Intersexualisme, l'admission d'un troisième genre au regard des exemples étrangers

Maxime Peron

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1652>

DOI : [10.4000/revdh.1652](https://doi.org/10.4000/revdh.1652)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Maxime Peron, « Intersexualisme, l'admission d'un troisième genre au regard des exemples étrangers », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 21 novembre 2015, consulté le 17 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1652> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1652>

Ce document a été généré automatiquement le 17 juillet 2020.

Tous droits réservés

Intersexualisme, l'admission d'un troisième genre au regard des exemples étrangers

Maxime Peron

- 1 Dans Le Banquet, Platon relate le mythe d'Aristophane : « Jadis, notre nature n'était pas ce qu'elle est actuellement. Il y avait trois espèces d'hommes, et non deux comme aujourd'hui : le mâle, la femelle, et en plus de ces deux-là, une troisième composée des deux autres ; le nom seul en reste aujourd'hui, l'espèce a disparu. C'était l'espèce androgyne qui avait la forme et le nom des deux autres, dont elle était formée... ».¹ À travers ce mythe, la binarité entre les hommes et les femmes est retenue au détriment de l'espèce androgyne, et cela montre que les problématiques soulevées aujourd'hui l'étaient déjà quatre siècles avant J.-C.
- 2 Les sciences de la vie nous enseignent que l'Homme est un animal présent sur Terre pour pérenniser son espèce. La vie est engendrée par la rencontre de deux géniteurs. Biologiquement, il s'agit de la rencontre entre deux gamètes : ovule et spermatozoïde. Une dichotomie a été retenue afin de classer les individus de l'espèce humaine. L'une, représentant la personne qui portera la vie, l'autre représentant la personne qui permettra à l'autre catégorie de porter la vie. La classification bipartite retiendra que la première personne est la femme et que la seconde personne est l'homme. Cette distinction retenue par la biologie s'opère en fonction des organes sexuels de la personne à la naissance. Sociologiquement, cette distinction a été reprise. La société humaine est séparée en deux catégories : le féminin et le masculin. Cette bipolarité est retrouvée en droit, notamment sur les documents officiels des individus avec l'indication du sexe.
- 3 Cependant, certains individus présentent des caractéristiques sexuelles ambiguës. C'est le cas de l'intersexué qui présente un état physiologique n'établissant pas d'un sexe unique mais d'une proportion de chacun des sexes. L'enfant est ce que l'on appelle un intersexué ou hermaphrodite. Il s'agit de l'intersexualisme. Les ambiguïtés résultent soit d'anomalies génétiques (syndrome de Turner ou syndrome XXX pour les filles,

syndrome de Klinefelter ou syndrome de XYY pour les garçons), soit le plus souvent d'anomalies hormonales (virilisation d'embryons féminins ou testicule féminisant).

- 4 Aujourd'hui, le terme « androgyne » ne correspond pas à un cas d'intersexualité, mais à une appréciation genrée de l'individu puisque cela vise une « personne qui, par son allure, son comportement, etc., semble tenir des deux sexes », même si à l'origine, ce terme définissait la « personne qui présente des caractères sexuels des deux sexes ».² Le terme d'intersexué est à privilégier car il vise « un individu qui présente un mélange des caractères sexuels mâles et femelles ».³
- 5 Les ambiguïtés sexuelles d'un intersexué peuvent être découvertes à la naissance, mais également à l'âge adulte. Par exemple, les médecins peuvent découvrir que la stérilité d'une personne résulte d'un intersexualisme.
- 6 Statistiquement, sur 4500 naissances, une seule serait intersexe⁴. D'après la Haute Autorité de Santé, en France, cela concernerait 2% de la population.⁵
- 7 Alors qu'il fut un temps où les intersexués étaient exécutés puis brûlés, car ils étaient considérés comme des monstres... comme l'inspiration de Satan⁶, heureusement, aujourd'hui la réponse du droit est plus humaine⁷ et des approches juridiques variées existent à l'échelle mondiale. Dès lors, comment le droit interne français appréhende-t-il l'intersexué ? Au regard des exemples étrangers, la consécration juridique d'un troisième genre est-elle envisageable ?
- 8 Pour répondre à ces deux questions, il convient de s'intéresser dans un premier temps à la solution proposée par le droit interne (I), puis dans un second temps de s'intéresser aux solutions admettant un troisième genre à l'étranger (II). Enfin, dans un troisième temps la synthèse de ces solutions internes et externes permettra d'envisager la possible admission d'un troisième genre en droit français (III).

I L'appréhension de l'intersexualisme en droit interne

- 9 À une époque, la présentation de l'enfant à l'officier d'état civil devait constater la naissance et le respect des délais de déclaration, et l'examen des organes génitaux afin d'établir son sexe. A défaut de présentation, l'auteur d'une simple déclaration s'exposait à une condamnation pénale.⁸ Ce dispositif était issu d'une loi du 20 septembre 1792, et était d'ordre public.⁹ Cette règle a été progressivement abandonnée.
- 10 Aujourd'hui, l'article 57 du code civil dispose que « l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant ». Ce texte n'impose pas de délai, c'est l'article 55 al. 1^{er} du code civil qui impose que « les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier d'état civil du lieu ».
- 11 La lettre de l'article 57 du code civil impose la mention du sexe sur l'acte d'état civil mais n'impose pas de mentionner les sexes « femme » ou « homme ».¹⁰ Néanmoins, une circulaire du 10 janvier 2000¹¹ précise que le sexe doit être indiqué sur l'acte de naissance par la lettre M (masculin) ou F (féminin). Une circulaire du 28 octobre 2011 précise que : « 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, les parents doivent 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 »¹².

- 12 De son côté, la jurisprudence est constante : *« tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminin »*¹³.
- 13 Le critère retenu pour déterminer le sexe de l'enfant est celui de l'apparence des organes génitaux externes¹⁴ ce qui peut entraîner des difficultés, car l'apparence peut être trompeuse. Alors, quel critère prendre en compte pour déterminer le sexe du nouveau-né ? Si le nouveau-né a l'apparence d'un garçon, les médecins regardent la taille de sa verge. Au-delà de 2,5 cm, c'est sûr, c'est un garçon. En dessous de 2,5 cm, on ne sait pas¹⁵. Si c'est en dessous, mais proche des 2,5 cm, le médecin administre une forte dose de testostérone pour voir si le corps s'allonge. S'il s'allonge, c'est un garçon. S'il ne s'allonge pas, l'orientation vers le sexe féminin sera conseillée par les médecins. Le choix final appartient aux parents.
- 14 Si l'intersexualisme est découvert au cours de la vie de l'individu, la jurisprudence impose trois conditions pour que l'état civil de l'intersexué soit modifié : *« d'une part, l'assignation du sexe doit constituer l'aboutissement d'une situation médicalement constatée et conseillée ; d'autre part, il faut une impossibilité médicalement constatée de mettre fin à l'ambiguïté sexuelle dans le sexe déclaré à la naissance. Enfin, une fois l'opération réalisée, l'enfant doit avoir un sexe d'élevage féminin »*, c'est-à-dire qu'il doit être élevé comme une fille¹⁶.
- 15 Un enfant né intersexué, assigné femme, peut se sentir homme à l'adolescence... et réciproquement. Il en résulte une situation complexe. Le choix de l'assignation est un choix difficile à effectuer, un choix susceptible d'erreur. Actuellement, le choix est restreint entre deux possibilités : fille ou garçon. Mais l'intersexué n'est-il pas d'un autre genre ?

II L'admission d'un troisième genre à l'étranger

- 16 Ces dernières années, plusieurs pays ont admis dans leur droit un troisième genre, ou genre neutre. C'est le cas de pays proches de nous comme l'Allemagne, ou plus lointain comme l'Argentine, l'Australie, l'Inde, le Népal, la Polynésie. Certains pays n'ont pas retenu le troisième genre dans leur droit, mais ont intégré dans leur dictionnaire un pronom neutre. C'est le cas de la Suède avec le pronom neutre *« hen »*. Observons plus précisément la situation de l'Allemagne, de l'Inde et de l'Australie.
- 17 Le 7 mai 2013, l'Allemagne a voté une loi autorisant les parents à inscrire un sexe indéterminé sur les certificats de naissance de leurs enfants, s'ils sont intersexués. Ce dispositif est en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2013 et fait de l'Allemagne le premier pays européen à reconnaître un troisième genre.¹⁷ Au cours de son existence, l'individu *« neutre »* gardera la possibilité de modifier son identité sexuelle sur son acte de naissance. Ainsi, il pourra décider de devenir ultérieurement homme ou femme.
- 18 En Inde, dès 2008, l'Etat du Tamil Nadu avait reconnu l'existence d'un troisième sexe en permettant trois options sur les papiers d'identité : M (male), F (female), T (transsexuel). D'autres prémices d'une reconnaissance d'un troisième existaient, ainsi les personnes transgenres étaient classées par la Commission électorale en tant que personne *« autre »* sur les listes électorales et cartes d'électeurs. La consécration juridique du troisième genre résulte d'un arrêt de la Cour Suprême indienne en date du 15 avril 2014.¹⁸ Cette reconnaissance du genre neutre en Inde répond à une culture

importante du transgendérisme avec notamment la communauté des Hijras. Il s'agit d'une communauté millénaire qui refuse l'appellation d'homme ou de femme et se revendiquant comme étant d'un troisième genre. Ces individus seraient entre 200 000 et 2 millions, et sont eunuques, intersexués, transgenres ou travestis. Beaucoup d'entre eux sont contraints à la pauvreté, impliquant mendicité et prostitution.¹⁹

- 19 Enfin, le 2 avril 2014, la Haute Cour d'Australie a reconnu le droit à une personne d'être ni homme ni une femme²⁰. En l'espèce, il s'agissait d'une personne née garçon en 1961. Ne se sentant pas en phase avec son corps, après un traitement hormonal pendant 4 ans, cet individu se fait opérer en Australie. Cependant, elle ne se sent pas correspondre avec son identité féminine. En 2010, elle demande des papiers ne mentionnant aucun des deux sexes. Dans un premier temps, cette demande est accordée avant d'être refusée par l'état civil. Finalement, la Haute Cour australienne admettra le troisième genre à cet individu. La reconnaissance d'un troisième genre en Australie n'est pas nouvelle. En effet, ce troisième genre était accordé aux personnes présentant une indifférenciation des sexes avec un certificat de naissance l'attestant. Ainsi, en 2003, Alex McFarlane, porteur des chromosomes XXY devenait la première personne à obtenir un passeport australien où le sexe n'était pas indiqué.²¹
- 20 La France peut-elle suivre ces exemples et consacrer juridiquement un troisième genre ?

III La solution future de la reconnaissance du troisième genre en France ?

- 21 Les admissions d'un troisième genre à l'étranger sont récentes, il est donc impossible d'avoir un recul suffisant pour en observer les effets. Pour autant, ces admissions à l'étranger peuvent donner des idées pour une extension en France. Avant tout, une telle extension soulève de nombreuses questions.
- 22 La combinaison des articles 55 et 57 du code civil impose un choix du sexe dans les 3 jours. Tant les médecins que les juristes suivent cette règle, mais nombreux considèrent que le délai est trop bref pour choisir. En outre le choix est incontournable, puisque ce sont les parents qui ont le dernier mot en pratique. Le choix de l'assignation influera la vie de l'intersexué. Par suite, n'est-il pas le seul à même de décider ?
- 23 Les risques pour la santé doivent être pris en compte et évalués. Laisser un individu dans un état intersexué peut-il poser un risque sur sa santé ? Dans le cas où le genre neutre ne serait reconnu que dans le cas de l'intersexué, cette admission doit-elle être provisoire ? Doit-on imposer une assignation, par exemple à 15 ans (majorité sexuelle) ou 18 ans (majorité) ? Une assignation tardive est-elle médicalement concevable ? Psychologiquement concevable ? Sociologiquement concevable ?
- 24 L'admission d'un troisième genre (genre neutre) ne serait-ce pas persister dans la classification des individus, et par suite, être porteur de discrimination ? La solution la plus simple n'est-elle pas de nier toute distinction de genre, et d'éliminer le critère du sexe du droit ?
- 25 La seule réponse à ces questions doit être effectuée dans le respect de tout individu. Le droit peut s'adapter, mais le mot de la fin doit revenir au législateur, qui est seul compétent pour répondre de ces questions et qui seul peut décider l'admission d'un troisième genre.

NOTES

1. Platon, *Le Banquet*, Librio, 2013 ; M. Groneberg, « Mythe et Science autour du genre et de la sexualité », *Diogène* 208, n° 4, 1 déc. 2004.
 2. *Dictionnaire de l'Académie Française*, 1992, 9^e Éd.
 3. *Ibid.*
 4. C. Chiland, « La problématique de l'identité sexuée », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, vol. 56, n°6, p. 331.
 5. HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, nov. 2009, p. 23.
 6. M. Foucault, *Les Anormaux*, Cours Au Collège de France 1974-1975, Gallimard, Le Seuil, Coll. Hautes Études, 1999, p. 62.
 7. A. Debet, « Le Sexe et La Personne », *LPA* 2004 n°131, p. 21.
 8. Cass. Crim. 21 janv.1833, D. 1833, I, p. 323.
 9. Cour Royale de Poitiers, 9 mai 1843 et 26 mai 1846, S. 1846, 2, p. 462.
 10. M.-L. Rassat, « Sexe, Médecine et Droit », *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 660.
 11. Circulaire 10 janv. 2000 relative à l'instruction générale, BO, Ministère de l'Intérieur, n° 1, 2000, p. 235.
 12. IGREC du 19 fév. 1970, JO du 23/04/1970, § 228b, p. 3866 ; Circulaire 28 oct. 2011, BOMJL n° 2011-11 du 30 nov. 2011 §55.
 13. CA Paris, 18 Janv. 1974, D. 1974. 196 ; TGI Dijon, 2 mai 1977, *Gaz. Pal.*, 1977, 2, p. 577 ; TGI Saint-Etienne, 11 Juil. 1979, D. 1981. 270.
 14. M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », in *La loi et le genre*, S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir), CNRS Éditions 2014.
 15. *Fille ou Garçon ? Le Développement des organes génitaux*, Livret d'information de l'APHP, p. 11 ; A. Fausto-Sterling, *Corps en tous genres*, Paris, La Découverte, 2012, p. 79-82.
 16. CA Versailles, CP G 2001. II. 10595. Note P. Guez, RTD Civ. 2001. 849, Obs. J. Hauser.
 17. « L'Allemagne, premier pays européen à reconnaître un troisième genre », *Le Monde*, 19 août 2013.
 18. Supreme Court of India, 15 April 2014, *National Legal Services Authority v. Union of India*.
 19. V. par exp : Z. Jaffrey, *Les Derniers Eunuques : En Inde Avec Les Hijras*, Payot, 2003.
 20. High Court of Australia, 2 April 2014, Case S273/2013, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*.
 21. « Australie : citoyen du troisième sexe », *Le Monde*, 18 avril 2014.
-

RÉSUMÉS

La mention du sexe est imposée à l'état civil. Une personne physique ne peut être que de genre féminin ou masculin, ce qui pose des difficultés lorsqu'il s'agit d'un individu intersexué. En effet, la détermination du genre d'un intersexué peut s'avérer difficile. Cette difficulté disparaît lorsque le droit permet la mention d'un troisième genre ou genre neutre à l'état civil.

Récemment plusieurs pays ont admis un troisième genre dans leur droit. S'inspirant de ces exemples, le législateur français pourrait admettre un troisième genre afin de solutionner ces difficultés.

Designation of sex is imposed on civil status. A natural person can only be female or male, which raises difficulties in the case of an intersexed individual. Indeed, determining the gender of an intersexed person may be difficult. This difficulty disappears when law permits mention of a third gender or gender neutral in civil status. Recently several countries have recognized a third gender in their law. Inspired by these examples, the French legislature could recognize a third gender in order to solve these difficulties.

INDEX

Mots-clés : sexe, état civil, intersexualisme, troisième genre (genre neutre), exemples étrangers

Keywords : sex, civil status, intersexuality, third gender (gender neutral), foreign examples.

AUTEUR

MAXIME PERON

Maxime Péron est diplômé du Master II Droit privé fondamental de l'Université de Bretagne Occidentale. Il est doctorant en droit à l'Université de Bretagne Occidentale et à l'Université de São Paulo (Brésil). Il est chargé de travaux dirigés en droit civil à l'Université de Bretagne Occidentale