

# Sexe et apparence physique de la personne juridique

Julie MATTIUSSI

Maîtresse de conférences, Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

*La personne est au cœur de l'œuvre de Claude Lienhard, que l'on parle de l'universitaire ou de l'avocat. Ayant la délicate mission de lui succéder dans le Diplôme Universitaire Technologique Carrières Juridiques de Colmar, j'ai l'honneur d'illustrer cette filiation par la présente contribution, en droit des personnes.*

La personne en droit est une notion juridique abstraite, susceptible de désigner aussi bien un individu – personne physique –, qu'une entité collective – personne morale. Toutefois, dans le cas de la personne physique, la notion juridique et la réalité factuelle se confondent. La catégorie juridique « personne physique » renvoie à l'être humain né et vivant, un être de chair et de sang, sexué, tangible, visible, qui existe en tant que fait et s'impose au monde du droit<sup>1</sup>... Et le monde du droit croit ce qu'il voit : les personnes humaines sont semblables (elles appartiennent toutes à l'humanité) mais différentes. Ces différences, rendues visibles au premier coup d'œil par la singularité de l'apparence de chacun, invitent à l'individualisation. Pour distinguer les personnes entre elles, le droit retient une série de marqueurs : nom, prénom, parenté... qui figurent sur les actes d'état civil et en particulier sur le premier d'entre eux, l'acte de naissance<sup>2</sup>. Parmi ces marqueurs, il en est un qui constitue un trait d'union entre le fait (apparence physique des personnes) et le droit (individualisation juridique de chaque personne) : c'est le sexe.

Aujourd'hui encore, on détermine le sexe des enfants à la naissance *de visu* : le décret des 20-25 septembre 1792 instituant l'état civil des français<sup>3</sup> disposait que tout nouveau-né devait être présenté à l'officier d'état civil afin que ce dernier puisse vérifier le sexe de l'enfant<sup>4</sup>. L'exigence a ensuite été reprise par l'article 55 du Code civil de 1804<sup>5</sup>. L'apparence des organes génitaux était alors, sans équivoque, le critère de détermination du sexe juridique<sup>6</sup>. Bien que la présentation de l'enfant à l'officier d'état civil soit tombée en désuétude puis supprimée par une loi du 20 septembre 1919<sup>7</sup>, elle a été remplacée en pratique par la production de certificats médicaux<sup>8</sup> par lesquels les médecins continuent aujourd'hui de déterminer le sexe de l'enfant par la seule référence à l'apparence externe des organes sexuels<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> P. Amselek, *Cheminevements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Le temps des idées, Armand Colin, Paris, 2012.

<sup>2</sup> Les actes d'état civil sont au nombre de trois : acte de naissance, de mariage et de décès, C. civ., art. 34 et s. Ils ne doivent pas être confondus avec les documents officiels d'identité, qui ne font que reprendre les informations de l'état civil à des fins d'identification.

<sup>3</sup> Décret 20-25 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens, *Recueil général annoté des lois, décrets, ordonnances, etc., etc., depuis le mois de juin 1789 jusqu'au mois d'août 1830*, tome 3, Paris, 1834, p. 337.

<sup>4</sup> M. Bruggeman, « Le rôle de l'état civil », in C. Neirinck (dir.), *L'État civil dans tous ses états*, Droit et société, LGDJ, Paris, 2008, p. 23, spéc. p. 32 ; M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », in S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), *La loi & le genre – Études critiques de droit français*, CNRS éditions, Paris, 2014, p. 29, spéc. p. 31.

<sup>5</sup> J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes – Aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, Paris, 1993, n° 1365, p. 457.

<sup>6</sup> Civ. 6 avr. 1903, D. 1904. I. 395, concl. Baudouin ; S. 1904. I. 273, note A. Whal. Statuant sur la validité du mariage conclu entre un homme et une femme présentant les caractéristiques externes de son sexe mais non les caractéristiques internes, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au motif qu'elle ne pouvait, alors qu'elle « constate expressément qu'elle présente toutes les apparences extérieures du sexe féminin », considérer qu'il ne s'agissait pas d'une femme.

<sup>7</sup> M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », art. cit., spéc. p. 31.

<sup>8</sup> A. Ponsard, « Sur quelques aspects de l'évolution du droit des actes de l'état civil », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 779, spéc. p. 785.

<sup>9</sup> J. Penneau, *JCP G* 1984. II. 20222, note sous Civ. 1<sup>er</sup> 30 nov. 1983, n° 82-13808 ; M. Maymon-Goutaloy, « De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme », D. 1985. chron. 211, spéc. p. 216 ; G. Goubeaux, *Traité de droit civil – Les personnes*, LGDJ, Paris, 1989, n° 262, p. 232 ; J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, Quadriga Manuels, PUF, Paris, 2004, n° 268, p. 497.

« *Foi est due à l'apparence* »<sup>10</sup>, donc, en ce qui concerne le sexe des personnes. Le sexe juridique – marqueur de l'individualité, de l'identité de la personne – est intimement lié à l'apparence du sexe physique. Dès lors, le droit ne peut ignorer les relations entre les deux. Le droit permet d'abord aux personnes d'agir directement sur leur corps pour transformer l'apparence de leur sexe physique et ainsi la rapprocher de ce qu'elles ressentent comme étant leur identité sexuée véritable. Le droit laisse ensuite aux personnes la possibilité de conformer leur sexe juridique à leur apparence physique par le changement de sexe à l'état civil. Ces deux mouvements sont bien sûr interdépendants. Ainsi, en permettant aux personnes d'agir sur l'apparence de leur sexe physique, le droit crée lui-même les situations de discordances qu'il pallie en permettant la modification de l'état civil. Il n'en est pas moins nécessaire de les étudier l'un après l'autre car ils ne convoquent pas les mêmes droits – droit au respect du corps humain pour l'apparence du sexe physique et droit au respect de la vie privée pour le sexe juridique. Aussi, faut-il examiner, dans un premier temps, la possibilité laissée aux personnes de transformer l'apparence de leur sexe physique (I) et, dans un second temps, la faculté de conformer leur sexe juridique à leur apparence physique (II).

### **I) Transformer l'apparence de son sexe physique**

Les personnes ont divers moyens d'agir sur leur apparence physique pour la rapprocher de ce qu'ils souhaitent exprimer de leur identité par le maquillage, les vêtements, la coiffure. L'apparence physique est, à cet égard, au cœur de la question identitaire qui se pose à chacun : l'apparence dit quelque chose de soi, qu'on le veuille ou non. L'affirmation est vraie pour tous les aspects de l'identité (profession, religion, âge, personnalité...) et particulièrement pour l'identité sexuée, qui est, au surplus, un marqueur juridique de l'individualité des personnes. Les actes réalisés par la personne sur sa propre apparence physique ne font généralement pas difficulté au plan juridique. C'est lorsqu'une tierce personne, comme un médecin, est amenée à agir sur le corps d'autrui que les questions surgissent. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle se trouve la personne qui souhaite transformer l'apparence de son sexe physique. La possibilité de solliciter la médecine pour transformer son sexe physique est reconnue par le droit dans un cadre très strict pour les personnes transsexuées (A). De façon paradoxale, toutefois, elle est quasiment un passage obligé pour les personnes intersexuées (B).

### **A) TRANSFORMER L'APPARENCE DU SEXE : UNE POSSIBILITÉ POUR LES PERSONNES TRANSSEXUÉES**

Par le terme de personnes transsexuées, nous désignons les individus qui, nés avec un sexe masculin ou féminin, ressentent un décalage entre cette catégorie et leur identité véritable. Elles expriment le sentiment d'appartenir à l'autre catégorie de sexe, ce qu'elles souhaitent traduire dans leur corps par la prise de traitements hormonaux et la réalisation d'interventions chirurgicales<sup>11</sup>. Un tel parcours médical de transition est autorisé, mais rigoureusement conditionné. Nées de la pratique médicale dans les années 1970, les réassignations sexuelles ont rapidement été conçues et présentées comme le traitement possible d'une pathologie :

---

<sup>10</sup> A. Rabagny, *L'image juridique du monde*, Droit, éthique, société, PUF, Paris, 2003.

<sup>11</sup> Il est important de faire la précision car le vocabulaire employé en la matière est une question parfois sensible pour les personnes concernées. Dans l'absolu, il conviendrait simplement de parler de « transgenre », par opposition aux cisgenre dont l'identité et le sexe déclarés à la naissance sont parfaitement alignés. Mais « transgenre » est une catégorie plus générale qui englobe également les personnes qui ne souhaitent pas appartenir à la catégorie masculine ou féminine et affichent une identité en dehors de la binarité. Or nous souhaitons parler, dans ce A, des individus transgenres concernés par la problématique médicale visant à transformer l'apparence de leurs organes sexuels. Nous employons donc le terme plus restreint de « transsexué ».

le transsexualisme<sup>12</sup>. Les parcours de transition ont été formalisés dans un protocole de 1989, qui exigeait un suivi médical d'au moins deux ans par une équipe pluridisciplinaire composée d'un psychiatre, d'un endocrinologue et d'un médecin plasticien<sup>13</sup>. Aujourd'hui, les protocoles de soin répondent toujours à ces exigences. Ils ont néanmoins été précisés à la marge, notamment avec l'instauration des tests en vie réelle, consistant à placer la personne en situation de se présenter socialement dans son sexe vécu (sexe « souhaité ») avant la chirurgie<sup>14</sup>.

L'assignation sexuelle est donc possible, mais dans un cadre limité. En premier lieu, les modalités de la procédure sont de nature à dissuader certaines demandes. Ce caractère intrinsèquement « limitant » du protocole à suivre n'est pas sans intérêt. Il permet aux personnes de s'assurer de leur décision en rencontrant des professionnels de divers domaines, en bénéficiant d'une information complète, en prenant le temps de la réflexion. Il permet également au corps médical de détecter les demandes qui seraient le symptôme d'une maladie psychiatrique telle que la schizophrénie et de proposer un traitement adapté<sup>15</sup>. Les modalités de la procédure peuvent toutefois être interrogées, particulièrement l'obligation de tests en vie réelle. Issus de recommandations internationales<sup>16</sup> et pratiqués dans de nombreux États, ces tests contraignent les personnes transsexuées à vivre dans ce que certaines pourraient ressentir comme un « entre-deux » qui, *in fine*, ne reflète pas la vie réelle et peut même être source d'exclusion. En ce sens, l'inspection générale des affaires sociales la qualifie « d'épreuve » et recommande son abandon<sup>17</sup>. En second lieu, l'intervention n'est possible que si un psychiatre a donné son aval en posant un diagnostic de transsexualisme<sup>18</sup>. Il s'agit là de s'assurer de la légalité des interventions, car, en principe, l'atteinte au corps d'autrui (ici par les médecins sur les patients) n'est possible qu'en cas de nécessité médicale<sup>19</sup>. C'est ainsi que le diagnostic psychiatrique de transsexualisme a été érigé en condition d'accès au parcours médical de transition<sup>20</sup> et au remboursement par la sécurité sociale<sup>21</sup>. La jurisprudence a depuis eu l'occasion de confirmer que « le médecin jouit [...] d'une impunité

---

<sup>12</sup> Transsexualisme, dysphorie de genre, non-congruence de genre... Ici encore, les termes font l'objet de débats nourris, notamment au sein de la communauté médicale (A. Alessandrin, « Du "transsexualisme" à la "dysphorie de genre" : ce que le DSM fait des variances de genre », *Socio-logos* [en ligne], 9 | 2014, mis en ligne le 29 avril 2014, consulté le 14 janvier 2016 [<http://socio-logos.revues.org/2837>]). N'ayant pas les compétences suffisantes dans le domaine médical pour prendre position, nous les emploierons indistinctement pour qualifier la situation de la personne qui se sent appartenir à l'autre sexe.

<sup>13</sup> *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, HAS, novembre 2009, p. 70.

<sup>14</sup> H. Zeggar et M. Dahan, *Évaluation des conditions de prise en charge médicale et sociale des personnes trans et du transsexualisme*, IGAS, décembre 2011, n° 117 et s., p. 22.

<sup>15</sup> Toutefois, sur la difficulté en pratique de distinguer le transsexualisme de la schizophrénie avec trouble de l'identité sexuelle, v. B. Ibrahim et V. Corman, « Schizophrénie et dysphorie de genre : est-ce juste une question de thalami ? », *Louvain Méd.* 2018. 137, p. 353

<sup>16</sup> World professional association for transgender health, *Standards de soins pour la santé des personnes transsexuelles, transgenres et de genre non-conforme* [en ligne], 7<sup>e</sup> version, 2012 : [[https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7\\_French.pdf](https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_French.pdf)].

<sup>17</sup> H. Zeggar et M. Dahan, rapp. cit., n° 122, p. 23.

<sup>18</sup> M.-L. Rassat, « Sexe, Médecine et Droit », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 651, spéc. p. 657 ; A. Debet, « Le sexe et la personne », *LPA* 2004, n° 131, p. 21 ; A. Marais, « L'apparence de la personne », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit – Autour de Michelle Gobert*, Economica, Paris, 2004, p. 285, spéc. n° 14, p. 290 ; H. Zeggar et M. Dahan, rapp. cit., p. 4, n° 7 ; M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, th. dactyl. Paris Ouest, vol. 1, 2014, n° 467, p. 457.

<sup>19</sup> Principe aujourd'hui formalisé à l'article 16-3 du Code civil, pas encore de droit écrit dans les années 1970, mais néanmoins présent à travers l'exigence d'un but thérapeutique (J. Penneau, « Corps Humain – Bioéthique », *Rép. civ.* sept. 2012, n° 312).

<sup>20</sup> M.-X. Catto, *op. cit.*, n° 455, p. 359 : « La pathologisation de la demande a été la condition de la légalité de sa réponse, c'est-à-dire de l'accès à l'opération » ; de façon moins explicite, F. Vialla, « Prolégomènes sur l'approche juridique de la transidentité », *Dr. fam.* 2013. 13, spéc. n° 12.

<sup>21</sup> Remboursement octroyé dès lors que le protocole de 1989 a été respecté, v. Haute Autorité de Santé dans son rapport *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, préc., p. 70. À noter que si le transsexualisme a été soustrait de la liste des affections psychiatriques de longue durée par le décret du 8 février 2010 (décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D322-1 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* 10 février 2010, p. 2398), il n'en demeure pas moins une « affection hors liste ».

*légal dans la mesure où son intervention est justifiée par un intérêt thérapeutique* »<sup>22</sup>. L'exigence d'un diagnostic psychiatrique peut toutefois être questionnée, en particulier si l'on fait le parallèle avec la chirurgie esthétique. En cette matière, nul besoin de diagnostic pour accéder aux interventions : il suffit que la balance entre les bénéfices et les risques penche du côté des bénéfices<sup>23</sup>. Il serait possible d'objecter que la réassignation sexuelle s'éloigne de la médecine esthétique à plusieurs égards. D'abord, il s'agit d'un processus plus lourd, qui s'étale dans le temps, supposant traitements hormonaux et opérations chirurgicales diverses, à l'inverse de l'opération de chirurgie esthétique qui est, le plus souvent, ponctuelle. Ensuite, elle vise à modifier l'image corporelle de la personne dans son intégralité, contrairement à la chirurgie esthétique qui cible généralement une partie de l'anatomie seulement. Enfin, et surtout, l'assignation sexuelle dans sa forme la plus complète atteint les capacités fonctionnelles du corps, puisqu'elle conduit à une stérilisation du sujet. Ces trois éléments ne paraissent néanmoins pas suffisants pour justifier une telle limite à la réassignation. Les deux premiers sont davantage le signe d'une différence de degré plutôt que de nature, qui ne permet pas de considérer aussi distinctement chirurgie plastique et chirurgie de réassignation. Le troisième argument interpelle davantage, mais n'emporte pas l'adhésion dans un contexte juridique favorable à la liberté procréative<sup>24</sup>. La stérilisation volontaire est admise et encadrée par le Code de la santé publique<sup>25</sup>, sans qu'un diagnostic psychiatrique soit nécessaire<sup>26</sup>. Le caractère limité de l'accès à la transformation du sexe physique surprend d'autant plus que les personnes intersexuées mènent, au contraire, un combat contre l'assignation sexuelle systématique.

## **B) TRANSFORMER L'APPARENCE DU SEXE : UN PASSAGE OBLIGÉ POUR LES PERSONNES INTERSEXUÉES ?**

Les personnes « intersexuées » ou « intersexes » sont celles qui présentent des variations des caractéristiques sexuelles<sup>27</sup>. Ces variations sont majoritairement perçues par le corps médical comme relevant de la pathologie, ce qui autorise les interventions chirurgicales d'assignation, qui relèvent des mêmes techniques que la chirurgie du transsexualisme. Pourtant, l'approche pratique de ces questions est très différente. Alors que la demande de la personne transsexuée suscite une forme de méfiance du fait que la personne a initialement un corps sexué « normal » selon la norme de référence de binarité des sexes, la demande de la personne intersexuée bénéficie d'une plus grande bienveillance. Ainsi, lorsque l'ambiguïté sexuelle apparaît dès la naissance, les parents, agissant en qualité de représentants légaux de leur enfant mineur, peuvent solliciter une assignation sexuelle afin que l'apparence du sexe de l'enfant épouse les critères de la catégorie masculine ou de la catégorie féminine. Le corps

---

<sup>22</sup> CA Aix-en-Provence 23 avr. 1990, *Gaz. Pal.* 1990. 2. 577, note J.-P. Doucet ; *JCP G* 1991. II. 21720, note G. Mémeteau ; *D.* 1991. 221, note D. Thouvenin ; *RDSS* 1991. 32, obs. L. Dubouis.

<sup>23</sup> C. sant. publ., art. R. 4127-40.

<sup>24</sup> Pour une étude approfondie de la question de la liberté procréative, v. M.-X. Catto, *op. cit.*, n° 552, p. 417.

<sup>25</sup> C. sant. publ., art. L. 2123-1.

<sup>26</sup> Notons que l'absence d'exigence d'un diagnostic n'empêche pas le remboursement par l'assurance maladie (*Classification commune des actes médicaux* v. 56, [en ligne], [[https://www.ameli.fr/fileadmin/user\\_upload/documents/CCAM\\_V56.pdf](https://www.ameli.fr/fileadmin/user_upload/documents/CCAM_V56.pdf)], p. 246 (pour la ligature des trompes utérines), p. 243 (pour la ligature des canaux déférents). Il pourrait en être de même pour les réassignations sexuelles, v. H. Zeggar et M. Dahan, *rapp. préc.*, n° 268, p. 41 : « que l'on considère ou non qu'il s'agisse d'une pathologie ou que la prise en charge de la dysphorie de genre soit assimilée à celle de la grossesse, de l'infertilité ou de la contraception, le transsexualisme doit impérativement continuer de relever d'une prise en charge par l'assurance maladie, en tant qu'affection de longue durée ».

<sup>27</sup> V. les nombreux travaux de B. Moron-Puech, depuis *Les intersexuels et le droit*, Mémoire Paris II, 2010.

médical accompagne alors les parents dans la démarche sans remettre en question la légitimité de leur attente pour leur enfant<sup>28</sup>.

Les interventions chirurgicales sur les personnes intersexuées sont pourtant particulièrement graves. Ainsi, lorsqu'elles sont réalisées sur de très jeunes enfants, elles posent la question de la nécessité de l'intervention pour ces derniers. Pour reprendre la comparaison avec les personnes transsexuées, il est certain que ces dernières expriment une souffrance parce qu'elles sont en âge de porter leur propre voix. Pour ce qui concerne les enfants intersexués, parfois nourrissons, nul ne sait s'ils auraient ou non souffert de leur condition en grandissant<sup>29</sup>. Par ailleurs, outre les souffrances physiques et psychologiques que peuvent générer ces opérations (exposition des organes génitaux à une pluralité de professionnels, utilisation de prothèse pour élargir le néo-vagin le cas échéant...) <sup>30</sup>, elles posent une question insoluble qui est celle du choix du sexe vers lequel il faut orienter l'enfant. Quand bien même on admettrait que l'enfant grandira mieux en s'inscrivant dans la norme sociale la plus courante, c'est-à-dire dans l'une des deux catégories de sexe, encore faudrait-il *choisir* vers quel sexe se tourner. Un tel choix est impossible à réaliser face à un très jeune enfant. Ces éléments expliquent peut-être que, progressivement, les interventions médicales font l'objet de plus de réticences. De nombreuses instances internationales recommandent de laisser l'enfant grandir avant de lui proposer une intervention chirurgicale. Ainsi le Conseil de l'Europe préconise-t-il d'entreprendre « *des recherches complémentaires afin d'augmenter les connaissances de la situation spécifique des personnes intersexuées, s'assurer que personne n'est soumis pendant l'enfance à des traitements médicaux ou chirurgicaux esthétiques et non cruciaux pour la santé, garantir l'intégrité corporelle, l'autonomie et l'autodétermination aux personnes concernées, et fournir des conseils et un soutien adéquats aux familles ayant des enfants intersexués* »<sup>31</sup>. Le changement de paradigme au sein du corps médical n'est toutefois pas achevé<sup>32</sup>, en témoignent les recommandations du 10 janvier 2018 de la HAS à destination des médecins sur la prise en charge de certains patients intersexués, à savoir les personnes insensibles complètement ou partiellement aux androgènes (ICA ou IPA). Ainsi peut-on lire, page 11 que « *chez l'enfant IPA, l'évaluation clinique et les possibilités chirurgicales seront évaluées. Tant que l'enfant ne peut pas participer à la décision thérapeutique, aucune action médicale ou chirurgicale potentiellement irréversible ne doit être pratiquée* », mais ensuite, p. 13 : « *chez la fille IPA, lorsque le choix de sexe à la naissance a été féminin, l'opportunité d'une chirurgie (clitoris, vulve, vagin) doit être discutée en RCP. Elle peut parfois être différée jusqu'à l'âge où l'enfant pourra participer aux questions et décisions concernant son corps* ».

---

<sup>28</sup> A.-M. Rajon, « L'épreuve corporelle : l'intersexualité à la naissance », in C. Neirinck (dir.), *L'État civil dans tous ses états*, Droit et société, LGDJ, Paris, 2008, p. 71, spéc. p. 75 : « *Lorsqu'à la naissance, l'aspect des organes génitaux externes fait apparaître une ambiguïté, les investigations médicales commencent immédiatement* » ; C. Nihoul-Fekete, « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle », in J. Mateu, M. Reynier et F. Violla (dir.), *Les assises du corps transformé – Regards croisés sur le genre*, Les études hospitalières, Bordeaux, 2010, p. 57, spéc. p. 61 : « *Si la chirurgie est pratiquée par des chirurgiens qui ont l'expérience de la chirurgie périnéale et génitale, si la chirurgie est bien considérée comme faisant partie d'une prise en charge médicale qui se concentre sur le management global de l'enfant et de sa famille, alors cette chirurgie devrait être faite le plus tôt possible après un diagnostic exact et à la lumière du pronostic à long terme que l'on peut établir dans 85% des cas de D.S.D* ».

<sup>29</sup> B. Moron-Puech, « Le respect des droits des personnes intersexuées, chantiers à venir ? 2<sup>e</sup> partie », *HAL*, 2016, n° 42, p. 19.

<sup>30</sup> A. Gogos-Gintrand, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *RDSS* 2016. 920.

<sup>31</sup> Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, 2013, Résolution 1952, *Le droit des enfants à l'intégrité physique*, n° 7.5.3 ; v. aussi Committee on the Rights of the Child, United Nations, *Concluding observations on the fifth periodic report of France*, CRC/C/FRA/CO/5, 29 janv. 2016, n° 48 b) ; Comité contre la torture, Nations Unies, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, CAT/C/FRN/7, 4 mai 2016, n° 33 a) ; Comité des droits économiques et sociaux, Nations Unies, *Observations générales n° 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative*, E/C.12/GC/22, 2 mai 2016, n° 59, p. 15 ; Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Conseil de l'Europe, juin 2015, spéc. p. 26.

<sup>32</sup> Sur le changement de paradigme au sein de la pratique médicale, v. C. WIESEMANN, « Ethical guidelines for the clinical management of intersex », *Sex. Dev.* [en ligne], 10 juillet 2010, [<http://www.aisia.org/txt/pdf/Etical%20.pdf>].

En résumé, une évolution semble à l'œuvre mais elle s'opère lentement. Le simple fait, dans ces recommandations, de distinguer les « filles » et les « garçons » ICA ou IPA montre bien que la question de l'assignation est présente dans les esprits dès la naissance, même si le moment de l'assignation est reculé. La liberté véritable ne serait-elle pas d'admettre la possibilité d'apparences physiques sorties de la binarité ? La question se pose également en ce qui concerne les conditions de changement de sexe juridique.

## II) Conformer son sexe juridique à son apparence physique

Le droit permet aux individus de demander un changement de sexe juridique à l'état civil dans des conditions récemment assouplies. Si cette évolution apparaît cohérente au regard des possibilités laissées aux individus de changer l'apparence de leur sexe physique – pour les personnes transsexuées – ou de décider d'orienter leur apparence vers tel ou tel sexe à un âge avancé – pour les personnes intersexuées – (A), elle n'en est pas moins insuffisante à plusieurs égards (B).

### A) CONFORMER LE SEXE À L'APPARENCE : UNE ÉVOLUTION COHÉRENTE

Dès lors que les personnes ont été autorisées à agir sur leur corps pour transformer l'apparence de leurs organes génitaux, il était cohérent d'admettre le changement de sexe juridique dans le sens d'un alignement avec leur nouvel aspect visible. Le sexe juridique, rappelons-le, est défini par l'apparence extérieure des organes génitaux. Si l'apparence extérieure des organes génitaux change, alors il semble logique de permettre le changement de sexe à l'état civil. Le lien entre apparence du sexe biologique et sexe juridique est alors préservé. La transformation médicale de l'apparence physique était ainsi posée comme condition du changement de sexe à l'état civil par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 11 décembre 1992<sup>33</sup>, puis reprise sous le terme de « *transformation irréversible de l'apparence* » dans des arrêts plus récents<sup>34</sup>. Le fondement juridique pour justifier ces solutions était le droit au respect de la vie privée<sup>35</sup>, ce qui atteste du lien étroit entre sexe juridique et apparence physique. Ce que l'on cherchait à éviter ici était une discordance entre les actes d'état civil (identité juridique) et la personne visible (identité physique) qui serait de nature à violer le droit au respect de la vie privée à deux titres. Premièrement une telle situation obligerait les personnes à dévoiler leur parcours identitaire au moindre contrôle d'identité pour expliquer la discordance. Secondement, l'impossibilité de conformer son sexe juridique à son apparence ne permettrait pas à la personne d'exprimer son identité personnelle de façon complète, puisque l'aspect juridique de cette identité ne serait pas conforme à son aspect physique. En somme, pour préserver le droit au respect de la vie privée, la jurisprudence a permis de réinstaurer le lien entre apparence physique et sexe juridique par la modification du sexe à l'état civil.

---

<sup>33</sup> Ass. plén. 11 déc. 1992, n° 91-11900, *Bull. AP*, n° 13, p. 27 ; *GAJC*, T1, 13<sup>e</sup> éd., n° 26-27 ; *JCP G* 1993. II. 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau ; *Deffrénois* 1993, p. 431 et 414, note J. Massip ; *RTD civ.* 1993. 97, obs. J. Hauser.

<sup>34</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 7 juin 2012, n° 11-22490 et n° 10-26947, *Bull. I*, n° 124 et n° 123 ; *D.* 2012. 1648, note F. Violla ; *AJ fam.* 2012. 405, obs. G. Vial ; *RDSS* 2012. 880, note S. Paricard ; *RTD civ.* 2012. 502, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2012. 753, note P. Reigné ; *LPA* 2012, n° 192, p. 13, note S. Le Gac-Pech ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 173, p. 8, note J.-D. Sarcelet ; *RJPF* 2012-7/7, note I. Corpart ; Civ. 1<sup>re</sup> 13 févr. 2013, n° 12-11949 et n° 11-14515 : *Bull. I*, n° 13 et n° 14 : *Dr. fam.* 2013. 48, note P. Reigné ; *D.* 2013. 499, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2013. 1089, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RTD civ.* 2013. 344, obs. J. Hauser.

<sup>35</sup> CEDH 25 mars 1992, n° 13343/87, *aff. B. c. France*, *D.* 1993. 101, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 1992. II. 21955, note T. Garé ; *RTD civ.* 1992. 540, obs. J. Hauser.

Cet état du droit laissait pourtant de côté des personnes placées dans une même situation au regard de leur vie privée. Il s'agit des personnes transgenres ayant adopté une apparence physique générale conforme à l'autre sexe – en termes de maquillage, coiffure, habillement, traitements hormonaux – sans souhaiter recourir à la chirurgie des organes sexuels<sup>36</sup>. Celles-ci ne pouvaient pas changer de sexe à l'état civil, alors même que leur apparence générale n'était pas conforme à leur sexe juridique, générant les mêmes inconvénients que pour les personnes transsexuées. Ainsi, du point de vue du droit de chacun au respect de sa vie privée, la mise en cohérence véritable consistait à assouplir les conditions de changement de sexe pour permettre à des personnes dont l'apparence générale, visible en société, est transformée de changer de sexe à l'état civil, sans qu'il soit question d'aller regarder l'apparence de leurs organes génitaux.

Le législateur, avec la loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle du 28 novembre 2016 s'est orienté dans cette voie. Le changement de sexe juridique est désormais accessible aux personnes ayant une apparence générale non conforme à leur état civil mais n'étant pas passées par le parcours médical de réassignation sexuelle. L'article 61-5 du Code civil dispose ainsi 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* » et donne des exemples des principaux faits, qui sont « 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* ». Nul doute que l'apparence physique générale jouera ici un grand rôle, en particulier dans l'appréciation du premier de ces faits.

Si l'évolution est cohérente avec la conception du sexe juridique comme intrinsèquement liée à l'apparence physique, elle ne permet pas de répondre à toutes les situations de discordance entre sexe et apparence. Elle laisse ainsi toujours de côté une partie de la population : celle dont l'apparence n'est ni masculine, ni féminine.

## **B) CONFORMER LE SEXE À L'APPARENCE : UNE ÉVOLUTION INSUFFISANTE**

L'évolution est insuffisante en ce qu'elle conduit à laisser subsister des situations de discordance entre sexe et apparence auxquelles la personne ne peut pas remédier par un changement de sexe juridique. Il s'agit des personnes intersexuées, mais aussi des personnes transgenres qui ne souhaitent pas être dans un sexe ou dans un autre. Ces personnes sont nécessairement dans une situation de discordance entre sexe et apparence, puisqu'elles se sont obligatoirement vu attribuer un sexe juridique masculin ou féminin dans l'enfance. En principe, toute personne doit être déclarée à l'état civil dans un délai de cinq jours après sa naissance<sup>37</sup>. L'acte de naissance dressé sur la base de cette déclaration mentionne le sexe de l'enfant : masculin ou féminin<sup>38</sup>. Une exception existe pour les nouveau-nés dont l'intersexuation est constatée à la naissance. Les parents peuvent alors demander à différer

---

<sup>36</sup> Pour conserver leurs facultés procréatrices ou pour d'autres raisons.

<sup>37</sup> C. civ., art. 55.

<sup>38</sup> C. civ., art. 57.

l'inscription de la mention du sexe à l'état civil pendant deux ans maximum<sup>39</sup>, le temps pour eux de savoir vers quel sexe s'orientera leur enfant. Après deux ans toutefois, il leur faut faire une déclaration de sexe masculin ou féminin : les mentions « neutre » ou « indéterminé » ne sont pas possibles.

L'interdiction du sexe neutre a récemment été posée par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 mai 2017<sup>40</sup>. La Cour de cassation y affirme, en des termes généraux, que « *la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin* ». Pas de « sexe neutre » sur l'état civil, donc. Si la solution de la Cour de cassation peut se comprendre au plan politique, tant il serait préférable que la représentation nationale se prononce sur une telle question de société, ses conséquences étonnent au regard du droit au respect de la vie privée. L'interdiction du sexe neutre laisse ainsi subsister des cas de discordance entre identité juridique et physique, avec les désagréments connus qui y sont associés, pour les personnes dont l'apparence physique ne permet pas de les catégoriser comme homme ou femme. Ces individus devront, en dépit d'une apparence « neutre », être catégorisés homme ou femme sur leurs documents d'identité. Dans un contexte où des discordances similaires ont été prises en considération par la loi de modernisation de la justice en 2016<sup>41</sup>, la solution retenue ici surprend.

Notons toutefois qu'en l'espèce, la demande de sexe neutre était portée par une personne qui ne se trouvait pas dans cette situation de discordance. Le requérant était en effet une personne intersexuée dont l'apparence physique était masculine, ce que relève la Cour de cassation. Son apparence physique générale (masculine) et son sexe à l'état civil (masculin) étaient donc concordants. Si cela ne remet pas en cause la portée générale de l'arrêt et les développements qui précèdent, il n'est pas inintéressant de noter qu'en l'espèce, sa demande aurait créé, pour son cas particulier, une discordance entre identité physique (masculine) et juridique (sexe neutre). Ses papiers d'identité auraient, de ce fait, révélé son intersexualité. Or ici, la Cour de cassation statue dans un sens qui pourchasse la discordance. Cela pourrait sembler cohérent, si la chasse aux discordances n'était pas portée par le droit au respect de la vie privée. En l'espèce, le droit au respect de la vie privée du demandeur ne serait pas atteint par la discordance entre son sexe physique et son sexe juridique dans la mesure où il l'aurait choisi. Il serait même respecté, puisqu'il s'agirait de lui donner la possibilité de définir comme il l'entend son identité personnelle. La Cour européenne des droits de l'Homme aura l'occasion de se prononcer sur ces questions, le requérant l'ayant saisie d'un recours.

La question des relations entre sexe et apparence physique a, on le voit, encore de beaux jours devant elle<sup>42</sup>. Dans un tel contexte, nous ne pouvons qu'espérer des évolutions à venir dans le sens de plus d'égalité, de tolérance et de respect des personnes.

---

<sup>39</sup> Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation.

<sup>40</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 4 mai 2017, n° 16-17189, *JCP G* 2017. 716, note M. Gobert ; *JCP G* 2017. 696, note P. Ingall-Montagnier ; *D.* 2017. 1404, note B. Moron-Puech ; *D.* 2017. 1399, note J.-P. Vauthier ; *D.* 2018. 919, obs. M.-X. Catto ; *AJ fam.* 2017. 354, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2017. 607, obs. J. Hauser ; *LPA* 2017, n° 120, p. 18, note M. Péron ; *Gaz. pal.* 2017, n° 19, p. 20, note P. Le Maigat ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 25, p. 91, note B. Bloquel ; *Dr. fam.* 2017, étude 9, note J.-R. Binet ; *RJPF* 2017, n° 6, note S. Mauclair.

<sup>41</sup> *Supra*.

<sup>42</sup> R. Libchaber, « Les incertitudes du sexe », *D.* 2016. 20.

