


Recueil Dalloz 2016 p.20

Les incertitudes du sexe

Rémy Libchaber, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

L'article 516 du code civil, on le sait, décrète tous les biens meubles ou immeubles. Une semblable alternative n'a pas été établie pour les personnes humaines, qui eussent pu, sur le même modèle, être réparties entre hommes et femmes. Cette bipartition n'en existe pas moins de façon implicite, ce qu'atteste l'article 57 qui exige qu'à la naissance, la déclaration du sexe soit faite à l'état civil : pas d'échappatoire, alors, à la répartition entre masculin et féminin, même si l'expérience médicale montre que certains enfants ne peuvent être rangés dans l'une ou l'autre catégorie, et n'y parviendront parfois jamais dans leur évolution. Ainsi les enfants d'Hermès et d'Aphrodite.

Parce qu'ils déroutent la bipartition, ceux que l'on appelait les hermaphrodites ont connu une destinée bien difficile. La société romaine, par exemple, pratiquait une division très stricte des sexes, qu'elle garantissait en mettant à mort les enfants sexuellement mal formés (V. Y. Thomas, La division des sexes en droit romain, Histoire des femmes en Occident, t. 1, Perrin, 2002, p. 131). Si leur sort s'adoucit quelque peu ensuite, ils seront, au XIX^e siècle, les objets d'un étonnant acharnement médical, destiné à montrer qu'ils relevaient tout de même de l'un ou l'autre sexe (M. Salle, Une ambiguïté sexuelle subversive. L'hermaphrodite dans le discours médical de la fin du XIX^e siècle, Ethnologie française, 2010/1, p. 123 ; G. Houbre, Un « sexe indéterminé » ? L'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIX^e siècle, Rev. hist. du XIX^e siècle, 2014/1, p. 63). Des traces en sont demeurées dans nos pratiques, puisque l'*Instruction générale relative à l'état civil* continue d'exiger qu'en dépit des incertitudes qui les marquent, tous les enfants soient ainsi rangés. En cas de difficulté, selon l'article 288, intitulé « Enfants de sexe indéterminé », il n'est que de choisir le sexe le plus vraisemblable - au risque d'une rectification ultérieure, d'ailleurs facilitée par l'attribution d'un prénom épïcène. Mais en aucune manière l'indétermination sexuelle n'y doit être inscrite, même à titre provisoire. Il n'empêche : des incidents démontrent périodiquement l'étroitesse de l'alternative. Depuis quelques décennies, le droit s'est trouvé confronté au phénomène des transgenres, enfermés dans un sexe physiologique quand l'autre les appelle irrésistiblement : une rectification de l'état civil leur est ouverte, initiée en 1992 par un appui involontaire de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est celui des intersexes qui se présente aujourd'hui devant les tribunaux, avec succès : une décision du tribunal de grande instance de Tours requiert pour la première fois qu'à l'état civil, la mention du sexe de la personne porte l'indication : *neutre* (20 août 2015, D. 2015. 2295 , note F. Violla).

Cette décision provoque des réflexions qui tiennent aux fonctions actuelles de l'identité sexuelle (1), comme à l'examen des catégories qui nous seraient désormais utiles (2).

1 - L'identité sexuelle est-elle nécessaire à l'identification de la personne ? L'habitude est si bien ancrée de ranger les individus dans l'un des groupes sexuels éprouvés que nous oublions qu'elle est récente : à l'époque où l'état civil était tenu par le clergé, la désignation du sexe n'était pas requise ; la règle n'est apparue qu'avec la laïcisation de l'état civil par le décret du 20 septembre 1792. Il faut néanmoins reconnaître que cette mention est désormais à peu près dénuée de portée juridique. Depuis, la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 portant mariage pour tous, les singularités liées au sexe ont toutes été abolies en droit français, au point que la mention ne subsiste plus qu'à la façon d'une sorte de signe particulier de l'individu. Elle n'emporte plus guère de conséquences, puisque les règles de droit qui prennent appui sur la différence des sexes ont disparu - sauf la règle générale prohibant les discriminations sur ce fondement, à moins qu'elles ne jouent de façon positive ! Or ces signes particuliers, aussi identificateurs fussent-ils, ne sont pas portés à l'état civil : pourquoi la mention du sexe devrait-elle y subsister ?

Avec le temps, l'identification sexuelle est devenue inutile, tout en étant fort difficile à établir. « Avons-nous vraiment besoin d'un vrai sexe ? », demandait Michel Foucault en présentant le récit de vie d'Herculine Barbin (*Le vrai sexe*, Dits et Écrits, vol. 4, Gallimard 1999, p. 115). Encore l'idée de vérité est-elle de moins en moins pertinente en la matière : désigne-t-on les apparences extérieures, l'existence des organes internes, la sécrétion d'hormones sexuées, le caryotype ? On en arrive à ce paradoxe que le droit, qui n'a plus besoin de l'identité sexuelle pour la mise en œuvre de ses règles, devrait asseoir le maintien de la bipartition sur le choix d'un paramètre, qu'il privilégierait parmi d'autres. Mais à quoi bon une définition propre du sexe, quand l'enjeu a pour l'essentiel disparu ?

Où en serait le mérite ? De toute façon, les intersexes se sentiraient enfermés dans une catégorie à laquelle tout une part d'eux-mêmes ne se résignerait pas.

2 - Comment prendre en considération la difficulté d'être de cette très étroite population ? Certains répondront qu'en dépit de ses incertitudes, l'alternative actuelle suffit, car elle est adaptée au plus grand nombre. *De minimis non curat praetor* - même si cette vénérable maxime perd son crédit à l'heure de l'individualisme triomphant. On ne peut manquer de penser qu'un certain traditionalisme demeurera attaché à la bipartition classique, au nom de l'intérêt général. À bien des égards, la séparation entre les sexes est un facteur d'ordre dans les rapports sociaux, auquel il serait peut-être regrettable de renoncer. Au reste, les intersexes pourraient y trouver une place spécifique par la mention à l'état civil d'un sexe double, qui constitue à sa façon une identification positive. On pourrait même songer à aller au-delà en les autorisant, sur leurs papiers administratifs, à se prévaloir de l'un des deux seulement : celui auquel ils tendent à conformer leur apparence sociale (V. la proposition et les doutes de M.-L. Rassat, *Sexe, médecine et droit*, in Mélanges P. Raynaud, p. 651).

On peut être plus audacieux - sans prétendre multiplier les groupes à l'excès (A. Fausto-Sterling, Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants, Payot, 2013) -, en songeant à la promotion d'une troisième catégorie sexuelle, ce que fait le jugement de Tours tout en s'en défendant. Pourquoi ne pas admettre la promotion d'un genre *neutre*, pour tous ceux qui ne trouvent pas leur compte à celles qui existent - suivant ainsi la voie récemment ouverte par l'Allemagne ou l'Australie ? Il est vrai qu'il est difficile pour notre société de concevoir le neutre, quand la langue que nous avons en partage se révèle incapable de le formuler. De fait, on prétend qu'en français, le masculin exprime le neutre : c'est assez dire qu'en réalité, il n'y existe pas ! Si l'on surmonte cette difficulté d'expression, on peut imaginer la consécration de cette catégorie - ce troisième sexe qui a été le support de bien des fantasmes depuis le XIX^e siècle (L. Murat, La loi du genre. Une histoire culturelle du « troisième sexe », Fayard, 2006, qui en recherche les incarnations du côté de l'homosexualité davantage que des intersexes).

Évidemment, la perspective en est aussitôt dérangeante : faut-il vraiment constituer un type nouveau, amené à demeurer résiduel, où l'on ne rangera que les rares individus considérés comme marqués d'un inachèvement physiologique ?

On imagine aisément que les partisans du *genre* viendront proposer de remplir cette catégorie nouvelle, de façon quelque peu inattendue : au lieu des trois classes évoquées, ne suffirait-il pas qu'il n'y en ait qu'une - celle-là ? Car loin d'être une anomalie, l'intersexualité peut nous entraîner sur la voie d'une pensée postmoderne qui abandonne toute référence à la nature. Là où la tradition a longtemps considéré deux sexes différents, nettement séparés, les études de genre nous suggéreraient d'échapper aux fausses évidences pour réconcilier enfin l'humanité au sein d'un genre unique, construction sociale qui fluctuerait entre deux pôles extrêmes - le masculin et le féminin idéaux, jamais totalement incarnés -, pour permettre aux individus de parcourir toute la gamme des attitudes selon leur tempérament (P. Reigné, Sexe, genre et état des personnes, JCP 2011. 1140, pour un éclairage juridique).

Il est ainsi possible qu'au terme de siècles de souffrance et de honte, l'intersexe se place à l'avant-garde d'une rénovation des personnes, qui romprait tous les liens avec une physiologie jugée dépassée, à laquelle on réfère volontiers la plupart des maux sociaux.

Nul ne sait de quoi l'avenir sera fait, sur ce point comme bien d'autres. Continuera-t-on d'opposer les deux sexes de la tradition, en admettra-t-on un troisième ou l'humanité sera-t-elle enfin réconciliée dans l'unité d'un genre insexué ? Ces possibilités ne figurent pas dans le jugement de Tours, qui suscite néanmoins la réflexion dans ces différentes directions. Faut-il sortir des routines du passé ? On pourrait l'admettre, encore que paraisse bien menaçant le risque de rompre avec des catégories anthropologiques peut-être dépassées, mais certainement fonctionnelles. Quelle excuse aurait-on pour avoir perdu ces repères stables, sinon cette forme de légèreté propre à notre présent : le goût exclusif de la nouveauté ?

Mots clés :

ACTE DE L'ETAT CIVIL * Acte de naissance * Rectification * Transsexualisme * Sexe neutre