'individu libre de choisir son sexe en réglant uniquement la question juridique de l'état civil. Concernant la question morphologique et l'apparence, la personne peut toujours, à l'âge adulte, décider de toute intervention sur son corps.

Dans la situation actuelle en France, l'enfant n'a aucun rôle dans une décision si capitale comme le choix de son sexe et ceci malgré ce qui est établi par l'article 16-3 du Code civil lorsqu'il dispose qu' « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne [...] ». Continuer à faire entrer de force les individus intersexuels dans l'un ou l'autre sexe - alors qu'il ne s'agit pas d'une maladie mais de diversité sexuelle - constitue une atteinte grave à leur intégrité physique.

Depuis la condamnation par la CEDH, le paradigme de la binarité sexuelle a été affaibli et ne cesse d'être mis en question. L'indisponibilité de l'état de personnes apparait désormais comme résiduelle, le modèle émergent pour penser juridiquement le genre est celui de l'autodétermination³², c'est-à-dire le droit de l'individu de disposer de lui-même, comme le propose la résolution 2048 (2015) du Conseil de l'Europe lorsqu'il appelle « à instaurer des procédures rapides, transparentes et accessibles, fondées sur l'autodétermination... »

³¹ D. Borrillo, "Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre" in N. Gallus (Dir.), *Droit des familles, genre et sexualités*, LGDJ, Anthémis, Bruxelles, 2012, pp. 7-24.

³² Dans un avis du 20 février 2017, le Défenseur des droits « est d'avis que toute personne devrait avoir le droit de ne pas renseigner la mention de son sexe sur les documents de la vie courante »

<u>Conception résiduelle</u>	<u>Conception émergente</u>
<p>Sexe</p> <p>Ordre public</p> <p>Donnée objective</p> <p>Acte médical</p> <p>Indisponibilité</p> <p>Identité statique</p> <p>Imposition</p> <p>Intervention médicale</p> <p>Intervention judiciaire</p> <p>Etat</p> <p>Contrainte sociale</p> <p>Tutelle (judiciaire, médicale, psychologique....)</p>	<p>Genre</p> <p>Vie privée</p> <p>Expérience intime et subjective</p> <p>Droit subjectif</p> <p>Autonomie</p> <p>Identité dynamique</p> <p>Volontaire</p> <p>Démédicalisation</p> <p>Déjudiciarisation</p> <p>Individu</p> <p>Liberté individuelle</p> <p>Autodétermination</p>