

LES HÉSITATIONS JURISPRUDENTIELLES EN MATIÈRE DE PROTECTION DES PERSONNES INTERSEXUÉES

FRENCH CASE LAWS UNSETTLED BY PROTECTION CLAIMS FROM INTERSEX PERSONS

Par **Damien AFTASSI***

RÉSUMÉ

Si les juges de la Cour d'appel d'Orléans se sont efforcés de prendre en considération la situation d'un requérant intersexué, épanoui dans son identité de genre neutre, ceux-ci ont reconnu l'inadaptabilité de notre droit à s'écarter du bisexisme en vigueur. Tout en remettant à l'ordre du jour les revendications autodéterministes d'une population soucieuse de son intégrité physique face à l'appareil médico-légal, cet arrêt met pour le moment fin à une possible rectification d'état visant à substituer la mention de sexe neutre à la mention de sexe masculin dans l'acte de naissance. CA Orléans ch. Réunies, 22 mars 2016, n° 15/03281-142, JurisData n° 2016-004932, infirmant la décision du TGI de Tours 20 août 2015, JurisData n° 2015-022399.

MOTS-CLÉS

Troisième genre, rectification d'état, opérations intersexuées, vie privée, discriminations, expertise.

ABSTRACT

If the judges of the Court of Appeal of Orleans strove to consider the situation of an intersex claimant, blossomed in his neutral gender identity, they recognized the unsuitability of French laws to disgress from the gender binary in force. While highlighting self deterministic claims from a growing population concerned

by their physical integrity before medico-legal machinery, this judgment puts an end to a potential state correction, replacing the mention of neutral gender to the male one, on the birth certificate. CA Orleans ch. Gathered on March 22, 2016, No. 15/03281-142, Jurisdata No. 2016-004932, Reversing the decision of Tours TGI August 20, 2015, Jurisdata No. 2015-022399.

KEYWORDS

Sexual ambiguity, Third type, state correction, intersex operations, privacy, discrimination, expertise.

Par opposition à la rigueur, n'oserons-nous dire, parfois outrecuidante, d'un droit français sous l'égide d'une anticipation législative à toute épreuve, l'aval d'une nouvelle identité civile n'engendre pas tant de difficultés relatives aux caractères inhérents de l'état des personnes dans d'autres pays, notamment d'héritage germanique(1). Convient-il

(1) V. *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* [2014] HCA 11 (2 April 2014) : les médecins ayant reconnu que le requérant avait un comportement psychologique « neutre », et un état physique gonadique ni spécifiquement homme, ni spécifiquement femme, les juges australiens ont considéré que l'*Amending Act* ne s'opposait guère à la reconnaissance d'un genre « non spécifique » ; Également la loi allemande du 7 mai 2013 modifiant la législation sur le statut personnel, portant sur la modification du droit individuel (PstRAndG, *JO fédéral* 14 mai 2013, n° 23, 1122S et correction du 12 juillet 2013 : *JO fédéral* 18 juill. 2013, n° 38, S 2440b entrée en vigueur le 1er novembre 2013) : il résulte de l'article 22 paragraphe 3 que chaque nouveau-né intersexué (présentant des variations de développement sexuel), se verra enregistrer par une absence d'inscription de sexe à l'état civil par ses parents, lorsque l'enfant ne peut être assigné à un sexe bien défini.

* ATER, Université Paris VIII. damien.aftassi@orange.fr

alors, de rappeler que le système juridique britannique, peu soucieux des mentions inscrites sur les actes d'état civil, a longtemps suscité devant les magistrats de la Cour de Strasbourg, des difficultés d'interprétation de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme(2). Il fallut en effet attendre la célèbre décision *Goodwin c/ Royaume-Uni*, pour que, sans renier sa difficulté d'interprétation sur la portée du sens de la notion de « respect » de la vie privée(3), la Cour considéra d'emblée que le respect de la vie privée de la requérante opérée constituait une obligation positive pour le Royaume-Uni, avant même de statuer au fond sur une éventuelle violation de l'article 8. La fin des tergiversations sur la protection de la vie privée des personnes présentant une ambiguïté de genre n'a, en réalité, que laissé place à une problématique bien plus large, celle de la pleine reconnaissance des identités de genre.

C'est en ce sens qu'en l'espèce, le requérant, âgé d'une soixante d'années, marié et « père » d'un enfant adoptif, a invoqué devant les juges du TGI de Tours, l'appréciation *in extenso* de la notion de vie privée, telle que rappelée récemment dans l'arrêt *Y. Y c/ Turquie*(4), pour que lui soit accordé, au nom de la protection de son intimité la mention d'un sexe « neutre » (et non « indéterminé » qu'il réfute) auquel il s'identifie, conformément à sa « *place dans le tissu social* ». Convaincus par le récit du requérant, les juges de Tours, dans un élan d'humanisme, sont toutefois parvenus à un jugement sans issue juridique convenable : « *Ainsi la demande du requérant ne se heurte à aucun obstacle relatif à l'ordre public, dans la mesure où la rareté dans laquelle il se trouve ne remet pas en cause la notion ancestrale de binarité des sexes, ne s'agissant aucunement dans l'esprit des juges de voir reconnaître l'existence d'un quelconque « troisième sexe », ce qui dépasserait sa compétence, mais de prendre simplement acte de l'impossibilité de rattacher l'intéressé à tel ou tel sexe et de constater que la mention qui figure sur son acte de naissance est simplement erronée* ». En accordant la rectification d'état pour la mention de sexe « neutre », les juges de Tours ont en effet pris en considération une disposition européenne qui ne saurait se suffire en

elle-même et, par la même, la recommandation 288 de l'instruction générale de l'état civil contenu à l'article 55 de la circulaire du 22 octobre 2011 (« *lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « de « sexe indéterminé » dans son acte de naissance* »(5)), dont la légalité est pourtant remise en cause par les juristes depuis des années(6). Et si la Cour d'Appel d'Orléans n'a pas souhaité mettre fin à la perspective d'un débat sur la condition des intersexes, autant que relayée par les médias, les juges, veillant à l'équilibre entre la protection de la vie privée et l'ordre public, sont logiquement parvenus à la solution qu'« *admettre la requête de monsieur X reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle* » tout en admettant que cette requête « *renvoie à un débat de fond et de société sur la question de l'intersexuation touchant l'état des personnes (...)* ». Après les déconvenues juridiques survenues par l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, dite du mariage pour tous, ou même la polémique qui a agité l'opinion publique à propos de la théorie du genre, les juges du second degré ont choisi la prudence plutôt que la révolution de l'état civil. On se souvient alors de la formule du Doyen Carbonnier : « *la date, le lieu et le sexe de naissance sont des vérités historiques qui résistent à toutes manipulations ultérieures* »(7).

La protection de la vie privée est incompatible avec la reconnaissance d'un troisième genre, et il ne serait en être autrement sans une impulsion législative. Cette logique visant à préserver la sécurité juridique, ne fait pourtant qu'occulter le droit de chacun, plus spécifiquement les enfants, à décider de son destin sexué (I). Ainsi, au gré de quelques acrobaties juridiques au moyen d'expertises, les magistrats veillent à maintenir le bisexisme en vigueur, tout en rendant légales les interventions d'assignation ou de réassignation sexuées (II).

(2) CEDH *Rees c/ Grande-Bretagne*, 17 octobre 1986, requête n° 9532/81, A10 et *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, requête n° 23390/94, 1998-V.

(3) V. CEDH 11 juillet 2002 *Goodwin c/ Royaume-Uni* précit. § 72.

(4) V. §56, 57, 58 de la décision récente rendue par la CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y c/ Turquie*, requête n° 14793/08 : « *Des éléments tels que, par exemple, l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention (...)* »

(5) V. 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, B.O du Ministère de la Justice et des libertés disponible sur http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1119808C.pdf Il faut rappeler que le contenu de l'instruction ministérielle du 19 février 1970 a été entièrement transposé dans cette circulaire. L'article 288 correspond à l'article 55 de ladite circulaire.

(6) En vertu de l'article 57 du Code civil, duquel est disposé toute la logique de notre droit positif qui enjoint les individus à être assigné à l'un ou l'autre sexe (v. RASSAT M., « Sexe, médecine et droit » in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 662 ; BRANLARD J-P., *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, LGDJ, 1993, n° 1817, p. 561).

(7) V. CARBONNIER J., *Les personnes*, PUF, Thémis, 1^{re} éd. 1962, Quadriga, 2004, n° 78.

I. L'INCOMPATIBILITÉ DE LA MENTION DE SEXE NEUTRE AVEC LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DES PERSONNES INTERSEXUÉES

Si la binarité des sexes n'a jamais été remise en cause pour l'assignation à l'état civil⁽⁸⁾, l'insertion des personnes présentant des variations de développement, dans un système universaliste de droits, reste une préoccupation majeure pour les magistrats. A plus forte raison depuis la loi du 17 mai 2013, bien loin se situe le mariage de « *société perpétuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle, et aux rapports naturels qui doivent en naître* »⁽⁹⁾. Un renouveau jurisprudentiel pourrait donc bien se situer du côté de l'abstraction de la notion de sexe, ainsi que l'avait rappelé le Doyen Nerson il y a cinquante ans : « *la législation française n'a pas précisé la définition du sexe, et c'est dans la jurisprudence relative au mariage que nous pouvons retenir la définition par le droit positif français* »⁽¹⁰⁾. Une ancienne affaire, celle des époux « Dabrousse », témoigna pourtant de l'admission par voie négative d'une certaine ambiguïté de genre de la part des juges. Mme. Justine Dabrousse s'était retrouvée de fait, privée d'un état civil viable à cause d'un mari soucieux de l'exactitude sexuelle de son épouse⁽¹¹⁾. Le tribunal avait prononcé l'annulation du mariage en raison du sexe indéterminable de cette dernière, qui termina sa vie cloîtrée chez elle, dans le célibat. Cette décision malheureuse conduisit la Cour de Cassation à ne statuer que sur le sexe apparent⁽¹²⁾ afin de préserver les individus de leurs liens familiaux, desquels s'entendaient leur pleine intégration civile⁽¹³⁾. Aussi, la survie du mariage permit de préserver les individus d'une assignation dans un sexe ou dans un autre.

Il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui, la pleine

reconnaissance d'un sexe neutre n'est pas une mince affaire qui se limite au seul droit de la famille. Le chantier législatif devrait, à la fois permettre d'écarter les personnes intersexuées, de ce que les juges d'Orléans ont qualifié de « *stigmatisations* », tout en assurant le volet de la discrimination positive. Difficile de penser que, dans un futur proche, le législateur souhaite s'engager dans une reconnaissance plénière du sexe neutre. Or, les juridictions n'y parviendront pas toutes seules. Deux ébauches de solutions à court terme permettraient pourtant d'améliorer l'existence des personnes présentant des variations de développement sexuel : la modification du sexe par voie déclarative⁽¹⁴⁾ (qu'il s'agisse en l'état du droit, d'une rectification d'état, associée à l'intersexualisme en raison de l'appréciation d'une « erreur de sexe », ou de l'action d'état au changement de sexe dévolue à la transidentité ou au parcours trans⁽¹⁵⁾), et la pleine considération du consentement de l'enfant aux interventions médicales le concernant. Sur ce second point, le requérant a fait valoir face aux magistrats d'Orléans, son rejet de l'assignation arbitraire décidée pour lui à sa naissance, en arguant avoir autant un vagin « rudimentaire », qu'un micropénis. Soutenu par ses parents, il n'a subi que des traitements masculinisant à l'âge de trente-cinq ans, les médecins l'ayant conseillé de prendre de la testostérone pour prévenir un risque d'ostéoporose. En raison d'un refoulement de ces changements intervenus sur son corps, son ressenti rejoint la position soutenue par bon nombre d'intersexués qui plaident en faveur d'une fin des mutilations et des traitements obligatoires sur les enfants nés intersexués. Les retombées médiatiques de l'affaire ont pourtant suscité un regain d'intérêt des politiques sur la situation des intersexués, Mme. Laurence Rossignol ayant récemment déclaré que « *les interventions chirurgicales doivent tenir compte des données médicales et du libre choix des parents, et des enfants lorsqu'ils sont en âge de l'exprimer* »⁽¹⁶⁾. Aujourd'hui en Europe, seule

(8) V. CA. Paris, 18 janvier 1974 : GP 1974, 1, 158 : « *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* » ; Également TGI Dijon 2 mai 1977, GP, 1977, II, 577 ; TGI Saint-Étienne 11 juillet 1979, D. 1981, p. 271 ; TGI Nanterre, 21 avril 1983 Gaz. Pal 1983-J-603 à 6010.

(9) AUBRY C. et RAU F., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, 5^e éd., Bartin, Paris, 1913 (1^{re} éd de 1839), t. VII, p. 7.

(10) NERSON R., *Rtdciv*, 1966, p. 74.

(11) Tribunal Civil d'Alais, 28 janvier 1873, D. 1846, II, p. 85.

(12) Dont il fallait comprendre prédominant, comme l'avait théorisé Jean Domat (DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre 1, titre II, sect. 1, n° IX, p. 13).

(13) Cass. Civ., 6 avril 1903, D. 1904, I, p. 398.

(14) V. La récente proposition de loi n° 3084 relative à la modification de la mention du sexe à l'état civil, déposée par le groupe socialiste à l'Assemblée nationale le 29 septembre 2015.

(15) Bien souvent, un individu présentant des ambiguïtés « naturelles » de genre peut entreprendre un parcours trans' (v. CA Paris, 31 mai 1966 JCP G 1966, II, 14723 ; CA Paris, 1^{re} ch. 8 décembre 1967, JCP, 1968, II, 15518 bis).

(16) V. Réponse Ministérielle de Mme. Laurence Rossignol à Mme. Maryvonne Blondin, Compte rendu analytique officiel, Séance du Sénat du 9 février 2016 disponible sur http://www.senat.fr/cra/s20160209/s20160209_2.html

la loi maltaise du 14 avril 2015(17), met en place un dispositif protecteur relatif au consentement des mineurs.

II. L'EXPERTISE MÉDICALE AU SEUL SERVICE DU BISEXISME EN VIGUEUR

L'arrêt rendu ouvre encore un autre débat, sur la difficulté qui persiste entre l'identité sexuée telle que constatée médicalement et l'identité civile contrainte par le droit. La Cour concède que : « *l'assignation de la personne, à sa naissance, à une des deux catégories sexuelles, en contradiction avec les constatations médicales [...] ne permettent pas de déterminer le sexe de façon univoque* », de sorte que l'assignation « *fait encourir le risque d'une contrariété* » avec « *l'identité sexuelle vécue à l'âge adulte [...] Que cette reconnaissance pose en effet une question de société qui soulève des questions biologiques, morales ou éthiques délicates...* ». A titre de comparaison, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles rendu le 22 juin 2000(18), les juges firent prévaloir le bisexisme juridique afin de transposer l'assignation médicale de l'enfant à l'état civil. A Versailles, le motif de la décision se situait sur l'intérêt psychique et physique de l'enfant né intersexué, suite à l'intervention médicale de réassignation. Cette opération fut qualifiée par le rapport d'expertise de décision mûrement réfléchie par un corps médical composé de cinq médecins, lesquels tinrent compte du passif médical et de la situation de l'enfant (interventions destinées à le maintenir dans son sexe d'origine ayant échoué, précédents familiaux, etc.). Dans cette précédente affaire, il était déjà regrettable que les juges ne firent nulle évocation de la question du consentement de l'enfant aux traitements qui lui furent imposés, de sorte que, l'appréciation juridique se faisait doublon des rapports médicaux. Le constat toujours plus prégnant est que « *les experts s'emparent du terrain du droit (...)* »(19) et les magistrats peuvent-ils se garder de tout regard critique sur les questions qui peuvent leur échapper. Il n'est donc pas anodin que, non sans malice, en 1974,

les juges de la Cour d'appel de Paris s'étaient octroyé la liberté de s'appuyer sur un rapport d'expertise pour ne statuer que sur le sexe chromosomique, afin d'écarter à leur convenance, toute autre dimension du sexe de l'enfant présentant des variations de développement sexuel(20). Mais comme les juges disposent d'une libre appréciation sur le sens donné à la décision qu'ils rendent, l'expertise n'est qu'un outil, et non une finalité. C'est ainsi qu'en matière de filiation, la jurisprudence constante rappelle que : « *l'expertise biologique est de droit [...], sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* »(21). En matière de transidentité, les juges du Quai de l'Horloge s'étaient ainsi distingués, non sans surprises, en réaffirmant l'appréciation faite des juges du fond selon laquelle, les nombreux certificats médicaux attestant de la transition médicale des requérants dans le sexe revendiqué, ne suffisaient à établir l'irréversibilité du traitement, en l'absence d'expertise(22).

Reste que, dans notre cas d'espèce, la situation exceptionnelle de l'intersexué non opéré (mis à part quelques traitements de masculinisation tardifs), a en réalité contraint les juges d'Orléans au questionnement. Peut-on ainsi supposer que l'évocation de la morale ou de l'éthique, soulèverait la problématique de l'identité sexuée, autrement que par le seul regard médical attesté par les experts ? En réponse, la Cour a opté pour une formule toute aussi laconique : « *la correction de la mention relative au sexe, présentée comme étant erronée [...] renvoie à un débat de fond et de société sur la question de l'intersexuation...* ». Finalement, la réunion de six magistrats issus de deux chambres différentes (civile et familiale) n'aura pas tenu toutes ses promesses. N'est à retenir que l'ouverture de ces questions à la discussion, et, regrettons qu'il n'y en ait pas la moindre esquisse de réponse. ■

(17) ACT N° XI of 2015 Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Passed by the House of Representatives at Sitting n° 256 of the 14th April, 2015 pour Malte disponible en anglais sur http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf date d'accès : 1/10/2015.

(18) CA Versailles, 22 juin 2000, JCP G II, n. 10.595, p. 1.781-1785, 2001, obs. GUEZ P.

(19) CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 1994, p. 395.

(20) Dans l'arrêt de Cour d'appel de Paris du 18 janvier 1974 (précit.), la bonne assignation sexuelle devait être établie selon les conclusions du rapport d'expertise attestant de l'examen caryotype du requérant intersexué, qu'importe sa morphologie.

(21) V. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806, D. 2000. Jur. 731, note GARE T.

(22) Civ. 1^{re} 7 juin 2012, 2 arrêts, pourvois n° 11-22.490 & n° 10-26.947, D. 2012. 1648, note HAUSER J., *Rtd civ.*, 2012, p. 502 ; VIALLA E., « Transidentité : retour à la case 1992 ? », *Rds* n° 49, pp. 632 – 634 ; REIGNE P., « La Cour de Cassation et le changement de sexe des personnes transidentitaires », *Droit de la famille, Revue mensuelle LexisNexis-Jurissclasseur*, septembre 2012, pp. 37-40 ; PHILIPPOT A., « Devenir homme ou femme : l'identité sexuelle à nouveau devant la Cour de cassation », *Petites affiches*, 3 août 2012 n° 155, p. 11 ; VIAL G., *AJ fam.*, 2012, p. 405 ; LERUDULIER N., *Dalloz actualités*, 15 juin 2012.