

Ni homme ni femme: la Cour de cassation face à la question d'un troisième genre

PAR MICHAËL HAJDENBERG
ARTICLE PUBLIÉ LE MERCREDI 22 MARS 2017

Gaëtan a 66 ans. Il est né avec un pénis et un vagin, n'a jamais été opéré, et ne s'est jamais considéré ni comme un homme, ni comme une femme. Il raconte sa quête d'identité, sa vie ravagée et son combat pour que la Cour de cassation reconnaisse l'existence d'un « sexe neutre ».

En juillet 1951, au beau milieu de l'été, une maternité de Tours est en émoi. Les médecins font face à un enfant dont ils ne peuvent déterminer s'il s'agit d'un garçon ou d'une fille, avec son micropénis et sa fente vulvaire fermée. Ils sont à mille lieues de s'imaginer que 66 ans plus tard, le 21 mars 2017, la Cour de Cassation se réunira pour évoquer le cas de cette personne intersexuée et prendre une décision potentiellement historique : reconnaître un troisième genre dans le droit français, le « sexe neutre ».

L'enfant a grandi, vieilli. Il s'est décrit par SMS et en effet, quand on le retrouve dans une gare de l'est de la France qu'il souhaite tenir secrète, il a tout l'air d'un homme. L'air seulement. Car physiquement et psychologiquement, il a gardé sa double identité.

À l'époque, ses parents, « *en désespoir de cause* », ont dû choisir un sexe pour l'enregistrement à l'état civil. Ils ont opté pour un garçon. Six ans plus tard, ils ont fait opérer leur fils, pour tenter de découvrir s'il avait en lui des testicules remontés. Il n'en avait pas, pas plus que d'utérus. Seulement un tout petit vagin.

Cette situation n'a rien d'exceptionnel. Ou plutôt, on en trouve beaucoup d'analogues. Sans qu'elles n'aient aucun rapport avec la situation des transsexuels, ces personnes dont les caractéristiques biologiques sont claires mais en contradiction avec leur sexe psychologique, ce qui justifie leur souhait de modifier leur état civil.

Les personnes intersexuées, elles, présentent des caractéristiques sexuelles ambiguës. Alors que toutes les sociétés humaines sont fondées sur la

binarité de sexe (femmes/hommes), les connaissances scientifiques montrent qu'il existe plusieurs critères pour définir le sexe d'un individu, sans qu'aucun ne soit prépondérant: l'anatomie et les organes génitaux extérieurs (pénis/vagin), les gonades (testicules/ovaires), les hormones (testostérone/œstrogène), ou encore la génétique (chromosomes XY ou XX).

Statistiquement, il est délicat d'évaluer le nombre d'enfants qui naissent intersexués. La secrétaire d'État Laurence Rossignol **évoque** « *une naissance sur 5000, soit environ 160 naissances par an* ». Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe considère qu'ils représentent 1,7% de la population totale, soit environ 2000 naissances par an en France. Pour l'**Organisation internationale des intersexes** (OII), cette prévalence serait encore plus importante. Tout dépend des critères choisis pour catégoriser le caractère atypique des organes génitaux.

En France, la problématique n'est cependant apparue au grand jour qu'en août 2015, lorsque le tribunal de grande instance de Tours a estimé que l'état civil de Gaëtan (1) devait être rectifié, et dorénavant comporter une « *mention neutre* ». Dans un arrêt du 22 mars 2016, la cour d'appel d'Orléans a infirmé la décision rendue en première instance. La cour a précisé que la reconnaissance d'une nouvelle catégorie sexuelle allait au-delà du pouvoir d'interprétation du juge judiciaire et relevait de la seule appréciation du législateur. Gaëtan s'est pourvu en cassation. D'où l'audience qui se tenait ce mardi, à laquelle il n'a pas souhaité assister.

À l'automne 2015, après le jugement de première instance, Gaëtan avait refusé de nous rencontrer. Cette fois, il accepté ; mais a dû abréger l'entrevue, envahi par un malaise à l'évocation de ces souvenirs souvent enfouis, parfois reconstruits, toujours douloureux.

L'opération subie à 6 ans, d'abord, qui n'a pas permis de déterminer son sexe. Ses parents la vivent très mal et « *commencent à contester tout ce qu'on leur a appris, y compris sur le plan médical* ». Ils éloignent leur fils des médecins. Ce qui fait que contrairement à l'immense majorité des enfants intersexués nés à partir

des années 60, à qui on ne laissera guère le choix, Gaëtan ne subira jamais d'opération visant à donner à son sexe une apparence conforme à son état civil.

Son enfance est cependant une suite de non-dits, de traumatismes. À 6-7 ans, il montre son sexe de 2 cm à un cousin : « *C'est bizarre. On te l'a coupé.* » Il ne joue ni à la poupée, ni à la bagarre. « *J'adorais le patin à roulettes, un jeu intersexe. J'étais dans l'équilibre.* »

Mais c'est à l'âge de 12 ans que Gaëtan se rend vraiment compte qu'il n'est pas comme les autres. Entretemps, il a eu deux frères, dont un handicapé. « *Mon père m'a dit que mon frère n'était pas le seul enfant à problèmes de la famille. Que mon cas faisait partie de la tératologie – la science des monstres, comme je l'ai découvert bien des années des plus tard.* » Adolescent, il se sent « *à part, à l'écart. Je ne me transformais pas. Et plus j'avancais en âge, plus je ressemblais à une fille. On m'appelait madame. J'avais une silhouette et des hanches très féminines* ».

Il confie à un copain qu'il a un sexe d'enfant et un frère handicapé mental. Celui-ci lui fait du chantage en retour, menace de tout révéler dans son collège de garçons. « *Je l'ai haï. J'ai redoublé ma 4^e, pour ne plus avoir à être dans sa classe.* » Gaëtan porte une cravate pour se viriliser, mais rien n'y fait : « *J'avais juste l'air inadapté. Je n'arrivais plus à travailler. Je pensais que j'allais mourir. J'ai écrit à mon père pour lui dire que ça ne pouvait pas continuer comme ça.* »

Gaëtan a alors 21 ans, et son père l'envoie chez son médecin qui entreprend de le soigner par l'hypnose. « *Au bout de 5 ou 6 séances, alors que j'étais profondément endormi, il m'a demandé si j'étais un garçon. J'ai crié "Non !!!". Malheureusement, il n'a pas eu la curiosité de me demander si j'étais une fille.* »

Il passe à la suite toute une batterie d'exams à l'hôpital Necker. « *De mes goûts, ma personnalité, ma façon de me comporter, ils ont déduit que j'étais une fille.* » Ou plus exactement, « *le jour de mes 22 ans, le professeur m'a recommandé de devenir une fille. Il considérait que rester comme j'étais était inenvisageable. Mais j'ai refusé. Je ne me sentais pas femme. Pas homme non plus d'ailleurs. Choisir*

n'aurait pas résolu le problème ». Pendant toutes ces années, Gaëtan n'a pas de pulsion, pas d'attrance sexuelle.

Une rencontre va changer sa vie : la méditation transcendante. « *Ça a été une manière de m'apaiser, d'éliminer le stress, de me confier un peu.* » À 31 ans, il devient guide touristique et c'est un médecin du travail, catastrophé de le savoir sans traitement, qui, à 35 ans, lui en impose un. « *On m'a donné des doses très fortes de testostérone. Ce fut extrêmement violent. Une sorte de viol intérieur. J'arrêtais, je ne voulais pas devenir un homme. J'espérais que cela soit réversible. Mais les médecins m'obligeaient à reprendre pour éviter l'ostéoporose [maladie des os – ndlr]. Résultat : cela m'a donné des désirs qui ne sont pas du tout en accord avec ma physiologie.* » Ainsi que des poils, une barbe fournie, qui lui donnent une apparence si masculine aujourd'hui.

Ce n'est qu'à 40 ans que Gaëtan trouvera l'apaisement. Il rencontre une femme, ils adoptent un enfant. Il trouve sur Internet un site dédié à l'intersexualité. « *J'ai découvert que je n'étais pas seul au monde, que l'intersexualité était plus courante que je ne l'imaginai, qu'elle était très diverse.* »

Après la mort de ses parents, il décide donc de demander une rectification de son sexe de naissance, et entreprend une action en justice. « *C'est la seule démarche qui me permet d'avoir comme les autres une identité sexuelle en accord avec moi-même. Car tous les jours, quand je me déshabille, je vois bien que je ne suis pas un homme. Ni une femme.* »

« C'est au législateur de trancher », estime l'avocat général auprès de la Cour de cassation

Son avocat Bertrand Périer, qui a pris le relais de Mila Petkova devant la Cour de cassation, s'appuie en droit sur deux éléments. L'article 57 du code civil dit que « *l'acte de naissance énoncera (...) le sexe de l'enfant* », mais il ne dit rien de la nécessité d'écrire « homme » ou « femme »... Pour l'avocat, « *les catégories de l'état civil sont des constructions intellectuelles abstraites de l'esprit humain. Elles ne sont ni absolues*

ni intangibles, l'état civil ayant pour objet de refléter la réalité des situations humaines. C'est à l'état civil de s'adapter ». Et non l'inverse.

Certes, une **circulaire du 28 octobre 2011** précise que lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, les parents peuvent, par une procédure particulière, disposer d'un ou deux ans pour déterminer le sexe de leur enfant. Mais pour Gaëtan, « *c'est l'affaire de toute une vie, un état permanent* », que la circulaire ne règle en rien.

Surtout, Bertrand Périer prend appui sur **l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** : interdire à une personne intersexuée de faire inscrire sur son état civil un sexe correspondant à son état réel constituerait une atteinte disproportionnée à sa vie privée.

A contrario, la cour d'appel d'Orléans avait estimé que la demande était en contradiction avec « *l'apparence physique et le comportement social* » du requérant. Un argument qui ne tient pas, selon l'avocat : les éléments d'apparence masculine (barbe et voix) étant uniquement la conséquence d'un traitement médical destiné à lutter contre l'ostéoporose. Par ailleurs, Bertrand Périer estime complètement abusif de déduire du fait que Gaëtan a une femme et un enfant qu'il aurait un « *comportement social masculin* ».

À l'audience, Bertrand Périer a tenté de vulgariser l'enjeu : « *On ne doit pas dire d'un carré qu'il est un rond. C'est à la typologie de s'adapter. C'est comme si on disait, il y a les blonds, les bruns et rien d'autre. Et les roux ? On les teint ? On les tond ? Ou on reconnaît qu'il y a des roux ?* »

Les défenseurs des droits des personnes intersexuées s'appuient aussi sur des droits de plus en plus reconnus à l'étranger. Au Népal, au Pakistan, en Inde, au Kenya, dans l'État de New York. Mais aussi en Australie, où a été reconnue la possibilité d'écrire, sur la case sexe du registre de l'état civil, la mention « non spécifique ».

L'Allemagne n'a pas été jusque-là. Mais depuis 2013, les parents d'enfants intersexués peuvent ne pas mentionner de sexe. Et la personne concernée peut choisir de maintenir ce statut indéterminé durant toute sa vie.

En marge de l'audience, le chercheur Benjamin Moron-Puech, **spécialiste de la question**, estime de son côté que créer une nouvelle catégorie ne mettrait pas en péril le droit français. Les règles de discrimination positive (comme la parité), de filiation, de séparation des individus (comme par exemple en prison ou dans les centres d'hébergement d'urgence), sur la procréation médicalement assistée ou même pour les compétitions sportives, pourraient selon lui être adaptées sans difficulté majeure.

Mais à entendre l'avocat général, le principal argument allant à l'encontre de Gaëtan est ailleurs : c'est au législateur qu'il appartiendrait de trancher une question si importante, « *ce véritable problème de société, problème humain, complexe, douloureux* ». Pas au juge. Ce que conteste Bertrand Périer : « *Le juge ne peut se réfugier derrière la complexité de la question posée pour renvoyer cette question au législateur. Ils ne peuvent sans cesse se renvoyer la balle. La Cour doit au contraire défendre les libertés fondamentales énoncées par les conventions internationales qui ont une valeur supérieure à celle des lois.* »

De façon inattendue, le président de la République François Hollande s'est invité dans le débat quelques jours avant l'audience. Car derrière la situation de Gaëtan, bien spécifique, émergent les situations de tous les enfants qui ont subi des interventions chirurgicales. Alors qu'il **recevait vendredi 17 mars à l'Élysée** des acteurs engagés dans la lutte contre les discriminations à l'encontre des lesbiennes, gays, bi et trans (LGBT), François Hollande a expliqué souhaiter que cessent ces opérations « *d'assignation* », qui « *sont de plus en plus largement considérées comme des mutilations* ».

Depuis des dizaines d'années, la binarité homme/femme a en effet conduit des centaines de parents et praticiens à faire effectuer des actes chirurgicaux visant à modifier l'apparence physique des nourrissons ou de très jeunes enfants pour les faire entrer de force et de façon artificielle dans l'une des deux catégories existantes. Comme si l'intersexuation était une pathologie à soigner. « *En reconnaissant un sexe*

neutre, la Cour de cassation mettrait un terme à ces faits odieux », selon les défenseurs des droits des intersexués.

François Hollande a pris position dans un contexte hostile : la France s'est fait taper sur les doigts en mai 2016 par le Comité contre la torture de l'ONU, qui l'exhortait à «prendre des mesures législatives, administratives ou autres pour garantir le respect de l'intégrité physique des personnes intersexuées». En janvier dernier, la Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (Dilcrah) estimait également que « lorsqu'elles ne sont pas impératives pour des raisons médicales, ces opérations sont des mutilations et doivent cesser ». Mêmes critiques du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, du Comité des droits de l'enfant pour la France ou encore du Comité pour l'élimination des discriminations envers les femmes : ces interventions entraînent des souffrances physiques et psychologiques.

La question de ces mutilations, qui a également été soulevée dans **un rapport de la délégation aux droits des femmes du Sénat**, pourrait ainsi ouvrir un nouveau front judiciaire dans les prochains mois. **Lorsqu'il a été entendu** par cette délégation en février, le défenseur des droits Jacques Toubon a estimé que « toute personne devrait avoir le droit de ne pas renseigner la mention de son sexe sur les documents de la vie courante ». Et il a recommandé la mise en place d'une indemnisation via un fonds, sur le modèle de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux.

Avant de lancer cette bataille de l'indemnisation, chacun attend cependant la décision de la Cour de cassation. Elle sera rendue le 4 mai.

Boite noire

(1) Gaëtan est le prénom qu'il a choisi pour l'article, par souci de discrétion.

Directeur de la publication : Edwy Plenel

Directeur éditorial : François Bonnet

Le journal MEDIAPART est édité par la Société Editrice de Mediapart (SAS).

Durée de la société : quatre-vingt-dix-neuf ans à compter du 24 octobre 2007.

Capital social : 28 501,20€.

Immatriculée sous le numéro 500 631 932 RCS PARIS. Numéro de Commission paritaire des publications et agences de presse : 1214Y90071 et 1219Y90071.

Conseil d'administration : François Bonnet, Michel Broué, Laurent Mauduit, Edwy Plenel (Président), Sébastien Sassolas, Marie-Hélène Smiéjan, Thierry Wilhelm. Actionnaires directs et indirects : Godefroy Beauvallet, François Bonnet, Laurent Mauduit, Edwy Plenel, Marie-Hélène Smiéjan ; Laurent Chemla, F. Vitrani ; Société Ecofinance, Société Doxa, Société des Amis de Mediapart.

Rédaction et administration : 8 passage Brulon 75012 Paris

Courriel : contact@mediapart.fr

Téléphone : + 33 (0) 1 44 68 99 08

Télécopie : + 33 (0) 1 44 68 01 90

Propriétaire, éditeur, imprimeur : la Société Editrice de Mediapart, Société par actions simplifiée au capital de 28 501,20€, immatriculée sous le numéro 500 631 932 RCS PARIS, dont le siège social est situé au 8 passage Brulon, 75012 Paris.

Abonnement : pour toute information, question ou conseil, le service abonné de Mediapart peut être contacté par courriel à l'adresse : serviceabonnement@mediapart.fr. ou par courrier à l'adresse : Service abonnés Mediapart, 4, rue Saint Hilaire 86000 Poitiers. Vous pouvez également adresser vos courriers à Société Editrice de Mediapart, 8 passage Brulon, 75012 Paris.