

## Le sexe et le Droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi

Daniel Borrillo\*

*L'ingéniosité déployée pour uniformiser les aptitudes d'individus possédant des dons différents permet d'accroître considérablement le nombre des individus extérieurement comparables dans leur fonctionnement social, mais tend à proscrire les différences subjectives qui pourraient, elles aussi, contribuer à enrichir la civilisation.*

Margaret Mead

**Resume:** La logique binaire des sexes, bien qu'absente de manière explicite, apparaît comme un soubassement du système juridique en matière des droits des personnes et de droit de la famille. Dès la naissance, l'individu est inscrit dans la «classe» féminine ou masculine, condition qui déterminera le reste de sa vie juridique. Les cas des intersexuels et des transsexuels

\* Professeur de droit privé à l'Université de Paris Ouest et chercheur associé au Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS). Il anime un séminaire doctoral sur le droit des sexualités dans le Master de Droit de l'Homme et Libertés Publiques. Il est auteur de la discipline et a publié en 2009 "Le droit des sexualités" dans la prestigieuse collection "Les voies du droit" des presses universitaires de France. Daniel Borrillo est expert auprès de l'Union européenne et professeur invité dans plusieurs universités du continent. E-mail: [borrillo@u-paris10.fr](mailto:borrillo@u-paris10.fr).

mettent de manifeste la violence des assignations obligatoires et montrent les difficultés auxquelles sont confrontés ces personnes pour mettre en accord le sexe subjectif avec le sexe juridique. A partir, d'une étude du droit civil français, le présent article analyse de manière critique l'assignation de genre et la matrice hétérosexuelle de la loi pour proposer la disparition de la catégorie «sexe» des actes de l'état civil. Comme la race, la classe ou la profession, le genre ne semble plus pertinent, selon l'auteur, comme élément définitoire du sujet de droit.

**Mot cle:** Sexe. Etat des personnes. Transsexualisme. Hermaphroditisme. Intersexuels. Registre civil. Mariage entre personnes de même sexe.

## 1 INTRODUCTION

Dans *L'arrangement des sexes* (1977), Goffman, décrit le genre comme le code fondamental autour duquel s'articulent les interactions humaines et s'agencent les structures culturelles.<sup>1</sup> La donnée biologique de la différence de sexes (les femmes mettent au monde, elles allaitent et sont généralement plus petites...) déterminerait une assignation spécifique. Bien qu'il s'agisse d'une différence peu significative comparée à d'autres telles l'âge, la fortune, l'origine ethnique..., elle apparaît comme fondamentale lorsqu'il s'agit de définir les rôles sociaux. Pour Goffman, ce qui est relevant c'est moins les différences objectives que le dispositif culturel qui a fait de ces différences un système si intelligible de nos conventions sociales qu'il finit par apparaître comme naturel et allant de soi.

---

<sup>1</sup> Cf. GOFFMAN, E. *The arrangement between the sexes. Theory and Society*, v. 4, n. 3, p. 301-331, 1977, traduit en 2002 et publié par *La Dispute* (Coll. Le Genre du Monde).

Judith Butler, a raison d'affirmer qu'il n'existe pas une différence objective antérieure au genre (tel le sexe) mais c'est le genre lui-même qui produit la différence et la perpétue.<sup>2</sup> Thomas Laqueur, dans le sillage de Michel Foucault, montre comment à partir du XVIIIème siècle s'est effectuée, avec l'essor de la biologie et de la médecine, une "sexualisation" du genre qui était jusque-là pensé en termes d'identité ontologique et culturelle beaucoup plus que physique. Le genre définit désormais qualités, vertus et rôles selon des racines biologiques.<sup>3</sup> Le genre devient ainsi une épistémologie permettant de donner sens à la différence de sexes. L'humain est désormais constitué de deux corps stables définis biologiquement par deux grammaires distinctes, XY et XX, permettant l'écriture cohérente du destin individuel et social. Hommes et femmes établissent un négoce sexuel organisé autour d'un ordre hiérarchique et à finalité reproductive: l'hétérosexualité. La psychanalyse fournira la théorie permettant d'expliquer, à partir du genre, l'orientation sexuelle des individus:

Trop de mère et pas assez de père maintient le petit garçon dans une symbiose trop profonde et surtout trop prolongée, et imprègne son vécu d'une identité féminine. Pour se sentir masculin, un garçon doit s'arracher à cette symbiose, aidé en cela par son père qui se posera en rival et en modèle identificatoire. En cas d'échec, son genre aura toutes les chances de pencher vers le féminin. Cela serait vrai également pour la fille: trop de père et trop peu de symbiose maternelle entraînerait la fille vers le pôle masculin.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Cf. BUTLER, Judith. *Trouble dans le genre*: pour un féminisme de la subversion. Préface d'Éric Fassin, traduction de Cynthia Kraus. Paris: La Découverte, 2005.

<sup>3</sup> Cf. LAQUEUR, Thomas. *La fabrique du sexe*: essai sur le corps et le genre en Occident. Paris: Gallimard, 1992.

<sup>4</sup> DELAUNOY, Jacques. Plaidoyer pour une certaine ignorance. *Topique*, p. 40.

## 1.1 La grammaire des sexes

Dès leur naissance, les enfants sont inscrits dans l'une ou l'autre des classes sexuelles. Cette assignation universelle, en principe irréversible, déterminera, au travers d'un triage durable, une socialisation différenciée. Prétendument fondée sur une réalité biologique, la *summa divisio* sexuelle apparaît de surcroît comme naturelle et inéluctable. La littérature d'aéroport mais aussi la vulgate psychanalytique<sup>5</sup> confortent l'idée selon laquelle les différences entre les sexes constituent non seulement un fait, mais véhiculent des valeurs telles la diversité et la complémentarité réservant aux uns la reproduction et aux autres la production et ce dans un ordre conjugal.

Malgré des nombreuses études et essais – à commencer par ceux de Margaret Mead<sup>6</sup> et de Simone de Beauvoir<sup>7</sup> – démontrant dès l'après guerre que le tempérament est déterminé culturellement, l'argument de la «différence des sexes» continue de nos jours à être mis en avant, notamment pour prescrire le caractère hétérosexuel du mariage et de la filiation.<sup>8</sup>

Dans l'ordre binaire des sexes, les individus sont nécessairement distribués en deux groupes: mâles ou femelles. Les comportements attendus pour chaque «nomenclature sexuelle»

<sup>5</sup> Pour une analyse critique du discours et de la pratique psychanalytique cf. ERIBON, D. *Echapper à la psychanalyse*: notes sur l'amour et l'amitié. Paris: Léo Scheer, 2005.

<sup>6</sup> Cf. MEAD, M. *L'un et l'autre sexe*: le rôle de l'homme et de la femme dans la société (1948). Paris: Denoël-Gonthier, 1966.

<sup>7</sup> Cf. BEAUVOIR, S. de *Le deuxième sexe*: Paris: Gallimard, 1949.

<sup>8</sup> Le mariage ce n'est pas seulement un couple, mais, selon Irène Théry, «l'institution qui lie la différence des sexes à la différence des générations». (THERY, Irène. *Couple, filiation et parente aujourd'hui*: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Paris: Odile Jacob, 1998. [Rapport officiel])

détermine les rapports sociaux de sexe, c'est-à-dire la référence, le prototype de la masculinité et de la féminité, construit par chaque société et à partir duquel se mesure l'ensemble des comportements humains. Pour illustrer cette idée, Jessie Bernard, dans son ouvrage *Women and the Public Interest*,<sup>9</sup> rattache certaines caractéristiques aux femmes: affectivité, passivité en amour, obéissance, modestie, pudeur, amour du foyer, tendance monogamique, goût de la mode, soins du bébé... Cette situation se retrouve dans l'univers professionnel au sein duquel les femmes occupent majoritairement les postes de secrétaires, réceptionnistes, *baby sitters*, infirmières ou domestiques. Les analyses de Sylvie Schweitzer démontrent que ce n'est pas le travail en tant que tel qui a été longtemps refusé aux femmes, mais certaines professions, celles qui permettaient la prise de décision et donc l'organisation des mutations sociales.<sup>10</sup> La même conception essentialiste guide la jurisprudence qui, en matière de divorce, donne presque systématiquement à la mère le droit de garde des enfants en bas-âge ou encore la loi civile qui considère le sexe (féminin) comme élément permettant de qualifier la violence en tant que vice du consentement.<sup>11</sup>

La famille comme premier lieu de socialisation oriente la fille vers un rôle plutôt de nature domestique et le garçon vers les activités plus fortement fondées sur la compétition. Plusieurs recherches ont démontré que la littérature enfantine dépeint rarement un monde paritaire au sein duquel garçons et filles échangent de manière égalitaire. La fonction maternelle

<sup>9</sup> Cf. BERNARD, Jessie. *Women and the public interest*, p. 26.

<sup>10</sup> Cf. SCHWEITZER, Sylvie. *Les femmes ont toujours travaillé: une histoire du travail des femmes aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, p. 322.

<sup>11</sup> Art. 1.112 du Code civ.: «Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes».

est omniprésente et apparaît comme le modèle de l'adulte féminin alors que le travail valorisé apparaît comme une activité principalement masculine. Lorsqu'une femme travaille, elle le fait dans les métiers de l'enseignement ou du soin des enfants.<sup>12</sup> Comme le soulignent Blandine Destremeau et Bruno Lautier, «le travail fait par les employées domestiques est une des principales formes d'emploi féminin dans la plus grande partie du monde».<sup>13</sup> Et l'accès des femmes aux professions nobles est accompagné souvent d'une dévalorisation de ces dernières.<sup>14</sup>

L'apprentissage du genre permet ainsi (et encore) de construire l'idéologie de la complémentarité. Chacun apprend quelle est sa place, laquelle détermine non seulement une fonction sociale spécifique mais aussi une identité psychologique, à tel point que Goffman considère le genre, et non pas la religion, comme l'opium des peuples. En effet, l'identité sexuelle demeure la plus forte des identifications dans les sociétés occidentales.<sup>15</sup> Les idéaux sexuels fonctionnent de telle sorte qu'ils permettent la recherche de l'identification subjective et de la complémentarité «objective»: la fragilité féminine s'accorde avec la solidité masculine et la propension domestique de la femme avec la capacité à réaliser des projets, propre aux hommes. Le mariage apparaît ainsi plus comme le théâtre dans lequel se jouent les rôles de genre que comme le lieu de la solidarité du couple ou de l'accueil des enfants. Cela explique la résistance à élargir cette institution aux couples de même sexe,

<sup>12</sup> Cf. BRUGEILLES, C.; CROMER, I.; CROMER, S. Les représentations du masculin et du féminin dans les albums illustrés ou comment la littérature enfantine contribue à élaborer le genre. *Population*, v. 57, n. 2, p. 261-292, 2002.

<sup>13</sup> Cf. BLANDINE, Destremeau; BRUNO, Lautier. Femmes en domesticité: les domestiques du Sud, au Nord et au Sud. *Revue Tiers Monde*, p. 252.

<sup>14</sup> Cf. BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998.

<sup>15</sup> Cf. FINE, Agnès. Maternité et identité féminine. In: KNIBIEHLER, Y. (Dir.). *Maternité, affaire privée, affaire publique*. Paris: Bayard, 2001. p. 61-76.

revendication perçue comme une entreprise d'indifférenciation des sexes dévastatrice pour la civilisation:

Instituer l'homosexualité avec un statut familial, c'est mettre le principe démocratique au service du fantasme. C'est fatal, dans la mesure où le droit, fondé sur le principe généalogique, laisse la place à une logique hédoniste, héritière du nazisme.<sup>16</sup>

La logique binaire du genre prend dans ce contexte homophobe une nouvelle signification. Elle renvoie non pas tant au statut de l'un et l'autre sexe mais plutôt à leur complémentarité,<sup>17</sup> autrement dit à l'hétérosexualité.<sup>18</sup> Effectivement, le droit institue le principe de non-discrimination des sexes aussi bien sur le plan privé que public: l'égalité conjugale et l'égalité parentale sont presque parfaites et la parité est un objectif constitutionnel. Le maintien de la catégorie «genre» n'a plus tellement de pertinence dès lors qu'elle renvoie à la condition des femmes. Le genre demeure, en revanche, très actuel en tant que dispositif de la différence des sexes, soubassement du lien conjugal et parental. Le principal obstacle à l'égalité cesse donc d'être le genre en tant que «classe

<sup>16</sup> LEGENDRE, Pierre. Entretien avec Antoine Spire. *Le Monde*, 23 oct. 2001.

<sup>17</sup> La Grèce antique concevait la complémentarité d'une manière bien plus ouverte: «Ainsi, dit Aristophane, c'est depuis un temps aussi lointain qu'est implanté dans l'homme, l'amour qu'il a pour son semblable: l'amour rassembleur de notre primitive nature, l'amour qui, de deux êtres, tente d'en faire un seul, autrement dit de guérir l'humaine nature. Chacun de nous est donc la moitié complémentaire d'un autre. Si Zeus a coupé un homme, cela fait des hommes qui ne s'intéressent qu'aux hommes. S'il a coupé une femme, cela fait des femmes qui ne font pas très attention aux hommes. S'il a coupé un androgyne, la partie homme est amoureuse des femmes et cela fait les maris qui trompent leur femme, la partie femme est amoureuse des hommes et cela fait les femmes qui trompent leur mari». (PLATON. *Le banquet*, p. 325)

<sup>18</sup> Cf. BORRILLO, D. La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion. In: FORTIN, Véronique; JEZEQUEL, Myriam; KASIRER, Nicholas (Dir.). *Les sept péchés capitaux et le droit privé*. Montréal: Thémis, 2007.

des femmes» pour devenir le genre comme complémentarité, critère renvoyant à la prééminence de l'hétérosexualité dans les institutions du droit de la famille.

## 1.2 La traduction juridique de la réalité sociale

Le droit n'a pas uniquement une vie objective, il existe également dans l'expérience subjective des acteurs individuels<sup>19</sup> et, en ce sens, il participe très activement à l'arrangement des sexes au niveau de l'individu par rapport à lui-même ainsi que dans ses relations familiales et sociales. Depuis l'irruption de l'école historique, le droit ne peut plus être conçu uniquement comme un ensemble abstrait de règles imposées à la société, mais comme partie intégrante de cette société, qui plonge ses racines dans les usages et habitudes culturels et dans la tradition. Rarement mentionné explicitement, le sexe est omniprésent dans le droit en tant qu'institution d'origine patriarcale dans laquelle la subordination des femmes et des enfants ainsi que l'injonction à l'hétérosexualité constituent les piliers du pouvoir juridique. A l'instar de Foucault, le pouvoir doit être pensé d'une manière plus large, comme une force productive des rapports sociaux plutôt que comme simple puissance répressive. Le droit apparaît ainsi non seulement comme dépositaire du réel mais également comme son créateur, dès lors que le réel est gravé dans le marbre de la loi.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Il peut sembler étonnant de faire une affirmation aussi banale qu'évidente mais dans le contexte de l'enseignement du droit français et de sa reproduction théorique il n'est pas inopportun de rappeler que le droit n'est qu'une variable dépendante de la société, point d'accord de l'ensemble des théories non positivistes telles le culturalisme, le *Critical Legal Studies*, le fonctionnalisme ou le structuralisme juridique.

<sup>20</sup> MACCORMICK, D. Neil; BANKOWSKI, Zenon. La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques. In: AMSELEK, Paul (Dir.). *Théorie des actes du langage, éthique et droit*. Paris: PUF, 1986.



Malgré les avancées significatives des dernières quarante années en matière de contraception, homosexualité, transsexualisme... la sexuation du sujet par le droit continue à être un acte de production d'inégalités masquées par le caractère naturel de l'assignation des genres aussi bien dans l'établissement de l'état des personnes (I) que dans l'accès au droit au mariage et à la filiation (II).

## 2 SEXE ET ETAT DE PERSONNES

Le sujet de droit est la personne physique ou morale, titulaire de prérogatives et d'obligations. Alors que la personne morale apparaît comme une entité asexuée, l'individu-personne physique – est, dans l'état actuel du droit positif, nécessairement mâle ou femelle. Il faut attendre l'année 2010 pour qu'une autorité publique<sup>21</sup> admette l'existence du genre neutre,<sup>22</sup> catégorie pourtant omniprésente dans l'inconscient collectif occidental<sup>23</sup> et explicite sur le plan grammatical.<sup>24</sup>

Norrie May-Welby est la seule personne au monde à être considérée juridiquement de sexe «neutre» et l'Australie le premier pays à inscrire dans l'acte de naissance: *not-specified gender*.

<sup>21</sup> Gouvernement du New South Wales, Australie, mars 2010.

<sup>22</sup> A. Lacassagne, l'un des fondateurs de la médecine légale en France, avait pourtant proposé l'inscription du genre neutre sur les registres de l'état civil en cas d'hermaphrodisme, cf.: LACASSAGNE, A. *Les actes de l'état civil: étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort*, p. 91.

<sup>23</sup> Selon Platon l'espèce humaine comportait trois genres: les mâles nés du soleil, les femelles nées de la lune, et les androgynes (les plus nombreux) qui participaient des deux planètes à la fois.

<sup>24</sup> Comme le souligne Bryher «les noms des choses, dans la langue anglaise, ne sont ni au féminin ni au masculin, ils n'ont pas de genre, ce qui est beaucoup plus sensé et beaucoup plus reposant». (BRYHER, Annie W. Préface. In: \_\_\_\_\_ BRYHER [Winifred Ellerman]: *Beowulf: roman d'une maison de the dans Londres bombarde*, p. 14-15)

Toutefois, l'affaire Norrie May-Welby demeure l'exception qui confirme la règle: pas de salut en dehors de la dualité des genres...

L'état de la personne est constitué par l'ensemble des règles qui définissent sa personnalité juridique et qui l'individualisent par rapport à sa famille et à la société dans son ensemble. L'état d'une personne comprend principalement ses nom et prénoms, son lieu et date de naissance, sa filiation, sa nationalité, sa capacité civile, son domicile, sa situation au regard de l'institution du mariage (célibataire, marié, pacsé ou divorcé) ainsi que son sexe.

Le premier alinéa de l'article 57 du Code civil dispose: «L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés...». Ainsi, l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né détermine:

- l'appartenance à l'un ou l'autre sexe,
- la reconnaissance de cet état par la société (Etat Civil),
- l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui qui le porte.

Il arrive toutefois que l'enfant possède les organes sexuels des deux sexes. Dans l'antiquité gréco-romaine l'hermaphrodisme était considéré comme une forme de monstruosité, «les êtres pourvus de deux sexes semblent avoir été impitoyablement éliminés, comme des monstres, c'est-à-dire comme des signes funestes envoyés aux hommes par les dieux pour manifester leur colère et pour annoncer la destruction de l'espèce humaine».<sup>25</sup> Selon un récit de Mahomet: «Si un homme pénètre sa femme pendant ses règles,

---

<sup>25</sup> BRISSON, Luc. *Le sexe incertain: androgynie et hermaphrodisme dans l'antiquité gréco-romaine*, p. 9.

le diable le précède et la rend enceinte donnant lieu à des enfants hermaphrodites». <sup>26</sup>

Le droit moderne reproduit cette conception maudite de la double appartenance aux sexes masculin et féminin. En effet, selon la jurisprudence actuelle, «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». <sup>27</sup> De surcroît, *l’Instruction générale relative à l’état civil* précise que

lorsque le sexe du nouveau né est incertain, il convient d’éviter de porter l’indication ‘sexe indéterminé’ et l’officier d’état civil doit conseiller aux parents de 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. C’est ce sexe qui sera indiqué dans l’acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d’erreur. <sup>28</sup>

Appelé autrefois hermaphrodisme (fils d’Hermès et d’Aphrodite), <sup>29</sup> ce phénomène est connu scientifiquement aujourd’hui sous le terme d’intersexualisme. <sup>30</sup> Cas de force

<sup>26</sup> MAHOMET. *Le Coran*. Vevey: Éditions de l’Aire, 2008 *apud* ABU-SAHLIEH, Sami Awad Aldeeb. *Religion et droit dans les pays*, p. 192.

<sup>27</sup> PARIS. Cour d’Appel (CA). Décision du 18 janvier 1974 (Refus de changement de sexe), *Dalloz*, p. 508, 1999, conclusion Granjon.

<sup>28</sup> REPUBLIQUE FRANÇAISE. *Instruction générale relative à l’état civil du 11 mai 1999 (Annexe)*: art. 288. Disponible en: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000647915&dateTexte>>. L’accès à: 10 jan. 2009.

<sup>29</sup> Le mythe d’Hermaphrodite raconté par Ovide dans le livre IV des *Métamorphoses* est la première explication de ces individus qui semblent «n’avoir aucun sexe ou les avoir tous deux».

<sup>30</sup> Caractérisé par la présence chez un même sujet de tissu testiculaire et de tissu ovarien séparés ou fusionnés en un seul organe.

majeure, cette situation permet une modification du sexe déclaré, considéré comme résultant d'une erreur matérielle du fait de l'incertitude initiale. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a fait suite à la demande de rectification de l'état civil et de changement de prénom d'un enfant ayant présenté dès la naissance des organes sexuels masculins extrêmement insuffisants, puisque finalement le sexe indiqué à l'origine s'était révélé erroné.<sup>31</sup> En tout état de cause, c'est au médecin de décider du genre du nouveau-né. On est loin de la proposition du garde des Sceaux de 1816 qui, à propos des hermaphrodites, estimait que «c'est aux individus que cela concerne ou à leurs parents de choisir le sexe qui paraît leur convenir». C'est à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle que Lacassagne, fondateur de la médecine légale, demande la modification de l'état civil afin que le médecin statue sur «le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil».<sup>32</sup>

En dehors des cas d'hermaphrodisme, la Cour de cassation adoptait une position restrictive et n'acceptait les demandes en rectification de l'état civil que dans certaines circonstances exceptionnelles, c'est l'exemple d'un homme déporté qui pendant la deuxième guerre mondiale a subi des expériences chirurgicales et il a pu obtenir un changement de prénom.

Pendant longtemps la justice française était sourde aux demandes des transsexuels et, même si l'opération de changement de sexe était tolérée, la modification d'état civil leur était refusée au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe d'ordre public:

le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut pas s'analyser en un véritable changement de sexe, le

<sup>31</sup> VERSAILLES. Cour d'Appel (CA). Décision du 22 juin 2000 (Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite), *JCP G* II, n. 10.595, p. 1.781-1785, 2001, note Guez.

<sup>32</sup> LACASSAGNE, A. *Les actes de l'état civil*, p. 91.

transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'a pas pour autant acquis ceux du sexe opposé.<sup>33</sup>

Le transsexualisme (connu scientifiquement sous la dénomination de «dysphorie de genre») est le sentiment d'appartenir au sexe opposé à celui assigné à la naissance. Le transsexualisme met en évidence la complexité du sexe et de ses diverses composantes: sexe génotypique, sexe phénotypique, sexe endocrinien, sexe psychologique, sexe culturel et sexe social. Lorsqu'il n'y a pas accord entre les aspects biologiques et les aspects psychosociologiques du sexe, certaines personnes se trouvent face à une situation de trouble d'identité de genre. Souvent elles souhaitent se soumettre à une intervention chirurgicale pour rectifier leur anatomie<sup>34</sup> et changer d'état civil. Le refus de mettre en accord les documents d'identité avec le nouveau sexe a été considéré par la Cour européenne des droits de l'homme contraire au respect du droit de la vie privée<sup>35</sup> provoquant un revirement de la jurisprudence française.<sup>36</sup> Désormais, la personne transsexuelle peut obtenir le changement de son état civil une fois sa morphologie

<sup>33</sup> PARIS. Cour de Cassation (Cass. Civ.), première chambre civile. Décision du 21 mai 1990 (Le transsexualisme), *Bulletin Civil I*, n. 117, p. 83.

<sup>34</sup> Les premières opérations de changement de sexe eurent lieu durant le 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> siècle av. ANDROUTSOS, J.-C.; PAPADOPOULOS, G. M.; GEROULANOS, S. Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité. *Andrologie*, v. 11, n. 2, p. 89-93, 2001.

<sup>35</sup> *B. contre France*, du 25 mars 1992 n. 13343/87. Cette décision de la Commission Européenne des Droits de l'Homme produit un changement de sa propre jurisprudence. En effet dans les affaires *Van Oosterwijck contre Belgique* du 6 novembre 1980 n. 7654/76, *Rees contre Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 n. 9532/81, *Cossey contre Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 n. 10843/84, la CEDH n'avait pas condamné les Etats qui ne modifient pas l'état-civil des transsexuels.

<sup>36</sup> PARIS. Cour de Cassation. Assemblée Plénière. Décision du 11 décembre 1992 (Le transsexualisme, indisponibilité de l'état des personnes et modification de l'état civil d'une personne), *JCP II*, p. 21.991, 1995.

modifiée<sup>37</sup> et son comportement social conférant une apparence du sexe revendiqué établi. Toutefois, si la modification physique n'est pas définitive, le juge refuse également le changement du prénom.<sup>38</sup> La vérité sociale et l'apparence priment donc sur la réalité chromosomique.

Après l'inscription du changement physiologique dans l'état civil (acte de naissance et autres pièces d'identité), le transsexuel peut exercer tous les droits attachés au nouveau sexe y compris le droit au mariage.<sup>39</sup> La question se pose, cependant, du devenir du lien matrimonial si la personne transsexuelle était mariée avant le changement de sexe.<sup>40</sup> S'il n'existe pas de problèmes particuliers quand les conjoints décident de divorcer de commun accord, la difficulté apparaît lorsque l'un des époux ne souhaite pas rompre le lien matrimonial. Dans ce cas, le divorce est prononcé pour faute constitutive d'une violation des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune.<sup>41</sup> Or, comme le souligne L. Mauger-Vielpeau,

<sup>37</sup> Le Conseil de l'ordre de médecins autorise la conversion sexuelle depuis 1979 (art. 41 du Code déontologique). Il faut souligner que les juridictions pénales n'ont jamais condamné un médecin pour le crime de castration ni un transsexuels pour automutilation avant même la décision de l'Ordre. (CONSEIL DE L'ORDRE DE MEDECINS. *Code déontologique*: article 41. Disponible en: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-41-mutilation-265>>. L'accès à: 10 jan. 2009)

<sup>38</sup> NANCY COUR d'Appel (CA). Décision du 14 nov. 2003 (Refus d'autoriser à changer le prénom), *Bulletin d'Informations de la Cour de Cassation (BICC)*, n. 895, 1<sup>o</sup> jun. 2004. L'opération chirurgicale n'est pas obligatoire en Espagne pour procéder au changement de l'état civil des transsexuels.

<sup>39</sup> COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Décision Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n. 28957/95.

<sup>40</sup> Contrairement à d'autres lois européennes, la loi française n'exige pas que le transsexuel soit célibataire pour lui permettre la rectification de son état civil.

<sup>41</sup> NIMES. Cour d'Appel (CA). Décision du 7 juin 2000 (Transsexualisme fondement d'un divorce pour faute). *LPA* 12 avr., n. 73, p. 20, 2001, note J. Hauser, *RTD civ.*, p. 335.

le divorce pour faute ne semble pas constituer la cause de dissolution du mariage adaptée à la situation du transsexualisme. Il est, en effet, inconcevable d'imputer une faute au transsexuel, autrement dit de qualifier sa démarche de volontaire. Depuis que la Cour de cassation a reconnu qu'il s'agissait d'un syndrome, c'est-à-dire d'une maladie qui justifie, sous certaines conditions, le changement d'état civil, il manque au transsexualisme la condition subjective pour caractériser la faute conjugale au sens de l'art. 242 c. Civ.<sup>42</sup>

La situation devient encore plus difficile lorsque les conjoints souhaitent maintenir le lien conjugal en cas de changement de sexe de l'un d'eux. Comme cette situation produirait une reconnaissance indirecte du mariage homosexuel, ce changement de sexe, selon la doctrine majoritaire, rendrait l'union caduque pour absence d'un élément essentiel d'ordre public, à savoir la différence des sexes.<sup>43</sup>

Les liens de filiation existants avant le changement de sexe continuent en l'état, le jugement rectifiant l'acte d'état civil du transsexuel n'a pas de caractère rétroactif. Ainsi, l'acte de naissance des descendants d'un transsexuel n'est pas modifié et la mention de la décision de changement de sexe du parent n'y figure pas. Le transsexuel ne perd donc pas son statut de parent ni, en principe, l'autorité parentale et les droits qui s'y rattachent. Enfin, bien qu'il puisse adopter, le transsexuel n'a pas accès aux techniques de reproduction médicalement assistée. En effet, la loi réserve la procréation artificielle aux couples hétérosexuels stériles. De même, le transsexuel ne peut pas reconnaître l'enfant de sa partenaire conçu par insémination artificielle avec

<sup>42</sup> MAUGER-VIELPEAU, L. Le mariage peut-il «survivre» au transsexualisme d'un époux? *Recueil Dalloz*, p. 124.

<sup>43</sup> COURBE, P. *Droit civil de la famille*, n. 73.

donneur.<sup>44</sup> Toutefois, la nullité de la reconnaissance d'un enfant naturel par un transsexuel, après son changement d'état, ne fait pas obstacle à l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement au profit de celui-ci.<sup>45</sup>

Contrairement aux solutions retenues au Royaume-Uni (*Gender Recognition Act*, entré en vigueur le 4 avril 2005) et en Espagne (*Loi sur la rectification de l'état civil des personnes transsexuelles* du 8 novembre 2006), en France seul peut solliciter un changement de l'état civil l'individu ayant procédé à une opération chirurgicale de réassignation: ablation des organes génitaux avec création d'un néo-vagin ainsi qu'une plastie mammaire, s'agissant d'un transsexuel homme-femme.<sup>46</sup>

Si le transsexualisme n'est plus considéré en France un trouble psychiatrique depuis un décret du 10 février 2010, il demeure toujours une maladie nécessitant une intervention médicale. Les associations de transsexuels considèrent humiliante l'obligation faite par l'État de fournir des certificats de stérilisation et de modification génitale pour obtenir un changement d'identité, bien qu'elles souhaitent le remboursement par la sécurité sociale des frais provoqués par le changement de sexe. La législation française pourrait s'inspirer de celle de nos pays voisins ou suivre simplement la recommandation n. 4 du Commissaire aux droits de

<sup>44</sup> PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 18 mai. 2005 (L'application directe, devant la juridiction française, de deux dispositions de la convention de New York), n. 02-16.336, *Bulletin* I, n. 211, p. 179, 2005.

<sup>45</sup> AIX-EN-PROVENCE. Cour d'Appel (CA), la sixième chambre A, 12 mars 2002. *Dalloz Jurisprudence en ligne*. Disponible en: <<http://bu.dalloz.fr>>. L'accès à: 10 jan. 2009.

<sup>46</sup> Toutefois, la Cour d'appel de Rennes a admis le passage transsexuel en l'absence d'opération chirurgicale: [RENNES. Cour d'Appel (CA). Décision du 26 oct. 1998 (Autorisation de changement de sexe sans opération de réassignation). *Dalloz*, p. 508, 1999]. La cour d'appel d'Aix-en-Provence s'est prononcée dans le même sens par un arrêt rendu le 9 novembre 2001.



l'Homme du Conseil de l'Europe qui, dans son rapport thématique sur «Droits de l'Homme et Identité de Genre» du 31 juillet 2009, demande «dans les textes encadrant le processus de changement de nom et de sexe, de cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux». Le changement de sexe légal pourrait ainsi se faire par simple requête auprès du juge, accompagnée de deux témoins attestant de la réalité et du vécu de la personne dans son sexe revendiqué.

### 3 SEXE, MARIAGE ET FILIATION

Outre l'état des personnes, la sexuaton du sujet de droit détermine les conditions d'accès au mariage et à l'établissement du lien de filiation.

Certes, les constitutions nationales, la Convention européenne des droits de l'Homme et les Chartes internationales consacrant les droits fondamentaux définissent l'individu d'une manière neutre: «toute personne a le droit...», «tout individu a le droit...», «chacun a le droit...» ou encore «nul ne peut être...». Mais lorsqu'elles énoncent le droit au mariage, les créanciers dudit droit deviennent genrés: «A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille...».<sup>47</sup> Toutefois, la Charte européenne des droits fondamentaux, dont les auteurs étaient

<sup>47</sup> CONVENTION Européenne des Droits de L'homme: art. 12. Disponible en: <[http://www.lexinter.net/UE/convention\\_europeenne\\_des\\_droits\\_de\\_l'homme.htm](http://www.lexinter.net/UE/convention_europeenne_des_droits_de_l'homme.htm)>. L'accès à: 10 jan. 2009. L'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme établit: «A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution». (DECLARATION Universelle des Droits de l'Homme. Disponible en: <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>>. L'accès à: 10 jan. 2009)

conscients des enjeux futurs, cesse de définir le mariage à partir de la différence des sexes et énonce simplement que «Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice» (article 9).

Après le mariage de deux hommes célébré par le maire de Bègles le 5 juin 2004, le tribunal de grande instance de Bordeaux a procédé à son annulation considérant que la différence de sexes est, selon le droit français, «une condition du mariage compatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme». La cour d'appel a confirmé cette position soulignant «qu'en droit français le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime. La notion sexuée de mari et femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère»<sup>48</sup> et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision par un attendu aussi bref que lapidaire:

Attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.<sup>49</sup>

La simplicité de l'argument de la Cour de cassation conforte la doxa du mariage comme l'espace institutionnel de la différence des sexes, confirmant ainsi une vieille jurisprudence de la Cour de cassation de 1903 selon laquelle l'un des éléments essentiels à l'existence du mariage est la différence de sexes des partenaires. A l'époque, la question posée était celle de savoir, face à un cas

<sup>48</sup> BORDEAUX. Cour d'Appel (CA), 19 avr. 2005 (La validité du mariage homosexuel), n. 04-04683, *Dalloz Jur.*, p. 1.687, 2005, note Agostini.

<sup>49</sup> PARIS. Cour de Cassation, première chambre civil. Décision du 13 mars 2007 (La différence de sexe comme condition de validité du mariage), n. 05-16.627. *Dalloz AJ.* 935, 2007, obs. Gallmeister.

d'hermaphrodisme, comment déterminer, au-delà des actes de l'état civil, la différence en question. La Cour retiendra comme critère d'appréciation l'apparence extérieure du sexe. Dès lors que le sexe inscrit à l'état civil correspond au sexe biologique manifeste, la *conditio matrimonii* est remplie et les parties peuvent convoler en justes noces.

Dans l'état actuel du droit positif français, l'existence du mariage est donc subordonnée à la constatation de ces deux exigences: la différence de sexes et la concordance de l'organe génital avec le sexe inscrit dans l'acte de naissance.

Depuis 1983, il est admis en France que l'officier d'état civil doit s'en tenir au sexe tel qu'il est mentionné sur les actes d'état civil qui lui sont transmis, ce qui implique la possibilité pour un transsexuel de se marier.<sup>50</sup> La CEDH a également considéré que l'empêchement au mariage lié à la différence de sexe est supprimé dès lors que la modification de l'état civil est effectuée.<sup>51</sup>

La situation semblait claire jusqu'au jour où Mme Camille Barré, transsexuelle de 46 ans et M. Martin León Benito, transgenre de 30 ans qui se faisait appeler «Monica», décident de se marier. Le procureur de la République, à la demande du maire de Rueil-Malmaison, s'oppose au mariage pour absence d'une «véritable volonté matrimoniale, le but exclusivement recherché étant étranger à celui de se comporter comme mari et femme». Se présenter habillées en femme semble ainsi suffire pour rendre leur consentement suspect. Si l'absence de différence de sexes

<sup>50</sup> PARIS. Tribunal de Grande Instance (TGI). Décision du 13 déc. 1983 (Si le mariage d'un transsexuel était possible), *Dalloz*, 1983, et PARIS. Cour D'appel, 17 fév. 1984, *Dalloz*, p. 350, 1984, note M.-L. Rassat, *RTD civ.*, p. 135, 1985, obs. J. Rubellin-Devichi.

<sup>51</sup> COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Décision Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n. 289/57, *Dalloz*, p. 1936, 2003, obs. J.-J. Lemouland, *Dalloz*, p. 525, 2003, obs. C. Birsan.

n'apparaît pas comme le motif explicite empêchant cette union (elle est souvent évoquée pour renforcer la simulation dénoncée), la manière d'organiser la logique argumentative laisse entrevoir une ambiguïté quant à la qualification de l'opposition à mariage. Ainsi, derrière la simulation, le Procureur et le tribunal entendent sanctionner également l'absence de différence de sexe, comprise non pas dans le sens juridique mais comme absence de désir hétérosexuel. Dans ce dessein, le Procureur dénonce le caractère doublement homosexuel de l'acte. Tout d'abord, il ne cache pas sa réticence envers la jurisprudence de la Cour de cassation: «même si les demandeurs justifient par des actes d'état civil qu'ils sont de sexes différents [...] même si la formule chromosomique de Mme Barré reste inchangée, [...] il apparaît qu'en l'espèce, les intéressés entendent s'unir par le mariage en tant que femmes». Il est évident qu'avant 1992, le procureur aurait pu s'opposer au mariage d'une manière plus aisée. En effet, avant que la France ne soit condamnée par la Cour de Strasbourg, Camille Barré n'aurait pas pu obtenir le changement de son état civil et aurait donc été considérée comme un homme. Ensuite, ce qui semble déranger le Procureur ce n'est pas tant que Camille soit une femme mais qu'elle désire des individus avec une apparence féminine. Or, le fait que M. Leon s'habille en femme et revendique un prénom féminin ne constitue nullement la preuve d'un défaut de sincérité de l'intention matrimoniale. De surcroît, ce qui est relevant en droit n'est pas la différence de genre mais uniquement la différence de sexes. Peu importe les identités revendiquées par les individus, seule devrait compter l'information inscrite à l'état civil. Toutefois, le TGI de Nanterre confirmera l'opposition à mariage même si la volonté de respecter le devoir conjugal et *l'affectio maritalis* semblaient incontestable. Ce qui est contesté par le tribunal n'est pas tant le fait que les requérants ne souhaitent pas se soumettre au devoir conjugal mais la manière dont ils entendent l'exécuter. Ainsi,

s'abritant derrière la théorie de la simulation et sans que cela ne soit pas explicité,<sup>52</sup> les juges entendent mettre en cause l'existence même du mariage. Pour ce faire, ils opèrent un glissement conceptuel: à la place de la différence de sexes, ils introduisent la différence de genre, entendue comme apparences opposées et désir hétérosexuel. Le tribunal va ainsi utiliser un artifice qui permet de s'opposer au mariage le qualifiant à la fois d'acte simulé et d'union homosexuelle. Selon les juges, les requérants ne veulent pas se marier, derrière ce geste se cacherait un acte militant ayant pour but la revendication du mariage homosexuel. Mais, nous savons combien il est difficile de prouver un mariage simulé, d'autant que les requérants n'entendaient pas se soustraire aux obligations conjugales. Rien n'empêche en effet à un couple de se marier pour faire avancer une cause militante, à condition que *l'affectio maritalis* ne fasse défaut, ce qui était le cas en question. C'est à ce moment que l'artifice des juges opère, car même si les requérants démontrent leur volonté commune et durable de vivre comme conjoints, leur union ne peut exister puisqu'elle ne prend pas la forme hétérosexuelle. Par cette décision, les juges estiment que M. Benito, tout en étant un homme aux yeux de loi, ne peut pas accomplir convenablement le devoir conjugal: il ne désire pas une femme en tant qu'homme mais en tant que femme.<sup>53</sup> Ce qui compte pour la bonne exécution du devoir conjugal, ce n'est plus le

<sup>52</sup> L'impossibilité d'attaquer frontalement la nature homosexuelle du mariage explique l'utilisation abusive de l'argument de la simulation afin de rendre l'union d'un homme et d'une femme sur le plan juridique impossible car elle ne prend pas l'apparence d'une union hétérosexuelle.

<sup>53</sup> «Force est en l'occurrence d'observer que Monsieur Benito, Martin Leon quelles que soient les circonstances, revendique sa féminité, arbore l'apparence d'une femme, signe avec le prénom féminin de Monica qu'il s'est attribué». [NANTERRE. Tribunal de Grande Instance (TGI), 10 juin. 2005 Disponible en: <<http://www.des-france.org/distilbene/questions-juridiques.php?PHPSES SID=zyqrwuovkglxInd>>. L'accès à: 10 jan. 2009.]

sexe mais le genre et la nature du désir sexuel des conjoints. Cette décision met clairement en évidence que la différence de sexes n'est pas uniquement une condition liée au genre des partenaires mais à la matrice hétérosexuelle de l'institution matrimoniale. Conscients de la difficulté à expliciter la différence de genres comme *conditio sine qua non* du mariage, les juges de la Cour d'appel de Versailles ont confirmé l'opposition à mariage en se fondant sur la théorie de la simulation sans renoncer pour autant à condamner le mariage homosexuel: «qu'en réalité les appelants entendent [...] s'unir en tant que femmes et contrevenir pour mieux la combattre la prohibition actuelle du mariage entre personnes de même sexe» et «qu'une telle intention équivaut à un défaut de consentement...».<sup>54</sup> Les parties ne s'étant pas pourvues en cassation, la décision de la Cour d'appel est devenue définitive.

En matière de filiation, la *conditio heterosexualis* est encore plus prégnante. Les couples de même sexe ne peuvent pas adopter tout comme les femmes célibataires et les femmes ménopausées (mariées ou pas) également exclus de l'assistance médicale à la procréation. La différence de sexes demeure une condition sine qua non du droit à la filiation charnelle ou adoptive.

Alors que jusqu'aux années 1990, l'ensemble des spécialistes du droit de la famille s'accordait sur la dimension éminemment sociale et culturelle de la filiation (modèle civiliste), dès qu'une revendication homoparentale commence à émerger sur la scène publique, une redéfinition naturaliste de la filiation commence à s'imposer dans la doctrine. Dès lors que le soubassement hétérosexuel de la filiation commence à se déstabiliser par la revendication homoparentale, les institutions se chargeront

---

<sup>54</sup> Cf. BORRILLO, D.; PITOIS, Th. Adoption et homosexualité: analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996. In: \_\_\_\_\_ (Ed.) *Homosexualités et droit*. Paris: PUF, 1998. (coll. Les Voies du Droit).

du rappel à l'ordre: En 1988 le Sénat rend public le rapport *Braibant*, dans lequel, pour la première fois, les sénateurs parlent « d'affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté ». En 1994 les lois de bioéthique définissent juridiquement le couple comme « l'union d'un homme et une femme ». De même, en 1995, le Conseil d'État fait référence au « référant paternel » dans le cas d'une adoption par un célibataire, alors même qu'un tel référant n'est pas exigé par la loi.<sup>55</sup>

La revendication homosexuelle a ainsi permis de rendre explicite la matrice hétérosexuelle du droit de la filiation: certains parlent de l'ordre symbolique de la différence des sexes et les tribunaux commencent à imposer l'expertise biologique dans les procès en contestation de paternité. De même, la recherche des origines est revendiquée socialement et la différence des sexes devient une valeur en soi: la vérité biologique apparaît comme l'argument ultime non seulement pour s'opposer à la filiation homoparentale, et partant, pour créer une sorte de hiérarchie entre les filiations qui doivent désormais être basées sur les liens du sang mais également pour désigner les familles monoparentales ou recomposées comme responsables de la désintégration sociale, de la violence, voire de la criminalité en raison de la « dissolution » familiale, de la « désinstitutionnalisation » du mariage et de l'« absence des pères ».<sup>56</sup>

Pour certains auteurs, la loi française est allée trop loin dans la négation de la vérité biologique (c'est-à-dire de la matrice hétérosexuelle). Pour y remédier, Agnès Fine propose la reconnaissance de la pluriparentalité qui,

<sup>55</sup> La désignation des familles atypiques comme étant à l'origine de la délinquance permet de masquer les facteurs socio-économiques qui ruinent l'autorité des parents.

<sup>56</sup> Cf. FINE, Agnès. Qu'est-ce qu'un parent? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, Toulouse, France, n. 21, p. 19-47, 2001: Au delà de l'amour maternel. Dossier coordonné par P. Marciano.

n'est pas seulement liée à la place de plus en plus importante de familles recomposées dans notre société. Elle a été aussi portée par la prise en compte croissante de la question identitaire qui s'est exprimée sous la forme revendicative d'un droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, pour les enfants adoptés ou ceux qui sont nés de procréation médicalement assistée.<sup>57</sup>

L'anthropologue regrette que «contrairement à l'Angleterre et l'Allemagne, la France reste à l'écart de modèle de la *open adoption*», c'est-à-dire sans rupture avec la filiation biologique...

Le Conseil d'Etat avait également jugé que le droit à l'adoption était réservé aux hétérosexuels, il a fallu une condamnation de la CEDH pour mettre fin à cette interprétation discriminatoire de la loi.<sup>58</sup>

Ce n'est pas uniquement aux couples de même sexe que les conservateurs s'attaquent mais également à toute forme de filiation qui ne soit pas fondée sur la double référence masculine et féminine. La remise en question de la loi de 1966 autorisant l'adoption monoparentale, la critique de l'accouchement sous X,

---

<sup>57</sup> COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Emmanuelle. B. vs. France. Décision du 22 jan. 2008.

<sup>58</sup> Les termes parenté et parentalité n'ont pas d'existence juridique. Ils renvoient à l'ethnologie et à la sociologie de la famille. Ce sont surtout les travaux de Durkheim, Mauss, Lévi-Strauss Malinowski, Margaret Mead ou encore Ruth Benedict qui nous ont familiarisés avec ces notions. La parenté désigne les règles de descendance s'appliquant à chaque individu, et plus généralement le lien qui unit l'enfant à un ou deux adultes (père et mère). La parentalité fait référence à l'éducation des enfants ainsi que les droits et les obligations qui en résultent (actions pédagogiques, domestiques, éducatives, de soin, droit d'hébergement, droit de visite, etc.). On cherchera donc en vain ces vocables dans les codes et les lois. Le terme parenté est connu en droit comme « filiation » tandis que l'équivalent juridique de la parentalité est celui de *patria potestas* appelé plus tard autorité parentale ou responsabilité parentale pour prendre une expression encore plus moderne.



les demandes pour lever l'interdiction de l'anonymat en cas de don de sperme, ainsi que l'inscription de l'origine biologique dans les actes de naissance en cas d'adoption plénière, témoignent de la résistance contre un effacement de la référence à l'hétérosexualité. C'est à condition de préserver quelque part la prééminence procréative de l'hétérosexualité que l'homosexualité pourra par la suite demander de s'inscrire dans l'ordre de la parentalité (et non pas dans celui de la parenté).<sup>59</sup> Autrement dit, les gays et les lesbiennes pourront jouir de tous les droits relatifs à l'autorité parentale mais les couples de même sexe demeureront exclus des droits de filiation.

La prééminence du biologique refait surface de manière sournoise, d'une part, en assurant la place de l'hétérosexualité au sein même de l'homoparentalité (ou de la pluriparentalité pour reprendre l'expression d'Agnès Fine) et, d'autre part, en fondant la norme non pas sur la volonté individuelle mais sur une prétendue immanence des origines, appelé par la nouvelle pensée conservatrice «ordre générationnel» ou «ordre symbolique».<sup>60</sup> La difficulté à admettre une parenté exclusivement féminine ou exclusivement masculine, pourtant parfaitement en accord avec le modèle civiliste, a conduit à une remise en question dudit modèle en faveur d'une vision naturaliste de la filiation.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Cf. BORRILLO, D. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: CADORET, Anne Martine Gross; MECARY, Caroline Bruno Perreau (Dir.). *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.

<sup>60</sup> Cf. BORRILLO, D. La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation. In: DORLIN, E.; FASSIN, E. (Dir.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010. p. 121-136.

<sup>61</sup> Ce qu'impliquerait de concevoir une forme allégée d'adoption afin d'échapper aux contraintes administratives actuelles.

## 4 CONCLUSION

En se fondant sur une idée culturaliste, la tradition féministe non-essentialiste qui va de Simone de Beauvoir à Judith Butler, propose une critique radicale du système sexe-genre. La multiplication des genres proposée par J. Butler, à travers la notion de performativité, pourrait se traduire juridiquement par le silence de la *privacy*: chaque individu adopte le genre qu'il souhaite. En revanche, un sujet de droit sans genre (plutôt qu'avec plusieurs genres) deviendrait le principe gouvernant la nouvelle grammaire sexuelle. Il suffirait pour cela de mettre fin à la pratique d'inscription du sexe des individus dans l'acte de naissance. Cela permettra de régler à la fois les problèmes rencontrés par les intersexués et les transsexuels et de lever l'interdiction du mariage et de l'adoption des couples de même sexe. En effet, une fois la référence au sexe disparue des actes de l'état civil, la dualité sexuelle cesserait d'être une condition sine qua non du *ius connubii*. Fondée exclusivement sur la dimension spirituelle (volonté), le mariage trouverait sa légitimité dans le consentement et non plus dans la différence des sexes, version moderne de la *copula carnalis* canonique. Après tout, le mariage demeure le contrat *intuitu personae* par excellence pour lequel le sexe du co-contractant n'est relevant que pour les parties. La modification du langage juridique des codes civils ayant ouvert le mariage aux couples de même sexe et reconnu la filiation homoparentale est révélatrice de cette mouvance du droit sans genre. Ainsi, ces lois ne font plus référence au «mari» et à la «femme» mais aux «conjoints» et ne désignent plus le «père» et la «mère» mais les «parents».

Fondée sur la volonté, l'adoption est une institution plus apte que la vérité biologique à assurer la stabilité des liens familiaux. Contrairement à la filiation charnelle, la filiation choisie trouve son fondement dans la liberté non seulement d'accueillir les enfants

des autres mais également d'abandonner ses propres enfants biologiques, ce qui est uniquement possible pour les femmes (accouchement sous X) mais devrait pouvoir s'élargir aussi aux hommes à travers une déclaration formelle de renoncement à la paternité.

La généralisation de la filiation adoptive (y compris pour ses propres enfants)<sup>61</sup> permettrait de mettre la volonté au cœur du dispositif parental. Désormais, celui-ci reposerait exclusivement sur la volonté du ou des géniteurs qui donnent l'enfant et celle de ou des adoptants qui l'accueillent. De surcroît, l'adoption est une institution conçue à partir du droit de l'enfant à avoir une famille, contrairement à la filiation biologique qui apparaît plutôt comme un dispositif du droit à l'enfant.

Un sujet de droit sans genre et un lien familial débarrassé de sa dimension biologique permettrait également de donner au droit sa dimension conventionnelle en l'affranchissant à la fois de la métaphysique de la différence des sexes et de la naturalisation de la parenté. Un ordre juridique démocratique ne peut pas continuer à fonctionner sur la base de la division binaire des genres et de l'injonction à l'hétérosexualité. Comme ce fut le cas pour la race, la loi doit cesser de prendre en considération le sexe d'un individu pour lui attacher des conséquences juridiques.

Deux modifications seraient en ce sens nécessaires:

- faire disparaître la référence au sexe des personnes des actes de l'état civil;
- abandonner la référence au biologique, au profit de l'adoption, dans l'institution de la filiation.

## RÉFÉRENCE

ABU-SAHLIEH, Sami Awad Aldeeb. *Religion et droit dans les pays*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2008.

AIX-EN-PROVENCE. Cour d'Appel (CA), la sixième chambre A, 12 mars 2002. *Dalloz Jurisprudence en ligne*. Disponible en: <<http://bu.dalloz.fr>>. L'accès à: 10 jan. 2009.

ANDROUTSOS, J.-C.; PAPADOPOULOS, G. M.; GEROULANOS, S. Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité. *Andrologie*, v. 11 n. 2, p. 89-93, 2001.

BEAUVOIR, S. de. *Le deuxième sexe*. Paris: Gallimard, 1949.

BERNARD, Jessie. *Women and the public interest*. Chicago: Aldine-Atherton, 1971.

BLANDINE, Destremeau; BRUNO, Lautier. Femmes en domesticité: les domestiques du Sud, au Nord et au Sud. *Revue Tiers Monde*, n. 170, p. 249-264, 2002.

BORDEAUX. Cour d'Appel (CA), 19 avr. 2005 (La validité du mariage homosexuel), n. 04-04683, *Dalloz Jur.* p. 1.687, 2005. Note Agostini.

BORRILLO, D. La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion. In: FORTIN, Véronique; JEZEQUEL, Myriam; KASIRER, Nicholas (Dir.). *Les sept péchés capitaux et le droit privé*. Montréal: Thémis, 2007.

BORRILLO, D. La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation. In: DORLIN, E.; FASSIN, E. (Dir.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010. p. 121-136.

BORRILLO, D. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: \_\_\_\_\_. *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.

BORRILLO, D. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: CADORET,

Anne *et al.* (Dir.). *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.

BORRILLO, D.; PITOIS, Th. Adoption et homosexualité: analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996. In: \_\_\_\_\_ (Ed.) *Homosexualités et droit*. Paris: PUF, 1998 (coll. Les Voies du Droit).

BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998.

BRISSON, Luc. *Le sexe incertain: androgynie et hermaphrodisme dans l'Aantiquité gréco-romaine*. Paris: Les Belles Lettres, 1997.

BRUGEILLES, C.; CROMER, I.; CROMER, S. Les représentations du masculin et du féminin dans les albums illustrés ou comment la littérature enfantine contribue à élaborer le genre. *Population*, v. 57, n. 2, p. 261-292, 2002.

BRYHER [Winifred Ellerman]. *Beowulf: roman d'une maison de the dans Londres bombarde*. Paris: Mercure de France, 1948.

BRYHER, Annie W. Préface. In: \_\_\_\_\_ BRYHER [Winifred Ellerman]: *Beowulf: roman d'une maison de the dans Londres bombarde*. Paris: Mercure de France, 1948.

BUTLER, Judith. *Trouble dans le genre: pour un féminisme de la subversion*. Traducción de Cynthia Kraus. Paris: La Découverte, 2005.

COMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Décision Christine Goodwin vs. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n. 289/57, *Dalloz*, 2003, obs. J-J. Paris: Lemouland; *Dalloz*, 2003, obs. C. Birsan.

CONSEIL DE L'ORDRE DE MEDECINS. *Code déontologique: article 41*. Disponible en: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-41-mutilation-265>>. L'accès à: 10 jan. 2009.

CONVENTION Europeenne des Droits de L'homme: art. 12. Disponible en: <[http://www.lexinter.net/UE/convention\\_europeenne\\_des\\_droits\\_de\\_l'homme.htm](http://www.lexinter.net/UE/convention_europeenne_des_droits_de_l'homme.htm)>. L'accès à: 10 jan. 2009.

CORNU, Gérard (Dir.). *Vocabulaire juridique*. 8. ed. Paris: PUF, 2008.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Emmanuelle. B. vs. France*. Décision du 22 jan. 2008.

COURBE, P. *Droit civil de la famille*. 5. éd. Paris: Armand Colin, 2008.

DALLOZ JURISPRUDENCE EN LIGNE. Disponible en: <<http://bu.dalloz.fr>>. L'accès à: 10 jan. 2011.

DECLARATION Universelle des Droits de L'homme. Disponible en: <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>>. L'accès à: 10 jan. 2009

DELAUNOY, Jacques. Plaidoyer pour une certaine ignorance. *Topique*, v. 1, n. 78, p. 33-49, 2002.

ERIBON, D. *Echapper à la psychanalyse: notes sur l'amour et l'amitié*. Paris: Léo Scheer, 2005.

FINE, Agnès. Maternité et identité féminine. In: KNIBIEHLER, Y. (Dir.). *Maternité, affaire privée, affaire publique*. Paris: Bayard, 2001. p. 61-76.

FINE, Agnès. Qu'est-ce qu'un parent? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, Toulouse, France, n. 21, p. 19-47, 2001.

GOFFMAN, E. The arrangement between the sexes. *Theory and Society*, v. 4, n. 3, p. 301-331, 1977 (coll. Le Genre du Monde).

LACASSAGNE, A. *Les actes de l'état civil: étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort*. [S.l.: s.n.], 1887.

LAQUEUR, Thomas. *La fabrique du sexe: essai sur le corps et le genre en Occident*. Paris: Gallimard, 1992.

LEGENDRE, Pierre. Entretien avec Antoine Spire. *Le Monde*, 23 oct. 2001.

MACCORMICK, D. Neil. BANKOWSKI, Zenon. La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques. In: AMSELEK, Paul (Dir). *Théorie des actes du langage, éthique et droit*. Paris: PUF, 1986.

MAHOMET. *Le Coran*. Vevey: Éditions de l'Aire, 2008 *apud* ABUSAHLEH, Sami Awad Aldeeb. *Religion et droit dans les pays*. Presses Universitaires de Bordeaux: Pessac, França, 2008.

MAUGER-VIELPEAU, L. Le mariage peut-il «survivre» au transsexualisme d'un époux? *Recueil Dalloz*, 178<sup>e</sup> année, n. 2, p. 124-127, 10 janv. 2002.

MEAD, M. *L'un et l'autre sexe: le rôle de l'homme et de la femme dans la société* (1948). Paris: Denoël-Gonthier, 1966.

NANCY. Cour d'Appel (CA). Décision du 14 nov. 2003 (Refus d'autoriser à changer le prénom), *Bulletin d'Informations de la Cour de Cassation* (BICC), n. 895, 1<sup>o</sup> jun. 2004.

NANTERRE. Tribunal de Grande Instance (TGI), 10 juin. 2005. Disponible en: <<http://www.des-france.org/distilbene/questions-juridiques.php?PHPSESSID=zyqrwuovkgzlxlnD>>. L'accès à: 10 jan. 2009.

NIMES. Cour d'Appel (CA). Décision du 7 juin 2000 (Transsexualisme fondement d'un divorce pour faute). *LPA* 12 abr. 2001, n. 73, note J. Hauser, *RTD civ.* 1994.

PARIS. Cour d'Appel (CA). Décision du 18 janvier 1974 (Refus de changement de sexe), *Dalloz*, 1999, conclusion Granjon.

PARIS. Cour d'Appel, 17 fév. 1984, *Dalloz*, 1984, note M.-L. Rassat, *RTD civ.*, 1985, obs. J. Rubellin-Devichi.

PARIS. Cour de Cassation (Cass. Civ.), première chambre civile. Décision du 21 mai 1990 (Le transsexualisme), *Bulletin Civil I*, n. 117, 1990.

PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 13 mars 2007 (La différence de sexe comme condition de validité du mariage), n. 05-16.627. *Dalloz AJ.*, 2007, obs. Gallmeister.

PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 18 mai. 2005 (L'application directe, devant la juridiction française, de deux dispositions de la convention de New York), n. 02-16.336, *Bulletin I*, n. 211, 2005.

PARIS. Cour de Cassation. Assemblée Plénière. Décision du 11 décembre 1992 (Le transsexualisme, indisponibilité de l'état des personnes et modification de l'état civil d'une personne), *JCP II*, 1995.

PARIS. Tribunal de Grande Instance (TGI). Décision du 13 déc. 1983 (Si le mariage d'un transsexuel était possible), *Dalloz*, 1983.

PLATON. *Le banquet*. Traducción de Luc Brisson. Paris: Gallimard, 1988.

RENNES. Cour d'Appel (CA). Décision du 26 oct. 1998 (Autorisation de changement de sexe sans opération de réassignation). *Dalloz*, 1999.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. *Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe)*: art. 288. Disponible en: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000647915&dateTexte>>. L'accès à: 10 jan. 2009.

SCHWEITZER, Sylvie. *Les femmes ont toujours travaillé: une histoire du travail des femmes aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*. Paris: Odile Jacob, 2002. 329 p.

THERY, Irène. *Couple, filiation et parente aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée* [Rapport officiel]. Paris: Odile Jacob, 1998.

VERSAILLES. Cour d'Appel (CA), première chambre, 8 juil. 2005. Disponible en: <<http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE2010/D2006-47.pdf>>. L'accès à: 10 jan. 2009.

VERSAILLES. Cour d'Appel (CA). Décision du 22 juin 2000 (Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite), *JCP G* II, n. 10.595, p. 1.781-1785, 2001, note Guez.



## O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei

Daniel Borrillo\*

*O talento empregado para uniformizar as atitudes dos indivíduos que possuem dons diferentes permite aumentar consideravelmente o número de indivíduos exteriormente comparáveis nos seus funcionamentos sociais, mas tende a destruir as diferenças subjetivas que poderiam, elas também, contribuir para o enriquecimento da civilização.*

Margaret Mead

**Resumo:** A lógica binária dos sexos, apesar de não ser muito explícita, aparece como suporte do sistema jurídico no que diz respeito aos direitos das pessoas e da família. A partir do nascimento, o indivíduo é classificado como feminino ou masculino, condição que o acompanhará pelo resto de sua vida jurídica. Os casos dos intersexuais e dos transexuais evidenciam a violência das atribuições obrigatórias e mostram as dificuldades pelas quais passam essas pessoas para encontrar

\* Daniel Borrillo é professor de Direito Privado na Universidade Paris Oeste e pesquisador associado ao Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS). Apresenta um seminário doutoral sobre o Direito das Sexualidades no Master de Direito do Homem e das Liberdades Públicas. É autor da disciplina e publicou, em 2009, *O direito das sexualidades*, na importante coleção “Os caminhos do direito” da Presses Universitaires de France (PUF). Daniel Borrillo é professor convidado de várias universidades do continente. E-mail: [borrillo@u-paris10.fr](mailto:borrillo@u-paris10.fr). A revisão da tradução foi feita pelas Profas. Flávia de Ávila e Maria Tereza Fonseca Dias, integrantes da coordenação editorial da revista *Meritum*.

um termo que atenda ao sexo subjetivo e ao jurídico. Com base em um estudo do direito civil francês, neste artigo são analisadas, de maneira crítica, a atribuição de gênero e a matriz heterossexual da lei para propor o fim da categoria “sexo” nas certidões de nascimento. Segundo o autor, assim como a raça, a classe ou profissão, o gênero não funciona como elemento definidor do sujeito de direito.

**Palavra-chave:** Sexo. Gênero sexual. Transexualismo. Hermafroditismo. Intersexuais. Registro civil. Casamento entre pessoas do mesmo sexo.

## 1 INTRODUÇÃO

Na *Organização dos sexos*, Goffman descreve o gênero como o código fundamental em torno do qual se articulam as interações humanas e se organizam as estruturas culturais.<sup>1</sup> Os dados biológicos da diferença de sexos (as mulheres dão à luz, amamentam e são geralmente menores...) determinaria uma atribuição específica. Embora se trate de uma diferença pouco significativa, comparada a outras como a idade, a fortuna, a origem étnica..., ela aparece como fundamental quando se trata de definir os papéis sociais. Para Goffman, as diferenças objetivas são menos relevantes do que o dispositivo cultural que fez dessas diferenças um sistema de nossas convenções sociais tão inteligível que acaba parecendo natural.

Judth Butler tem razão ao afirmar que não existe uma diferença objetiva anterior ao gênero (tal como o sexo), mas é o

---

<sup>1</sup> Cf. GOFFMAN, E. The arrangement between the sexes. *Theory and Society*, v. 4, n. 3, p. 301-331, 1977, traduzido em 2002 e publicado pela *La Dispute* (Col. Le Genre du Monde).

gênero, ele mesmo, que produz a diferença e a perpetua.<sup>2</sup> Thomas Laquer, no exemplo de Michel Foucault, mostra que a partir do século XVIII foi realizada, com a expansão da biologia e da medicina, uma “sexualização” do gênero, o qual era, até então, pensado muito mais em termos de identidade ontológica e cultural do que física. O gênero define, desde então, qualidades, virtudes e papéis de acordo com as raízes biológicas.<sup>3</sup> O gênero se torna, assim, uma epistemologia que permite dar sentido à diferença dos sexos. O humano é, a partir de agora, constituído de dois corpos estáveis, definidos biologicamente por duas gramáticas distintas, XY e XX, permitindo uma escrita coerente com o destino individual e social. Homens e mulheres estabelecem um comércio sexual organizado em torno de uma ordem hierárquica e com finalidade reprodutiva: a heterossexualidade. A psicanálise fornece a teoria que permite explicar, com base no gênero, a orientação sexual dos indivíduos:

Excesso de mãe e falta de pai deixam o menino numa simbiose muito profunda e, principalmente, muito prolongada, e impregna sua vida de uma identidade feminina. Para se sentir masculino, um menino deve se desvencilhar dessa simbiose, ajudado por seu pai, que se colocará como rival e como modelo identificador. Em caso de fracasso, seu gênero terá todas as chances de pender para o feminino. Isso seria igualmente válido para a menina: excesso de pai e pouca simbiose maternal conduzirá a menina em direção ao polo masculino.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Cf. BUTLER, Judith. *Trouble dans le genre: pour un féminisme de la subversion*. Prefácio de Éric Fassin, tradução de Cynthia Kraus. Paris: La Découverte, 2005.

<sup>3</sup> Cf. LAQUEUR, Thomas. *La fabrique du sexe: essai sur le corps et le genre en Occident*. Paris: Gallimard, 1992.

<sup>4</sup> DELAUNOY, Jacques. Plaidoyer pour une certaine ignorance. *Topique*, p. 40.

## 1.1 A gramática dos sexos

Desde o nascimento, as crianças são inscritas em uma ou em outra classe sexual. Essa atribuição universal, em princípio irreversível, determinará, mediante uma classificação durável, uma socialização diferenciada. Supostamente fundamentada numa realidade biológica, a *summa divisio* sexual aparece como natural e inevitável. Certas leituras, como também a vulgata psicanalítica,<sup>5</sup> reafirmam a ideia segundo a qual as diferenças entre os sexos constituem não apenas um fato, mas veiculam valores como a diversidade e a complementaridade, reservando a uns a reprodução e aos outros, a produção, tudo isso numa ordem conjugal.

Numerosos estudos e ensaios – a começar pelos de Margaret Mead<sup>6</sup> e de Simone de Beauvoir<sup>7</sup> – demonstram, desde o pós-guerra, que o temperamento é determinado culturalmente. O argumento da “diferença de sexos” continua até hoje a ser enfatizado, notadamente por prescrever o caráter heterossexual do casamento e da filiação.<sup>8</sup>

Na ordem binária dos sexos, os indivíduos são, necessariamente, distribuídos em dois grupos: machos ou fêmeas. Os comportamentos esperados por essa “nomenclatura sexual” determina as relações sociais de sexo, quer dizer, a referência, os protótipos de masculinidade e de feminilidade, construídos

<sup>5</sup> Para uma análise crítica do discurso e da prática psicanalítica, cf. ERIBON, D. *Echapper à la psychanalyse: notes sur l'amour et l'amitié*. Paris: Léo Scheer, 2005.

<sup>6</sup> Cf. MEAD, M. *L'un et l'autre sexe: le rôle de l'homme et de la femme dans la société* (1948). Paris: Denoël-Gonthier, 1966.

<sup>7</sup> Cf. BEAUVOIR, S. de *Le deuxième sexe*: Paris: Gallimard, 1949.

<sup>8</sup> O casamento não é apenas um casal, mas, de acordo com Irène Théry, “[...] a instituição que liga a diferença dos sexos à diferença das gerações”. (Cf. THÉRY, Irène. *Couple, filiation et parente aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*. Paris: Odile Jacob, 1998. [Rapport officiel])

pelas sociedades e com base nos quais se mede o conjunto de comportamentos humanos. Para ilustrar essa ideia, Jessie Bernad<sup>9</sup> associa certas características às mulheres: afetividade, passividade no amor, obediência, modéstia, pudor, amor ao lar, tendência monogâmica, gosto pela moda, cuidados com o bebê... Essa situação se encontra no universo profissional, no qual as mulheres ocupam, majoritariamente, os postos de secretárias, recepcionistas, babás, enfermeiras ou domésticas.

As análises de Sylvie Schweitzer demonstram que o trabalho propriamente dito, durante muito tempo, não foi proibido às mulheres, mas, sim, algumas profissões, que permitiam as tomadas de decisão e, conseqüentemente, a organização das mudanças sociais.<sup>10</sup> Em matéria de divórcio, a mesma concepção essencialista orienta a jurisprudência, que dá à mãe, quase que sistematicamente, o direito de guarda dos filhos na infância. A lei civil também considera o sexo (feminino) um elemento que permite qualificar a violência como um vício do consentimento.<sup>11</sup>

A família como primeiro contato de socialização orienta a menina para assumir um papel de natureza doméstica e o menino para as atividades fundamentadas na competição. Várias pesquisas mostraram que a literatura infantil raramente retrata um mundo paritário no qual meninos e meninas exercem atividades de forma igualitária. A função maternal é onipresente e aparece como modelo de adulto feminino, enquanto o trabalho valorizado aparece como uma atividade principalmente masculina. Quando

<sup>9</sup> Cf. BERNARD, Jessie. *Women and the public interest*, p. 26.

<sup>10</sup> Cf. SCHWEITZER, Sylvie. *Les femmes ont toujours travaillé: une histoire du travail des femmes aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, p. 322.

<sup>11</sup> Art. 1.112 do Código Civ.: “Existe violência quando ela pode impressionar uma pessoa racional e ocasionar-lhe medo de se expor ou sua fortuna a um mal considerado e presente. Concluímos nessa matéria a idade, o sexo e a condição das pessoas.”

uma mulher trabalha, ela atua nas profissões de ensino ou de cuidado de crianças.<sup>12</sup> Como observam Blandine Destremeau e Bruno Lautier, “[...] o trabalho feito pelas empregadas domésticas é uma das principais formas de emprego feminino na maior parte do mundo”.<sup>13</sup> O acesso das mulheres às profissões nobres acarreta sempre uma desvalorização relativa.<sup>14</sup>

O conhecimento do gênero possibilita, dessa maneira (e ainda), a construção ideológica de complementaridade. Cada um aprende qual é o seu lugar, o que determina não somente uma função social específica, mas também uma identidade psicológica de tal forma que Goffman considera o gênero, e não a religião, como o ópio dos povos. Na realidade, a identidade sexual permanece como a mais forte das identificações nas sociedades ocidentais.<sup>15</sup> Os ideais sexuais funcionam de tal maneira que permitem a pesquisa de identificação subjetiva e de complementaridade “objetiva”: a fragilidade feminina concorda com a solidez masculina e a propensão doméstica da mulher com a capacidade de realizar projetos destinados aos homens. Assim, o casamento funciona mais como um teatro, onde se interpretam os papéis de gênero, do que um lugar de solidariedade do casal e de acolhimento dos filhos. Isso explica a resistência para expandir essa instituição para casais de mesmo sexo, reivindicação vista como o início da não diferenciação dos sexos, devastadora para a civilização:

---

<sup>12</sup> Cf. BRUGEILLES, C.; CROMER, I.; CROMER, S. Les représentations du masculin et du féminin dans les albums illustrés ou comment la littérature enfantine contribue à élaborer le genre. *Population*, v. 57, n. 2, p. 261-292, 2002.

<sup>13</sup> Cf. BLANDINE, Destremeau; BRUNO, Lautier. Femmes en domesticité: les domestiques du Sud, au Nord et au Sud. *Revue Tiers Monde*, p. 252.

<sup>14</sup> Cf. BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998.

<sup>15</sup> Cf. FINE, Agnès. Maternité et identité féminine. In: KNIBIEHLER, Y. (Dir.). *Maternité, affaire privée, affaire publique*. Paris: Bayard, 2001. p. 61-76.

Institucionalizar a homossexualidade com um status familiar, é colocar o princípio democrático a serviço do fantasma. É fatal, na medida em que o direito fundamentado no princípio genealógico, cede seu lugar a uma lógica hedonista, herança do nazismo.<sup>16</sup>

A lógica binária do gênero assume, nesse contexto homofóbico, nova significação. Ela não rejeita o *status* de um ou outro sexo tanto quanto sua complementaridade<sup>17</sup> – ou, dito de outra forma, a heterossexualidade.<sup>18</sup> Efetivamente, o direito institui o princípio da não discriminação de sexos, tanto na esfera privada como na pública: a igualdade conjugal e a igualdade parental são quase perfeitas e a paridade é um objetivo constitucional. A conservação da categoria “gênero” não é mais tão pertinente quando ela se refere à condição das mulheres. O gênero, ao contrário, permanece muito atual, como dispositivo da diferença dos sexos, base do laço conjugal e parental. O principal obstáculo à igualdade deixa de ser o gênero como “classe das mulheres”

<sup>16</sup> Cf. LEGENDRE, Pierre. Entretien avec Antoine Spire. *Le Monde*, não paginado, 23 out. 2001.

<sup>17</sup> A Grécia antiga concebia a complementaridade de maneira bem mais aberta: “Assim, diz Aristófanes, a partir de um tempo também distante foi implantado no homem o amor que ele tem por seu semelhante: amor agregador de nossa natureza primitiva, amor que tenta fazer de dois seres um só – dito de outra forma, de curar a natureza humana. Cada um de nós é, então, a metade complementar do outro. Se Zeus partiu do homem, isso faz com que os homens só se interessem pelos homens. Se ele partiu de uma mulher, isso faz com que as mulheres não prestem muita atenção nos homens. Se ele partiu de um andrôgino, a parte homem é apaixonada pelas mulheres, e isso faz com que os maridos traíam suas mulheres, a parte mulher é apaixonada pelos homens, e isso faz com que as mulheres traíam seus maridos. (PLATON. *Le banquet*, p. 325)

<sup>18</sup> Cf. BORRILLO, D. La luxure ou l’orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion. In: FORTIN, Véronique; JEZEQUEL, Myriam; KASIRER, Nicholas (Dir.). *Les sept péchés capitaux et le droit privé*. Montréal: Thémis, 2007.

para ser o gênero como complementaridade, critério que se refere à preeminência da heterossexualidade nas instituições de direito da família.

## 1.2 A tradução jurídica da realidade social

O direito não tem unicamente uma vida objetiva, ele existe igualmente na experiência subjetiva dos atores individuais<sup>19</sup> e, nesse sentido, participa muito ativamente da organização dos sexos tanto do indivíduo com relação a ele mesmo, como também nas relações familiares e sociais. Desde a invasão da escola histórica, o direito não pode ser concebido unicamente como um conjunto abstrato de regras impostas à sociedade, mas como parte integrante dessa sociedade, que mergulha suas raízes nas práticas e hábitos culturais e na tradição. Raramente mencionado explicitamente, o sexo é onipresente no direito como instituição de origem patriarcal, na qual a subordinação das mulheres e das crianças, como também a injunção à heterossexualidade constituem os pilares do poder jurídico. A exemplo de Foucault, o poder deve ser pensado de maneira mais ampla, mais como força produtiva das relações sociais que como simples poder repressivo. Desse modo, o direito aparece não somente como depositário do real, mas igualmente como seu criador; momento no qual o real fica gravado no mármore da lei.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Pode parecer estranho fazer uma afirmação tão banal quanto evidente, mas, no contexto do ensino do direito francês e de sua reprodução teórica, não é inoportuno lembrar que o direito é apenas uma variável dependente da sociedade, ponto de acordo do conjunto de teorias não positivistas, tais como o culturalismo, os *Critical Legal Studies*, o funcionalismo ou o estruturalismo jurídico.

<sup>20</sup> Cf. MACCORMICK, D. Neil; BANKOWSKI, Zenon. La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques. In: AMSELEK, Paul (Dir.). *Théorie des actes du langage, éthique et droit*. Paris: PUF, 1986.



Apesar dos significativos avanços em matéria de contracepção nos últimos quarenta anos – homossexualidade, transexualismo... –, a sexualização do sujeito pelo direito continua a ser um ato de produção de desigualdades ocultas pelo caráter natural da atribuição dos gêneros, tanto pelo estabelecimento do estado das pessoas (I), como também pelo acesso ao direito ao casamento e à filiação (II).

## 2 SEXO E ESTADO DAS PESSOAS

O sujeito de direito é a pessoa física ou moral, titular de prerrogativas e de obrigações. Quando a pessoa moral aparece como uma entidade assexuada, o indivíduo – pessoa física – é, no estado atual do direito positivo, necessariamente macho ou fêmea. É necessário esperar o ano 2010 para que uma autoridade publica<sup>21</sup> admita a existência do gênero neutro,<sup>22</sup> categoria, não obstante, onipresente no inconsciente coletivo ocidental<sup>23</sup> e explícito no plano gramatical.<sup>24</sup>

Norrie May-Welby é a única pessoa no mundo a ser considerada juridicamente de sexo “neutro” e a Austrália, o

<sup>21</sup> Governo de New South Wales, Austrália, março de 2010.

<sup>22</sup> A. Lacassagne, um dos fundadores da medicina legal na França, propôs a inscrição do gênero neutro nas certidões de nascimento no caso de hermafroditas. (Cf. LACASSAGNE, A. *Les actes de l'état civil: étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort*, p. 91)

<sup>23</sup> Segundo Platão, a espécie humana comportava três gêneros: os machos nascidos do Sol, as fêmeas nascidas da Lua e os andróginos (os mais numerosos), que participavam dos dois planetas ao mesmo tempo.

<sup>24</sup> Como observa Bryher, “[...] os nomes das coisas, na língua inglesa, não estão nem no feminino nem no masculino; eles não têm gênero, o que é muito mais sensato e muito mais tranquilo”. (BRYHER, Annie W. Préface. In: \_\_\_\_\_ BRYHER [Winifred Ellerman]: *Beowulf: roman d'une maison de the dans Londres bombarde*, p. 14-15)

primeiro país a registrar na certidão de nascimento: *not-specified gender*. No entanto o processo Norrie May-Welby permanece como exceção que confirma a regra: não há outra solução afora a dualidade de sexos...

O estado da pessoa é constituído por regras que definem sua personalidade jurídica e que o individualizam com relação à sua família e à sociedade. O estado de uma pessoa compreende, principalmente, seu sobrenome e nome, seu lugar e data de nascimento, sua filiação, sua nacionalidade, sua capacidade civil, seu domicílio, seu estado civil (solteiro, casado, *pacsé* [partícipe do PACS<sup>25</sup>] ou divorciado) e seu sexo.

A primeira alínea do art. 57 do Código Civil dispõe: “A certidão de nascimento enunciará o dia, a hora e o lugar do nascimento, o sexo da criança e os nomes que lhes serão atribuídos [...]”. Desse modo, o exame dos órgãos genitais externos do recém-nascido determina:

- a dependência de um ou de outro sexo,
- o reconhecimento desse estado pela sociedade (estado civil),
- a atribuição de nomes na maioria dos casos, sem ambiguidade quanto ao sexo daquele que o porta.

Acontece, não obstante, que a criança possui órgãos genitais dos dois sexos. Na antiguidade greco-romana, o hermafroditismo era considerado uma monstruosidade: “Os seres possuidores de

<sup>25</sup> NT: O PACS (Pacto Civil de Solidariedade) é uma modalidade convencional de organização da vida comum entre duas pessoas físicas maiores, indiferentemente oferecida aos casais heterossexuais ou homossexuais; espécie nova de contrato civil (Código Civil, art. 515-1 e seg.) que cria entre os partícipes um vínculo de solidariedade (ajuda mútua, obrigação solidária das dívidas da família) e submete todos os bens adquiridos a título oneroso, posteriormente, ao PACS, à propriedade conjunta; pacto de caráter precário e formalista. [CORNU, Gérard (Dir.). *Vocabulaire juridique*, p. 651, tradução nossa]

dois sexos parecem ter sido impiedosamente eliminados, como se fossem monstros, quer dizer, como sinais funestos enviados aos homens pelos deuses para manifestar sua cólera e para anunciar a destruição da espécie humana”.<sup>26</sup> Segundo um texto de Maomé, “[...] se um homem penetra sua mulher durante suas regras, o diabo o precede e a engravida de crianças hermafroditas”.<sup>27</sup>

O direito moderno reproduz essa concepção maldita da dupla dependência com os sexos masculino e feminino. Na realidade, de acordo com a jurisprudência atual, “[...] todo indivíduo, mesmo que apresente anomalias orgânicas, deve ser obrigatoriamente relacionado a um dos dois sexos, masculino ou feminino, o qual deve ser mencionado na sua certidão de nascimento”.<sup>28</sup> Além do mais, *as instruções gerais relativas ao estado civil* determinam que,

quando o sexo do recém-nascido é indeterminado, convém evitar a colocação de ‘sexo indeterminado’, e o tabelião deve aconselhar os pais a procurar um médico que lhes informe qual o sexo mais provável, levando em conta, caso não haja outra solução, os resultados previsíveis de um tratamento médico. Esse sexo será indicado na certidão de nascimento, podendo ser retificado juridicamente, caso haja erro posteriormente.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> BRISSON, Luc. *Le sexe incertain: androgynie et hermaphrodisme dans l’antiquité gréco-romaine*, p. 9.

<sup>27</sup> MAHOMET. *Le Coran*. Vevey: Éditions de l’Aire, 2008 *apud* ABU-SAHLIEH, Sami Awad Aldeeb. *Religion et droit dans les pays*, p. 192.

<sup>28</sup> PARIS. Cour d’Appel (CA). Décision du 18 janvier 1974 (Refus de changement de sexe), *Dalloz*, p. 508, 1999, conclusion Granjon. Disponível em: [www.u-paris10.fr](http://www.u-paris10.fr). Acesso em: 10 jan. 2009.

<sup>29</sup> REPUBLIQUE FRANÇAISE. *Instruction générale relative à l’état civil du 11 mai 1999 (Annexe)*: art. 288. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000647915&dateTexte>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

Chamado antigamente de hermafroditismo (filho de Hermes e de Afrodite),<sup>30</sup> hoje esse fenômeno é conhecido cientificamente pelo termo de “intersexualidade”.<sup>31</sup> Em caso de força maior, é possível a modificação do sexo declarado, caso seja considerado como resultado de um erro material pelo fato da incerteza inicial. Em consequência disso, o Supremo Tribunal de Versailles acatou o pedido de retificação da certidão de nascimento e a mudança do nome de uma criança que apresentou, desde seu nascimento, órgãos genitais masculino extremamente atrofiados; nesse caso, o sexo indicado no início foi considerado errado.<sup>32</sup> De qualquer forma, cabe ao médico determinar o gênero do recém-nascido. Estamos distantes da proposta do Ministro da Justiça de 1816 que, a respeito dos hermafroditas, afirmou que “cabe aos indivíduos e a seus pais escolher o sexo que lhes parecer mais correto”. Somente no fim do século XIX Lacassagne, fundador da medicina legal, solicitou a mudança da certidão de nascimento para que o médico determine “o sexo e a inscrição como homem, mulher ou neutro nas certidões de nascimento.”<sup>33</sup>

Afora os casos de hermafroditismo, o Tribunal de Cassação adotava uma posição restritiva e só aceitava pedidos de retificação de estado civil em circunstâncias excepcionais – por exemplo, o caso de um homem que obteve a mudança de seu nome tendo em vista ter sido deportado durante a Segunda Guerra Mundial e submetido a experiências cirúrgicas.

---

<sup>30</sup> O mito de hermafrodita contado por Ovidio no livro IV das *Metamorfoses* é a primeira explicação desses indivíduos que parecem “não ter algum sexo ou ter os dois”.

<sup>31</sup> Caracterizado pela presença de um mesmo sujeito de tecido testicular e de tecido ovariano separados ou fundidos num só órgão.

<sup>32</sup> VERSAILLES. Cour d’Appel (CA). Décision du 22 juin 2000 (Le changement de sexe d’un enfant hermaphrodite), *JCP G* II, n. 10.595, p. 1.781-1785, 2001, nota Guez.

<sup>33</sup> LACASSAGNE, A. *Les actes de l’état civil*, p. 91.

Durante muito tempo, a justiça francesa ficou surda às solicitações dos transexuais e, mesmo que a operação de modificação de sexo fosse aceita, a modificação de estado civil lhes era negada em nome da indisponibilidade de estado das pessoas, princípio de ordem pública:

O transexualismo, mesmo que seja cientificamente reconhecido, não pode ser analisado como uma real mudança de sexo, o transexual, pois mesmo tendo perdido certas características de seu sexo de origem, a pessoa não adquiriu aquelas do sexo oposto.<sup>34</sup>

O transexualismo (conhecido cientificamente sob a denominação de “disforia do gênero”) é o sentimento de pertencer ao sexo oposto, aquele designado quando de seu nascimento. O transexualismo coloca em evidência a complexidade do sexo e dos seus diversos componentes: sexo genótipo, sexo fenótipo, sexo endócrino, sexo psicológico, sexo cultural e sexo social. Quando não há relação entre os aspectos biológicos e psicológicos do sexo, algumas pessoas ficam diante de uma situação de distúrbio de identidade de gênero. Elas desejam, constantemente, submeter-se a uma intervenção cirúrgica para retificar a anatomia<sup>35</sup> e mudar a certidão de nascimento. A recusa para tornar os documentos de identidade de acordo com o novo sexo foi considerada pela Corte europeia dos direitos do homem, contrária ao respeito da vida privada,<sup>36</sup> provocando

<sup>34</sup> PARIS. Cour de Cassation (Cass. Civ.), première chambre civile. Décision du 21 mai 1990 (Le transsexualisme), *Bulletin Civil I*, n. 117, p. 83.

<sup>35</sup> As primeiras operações de mudança de sexo aconteceram durante os séculos 1º e 2º a.C. (Cf. ANDROUTSOS, J.-C.; PAPADOPOULOS, G. M.; GEROULANOS, S. Les premières opérations de changement de sexe dans l’antiquité. *Andrologie*, v. 11, n. 2, p. 89-93, 2001)

<sup>36</sup> *B. vs. a França*, 25 de março 1992, n. 13343/87. Essa decisão da Comissão Européenne des Droits de l’Homme produziu uma mudança de sua própria jurisprudência. Com efeito, nas pendências *Van Oosterwijk vs. Belgica*, de 6

uma reviravolta na jurisprudência francesa.<sup>37</sup> A partir de então, o transexual pode obter a mudança de seu estado civil se sua morfologia for modificada<sup>38</sup> e se seu comportamento social lhe conferir uma aparência do sexo reivindicado. No entanto, se a modificação física não for definitiva, o juiz nega a mudança do nome.<sup>39</sup> A verdade social e a aparência antecedem a realidade cromossômica.

Após registrada a mudança fisiológica na certidão de nascimento e em outros documentos de identidade, o transsexual pode exercer todos os direitos ligados ao novo sexo, inclusive o direito ao casamento.<sup>40</sup> Questiona-se, não obstante, sobre o futuro do laço matrimonial, caso o transexual seja casado antes da mudança de sexo.<sup>41</sup> Se não existem problemas particulares quando

---

novembro de 1980, n. 7654/76; *Rees vs. Reino Unido*, de 17 outubro de 1986, n. 9532/81; e *Cossey vs. Reino Unido*, de 27 setembro de 1990, n. 10843/84, a CEDH não havia condenado os Estados que não modificaram a certidão de nascimento dos transexuais.

<sup>37</sup> PARIS. Cour de Cassation. Assemblée Plénière. Décision du 11 décembre 1992 (Le transsexualisme, indisponibilité de l'état des personnes et modification de l'état civil d'une personne), *JCP II*, p. 21.991, 1995.

<sup>38</sup> O Conselho da Ordem dos Médicos autoriza a conversão sexual desde 1979 (art. 41 do Código de Ética). Destaque-se que as jurisdições penais nunca condenaram um médico por crime de castração nem um transexual por automutilação, mesmo anteriormente à decisão da Ordem. (CONSEIL DE L'ORDRE DE MEDECINS. *Code déontologique*: article 41. Disponível em: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-41-mutilation-265>>. Acesso em: 10 jan. 2009)

<sup>39</sup> NANCY. Cour d'Appel (CA). Décision du 14 nov. 2003 (Refus d'autoriser à changer le prénom), *Bulletin d'Informations de la Cour de Cassation (BICC)*, n. 895, 1º jun. 2004. A cirurgia não é obrigatória na Espanha para a realização de mudança de gênero dos transexuais.

<sup>40</sup> COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Décision Christine Goodwin vs. Royaume-Uni*, 11 jul. 2002. n. 28957/95.

<sup>41</sup> Ao contrário de outras leis europeias, a lei francesa não exige que o transexual seja solteiro para lhe permitir a retificação de gênero.

os cônjuges decidem se divorciar de comum acordo, a dificuldade aparece quando um dos esposos não deseja romper o laço matrimonial. Nesse caso, o divórcio é decretado tendo em vista a violação constitutiva dos deveres e obrigações do casamento, o que torna intolerável a continuação da vida em comum.<sup>42</sup> Então, como observa L. Mauger-Vielpeau,

o divórcio por erro não parece constituir a causa da dissolução do casamento adaptado à situação do transexualismo. É, na realidade, inconcebível imputar um erro ao transexual, ou, dito de outra forma, qualificar seu comportamento como voluntário. Desde que que o Tribunal de Cassação reconheceu que se tratava de uma síndrome, quer dizer, de uma doença que justifica, sob certas condições, a mudança de estado civil, faltou ao transexualismo a condição subjetiva para caracterizar o erro conjugal, de acordo com o art. 242 do Código Civil.<sup>43</sup>

A situação se torna ainda mais difícil quando os cônjuges desejam manter o laço conjugal, no caso de mudança de sexo de um deles. Como essa situação produzisse um reconhecimento indireto de um casamento homossexual, essa mudança de sexo, de acordo com a doutrina majoritária, tornaria a união caduca por falta de um elemento essencial de ordem pública: a diferença de sexos.<sup>44</sup>

Os laços de filiação existentes antes da mudança de sexo continuam os mesmos; o julgamento retificativo na certidão de nascimento do transexual não tem caráter retroativo. Dessa forma, a certidão de nascimento dos descendentes de um transexual

<sup>42</sup> NIMES. Cour d'Appel (CA). Décision du 7 juin 2000 (Transsexualisme fondement d'un divorce pour faute). *LPA* 12 avr. 2001, n. 73, p. 20, note J. Hauser, *RTD civ.*, p. 335.

<sup>43</sup> MAUGER-VIELPEAU, L. Le mariage peut-il "survivre" au transexualisme d'un époux? *Recueil Dalloz*, p. 124.

<sup>44</sup> COURBE, P. *Droit civil de la famille*, n. 73.

não é modificada, e a menção da decisão de mudança de sexo do parente não aparece. O transexual não perde seu *status* de parente nem, em princípio, a autoridade parental e os direitos aos quais está unido. Enfim, mesmo que possa adotar, o transexual não tem acesso às técnicas de reprodução artificial. Com efeito, a lei destina a procriação artificial aos casais heterossexuais estéreis. Da mesma forma, o transexual não pode reconhecer a criança de sua parceira concebido por inseminação artificial com doador.<sup>45</sup> No entanto, o não reconhecimento de uma criança natural por um transexual, após sua mudança de gênero, não é obstáculo para a concessão de direito de visita e de hospedagem segundo sua vontade.<sup>46</sup>

Contrariamente às soluções do Reino Unido (o *Gender Recognition Act* entrou em vigor em 4 de abril de 2005) e na Espanha (Lei sobre a retificação do gênero das pessoas transexuais, de 8 de novembro de 2006), na França só pode solicitar mudança de gênero o indivíduo que tenha se submetido a uma cirurgia de mudança: a ablação dos órgãos genitais com criação de uma nova vagina como também uma plastia mamária, tratando-se de um transsexual homem-mulher.<sup>47</sup>

Mesmo que o transexualismo não seja mais considerado na França como um distúrbio psiquiátrico depois do decreto de 10 de fevereiro de 2010, ele continua a ser uma doença, necessitando

---

<sup>45</sup> PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 18 mai. 2005 (L'application directe, devant la juridiction française, de deux dispositions de la convention de New York), n. 02-16.336, *Bulletin* I, n. 211, p. 179, 2005.

<sup>46</sup> AIX-EN-PROVENCE. Cour d'Appel (CA), la sixième chambre A, 12 mars 2002. *Dalloz Jurisprudence en ligne*. Disponível em: <<http://bu.dalloz.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

<sup>47</sup> Não obstante, o Supremo Tribunal de Rennes admitiu a transição transexual na ausência de cirurgia. [RENNES. Cour d'Appel (CA). Décision du 26 oct. 1998 (Autorisation de changement de sexe sans opération de réassignation). *Dalloz*, p. 508, 1999]. O Supremo Tribunal de Aix-en-Provence pronunciou-se da mesma forma sobre um decreto assinado em 9 de novembro de 2001.



de intervenção médica. As associações de transexuais consideram humilhante a exigência feita pelo Estado de fornecer certificados de esterilização e de modificação genital para se obter uma mudança de identidade, embora elas desejem reembolso pelo seguro social das despesas realizadas com a mudança de sexo.

A legislação francesa poderia se inspirar naquela dos nossos países vizinhos ou seguir simplesmente a recomendação nº 4, do Comissário dos direitos do Homem do Conselho da Europa, que, no seu relatório temático sobre os “Direitos do Homem e Identidade de Gênero” de 31 de julho de 2009, solicita, “[...] nos textos que compõem o processo de mudança de nome e de sexo, de parar de subordinar o reconhecimento da identidade de gênero de uma pessoa a uma obrigação legal de esterilização e de submissão a outros tratamentos médicos”. A mudança legal de sexo poderia também ser feita mediante simples requisição ao juiz, acompanhada de duas testemunhas, que atestariam a realidade e a forma de vida da pessoa no sexo reivindicado.

### 3 SEXO, CASAMENTO E FILIAÇÃO

Além da condição das pessoas, a sexualidade do sujeito de direito determina as condições de acesso ao casamento e ao estabelecimento do laço de filiação.

As Constituições nacionais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e as Cartas internacionais, consagrando os direitos fundamentais, definem o indivíduo de maneira neutra: “toda pessoa tem o direito...”, “todo indivíduo tem o direito...”, “cada um tem o direito...” ou, ainda, “ninguém pode ser...”. Mas quando elas citam o direito ao casamento, os autores desse direito tornam-se identificados pelo gênero (*genrés*): “A partir da idade permitida, o homem e a mulher têm o direito de casar-se e constituir

uma família...”.<sup>48</sup> No entanto, a Carta europeia dos direitos fundamentais, cujos autores estavam conscientes das questões futuras, deixa de definir o casamento com base na diferença dos sexos e cita, simplesmente, que “[...] o direito de casar e o direito de constituir uma família estão garantidos de acordo com as leis nacionais que regem seu exercício” (art. 9).

Após o casamento de dois homens celebrado pelo prefeito de Bègles no dia 5 de junho de 2004, o tribunal da grande instância de Bordeaux procedeu sua anulação, considerando a diferença de sexos segundo o direito francês, “uma condição do casamento compatível com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. O Supremo Tribunal confirmou essa posição sublinhando “[...] que no direito francês o casamento é uma instituição que visa a união de duas pessoas de sexos diferentes, permitindo-lhes formar uma família considerada legítima. A noção sexual de marido e mulher é o eco da noção sexual de pai e mãe”<sup>49</sup> e o Tribunal de Cassação rejeitou o recurso formado contra essa decisão mediante um pronunciamento tão breve quanto incisivo:

Visto que, segundo a lei francesa, o casamento é uma união entre um homem e uma mulher; que este princípio não contradiz nenhuma das disposições da Convenção europeia dos direitos

---

<sup>48</sup> CONVENTION Européenne des Droits de L’homme: art. 12. Disponível em: <[http://www.lexinter.net/UE/convention\\_europeenne\\_des\\_droits\\_de\\_l'homme.htm](http://www.lexinter.net/UE/convention_europeenne_des_droits_de_l'homme.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2009. O artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabeleceu: “A partir da idade permitida para o casamento, o homem e a mulher, sem nenhuma restrição quanto à raça, à nacionalidade ou à religião, têm o direito de casar e de constituir uma família. Eles têm direitos iguais no que diz respeito ao casamento, durante o casamento e no momento de sua dissolução”. (DECLARATION Universelle des Droits de L’homme. Disponível em: <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>>. Acesso em: 10 jan. 2009)

<sup>49</sup> BORDEAUX. Cour d’Appel (CA), 19 avr. 2005 (La validité du mariage homosexuel), n. 04-04683, *Dalloz Jur.* p. 1.687, 2005, note Agostini.

do homem e da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia.<sup>50</sup>

A simplicidade do argumento do Tribunal de Cassação fortalece o paradoxo do casamento como o espaço institucional da diferença dos sexos, confirmando, assim, uma velha jurisprudência do Tribunal de Cassação de 1903, segundo a qual um dos elementos essenciais para a existência de um casamento é a diferença dos sexos dos parceiros. Na época, a preocupação era saber, no caso de hermafroditismo, como determinar, além das certidões de nascimento, a diferença em questão. O tribunal se aterá como critério de apreciação à aparência exterior do sexo. Desde que o sexo inscrito na certidão de nascimento corresponda ao sexo biológico exposto, a *conditio matrimonii* é preenchida e as partes podem contrair núpcias.

No estado atual do direito positivo francês, a existência de um casamento é, então, subordinada à constatação dessas duas exigências: a diferença de sexos e a concordância de órgão genital com o sexo inscrito na certidão de nascimento.

Desde 1983, é admissível, na França, que o tabelião deve se ater ao sexo tal como está mencionado nas certidões de nascimento que lhes são transmitidas, o que implica a possibilidade de um transsexual se casar.<sup>51</sup> A CEDH considerou igualmente que o impedimento ao casamento ligado à diferença de sexo é suprimido assim que a modificação da certidão de nascimento for efetuada.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 13 mars 2007 (La différence de sexe comme condition de validité du mariage), n. 05-16.627. *Dalloz AJ.*, p. 935, 2007, obs. Gallmeister.

<sup>51</sup> PARIS. Tribunal de Grande Instance (TGI). Décision du 13 déc. 1983 (Si le mariage d'un transsexuel était possible). *Dalloz*, 1983, e PARIS. Cour d'Appel, 17 fév. *Dalloz*, p. 350, 1984, note M.-L. Rassat, *RTD civ.*, p. 135, 1985, obs. J. Rubellin-Devichi.

<sup>52</sup> COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Décision *Christine Goodwin vs. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n. 289/57, *Dalloz*, p. 1.936, 2003, obs. J.-J. Lemouland; *Dalloz*, p. 525, 2003, obs. C. Birsan.

A situação parecia clara até o dia em que a Sra. Camille Barré, transexual de 46 anos, e o Sr. Martin Léon Benito, também transexual de 30 anos, conhecido como “Mônica”, decidiram se casar. O procurador da República, a pedido do prefeito de Rueil-Malmaison, se opôs ao casamento por falta de “[...] uma verdadeira vontade matrimonial, pois o objetivo principal, o de se comportar como marido e mulher, era estranho a ele”. Apresentarem-se vestidas de mulher parece ser suficiente para tornar o consentimento supeito. Se a ausência de diferença de sexo não parece um motivo explícito para impedir essa união (ela é constantemente lembrada para reforçar a simulação denunciada), a maneira de organizar a lógica argumentativa deixa entrever uma ambiguidade quanto à qualificação da oposição ao casamento. Assim, por trás da simulação, o procurador e o tribunal concordaram em sancionar igualmente a ausência de diferença de sexo, entendida não somente no sentido jurídico, mas como uma ausência de desejo heterossexual. Nesse caso, o Procurador denunciou o caráter duplamente homossexual do ato. A princípio ele não esconde a reticência à jurisprudência do Tribunal de Cassação:

Mesmo que os requerentes justifiquem através de suas certidões de nascimento que eles são de sexos diferentes, [...] mesmo que a fórmula cromossômica da sra Barré continue imutável, [...] parece que, em espécie, os interessados pensam em se unir em casamento sendo mulheres.

É evidente que, antes de 1992, o Procurador teria se oposto ao casamento de maneira mais sutil. Com efeito, antes que a França fosse condenada pelo Tribunal de Strasbourg, Camille Barré não teria podido obter a mudança de sua certidão de nascimento e teria, então, sido considerada um homem. Em seguida, o que pareceu perturbar o Procurador não foi tanto o fato de que Camille fosse uma mulher, mas que ela desejasse indivíduos com aparência feminina.

Assim, o fato de M. Léon se vestir como mulher e reivindicar um nome feminino não constitui, de forma alguma, a prova de falta de sinceridade com relação à intenção matrimonial.

Além do mais, o que é relevante em direito não é a diferença de gênero, mas, unicamente, a diferença de sexos. Pouco importa a identidade reivindicada pelos indivíduos; o que importa é a informação inscrita na certidão de nascimento. No entanto, o TGI de Nanterre havia confirmado a oposição ao casamento mesmo se a vontade de respeitar o dever conjugal e o *affectio maritalis* parecessem incontestáveis. O que o tribunal contestou não foi tanto o fato de os requerentes não desejarem se submeter ao dever conjugal, mas a maneira como eles pensavam em executá-lo. Assim, resguardados pela última teoria da simulação e sem que isso fosse explícito,<sup>53</sup> os juízes colocaram em causa a existência do casamento. Para isso eles criaram um artifício conceitual: no lugar da diferença de sexos, eles introduziram a diferença de gênero, entendido como aparências opostas e desejo homossexual. O tribunal utilizou, dessa forma, um artifício que permitiu se opor ao casamento, qualificando-o de ato simulado e de união homossexual.

De acordo com os juízes, os requerentes não queriam se casar; atrás desse gesto estaria escondido um ato militante, tendo como objetivo a reivindicação do casamento homossexual. Mas nós sabemos quão difícil é provar que um casamento é simulado, tanto quanto que os requerentes pensavam em subtrair as obrigações conjugais. Nada impede, com efeito, a um casal, de se casar para avançar uma causa militante, com a condição de que o *affectio maritalis* não falte, o que seria o caso em questão. É neste momento que o artifício dos juízes entra em ação, uma vez que, ainda que os

---

<sup>53</sup> A impossibilidade do ataque frontal à natureza homossexual do casamento explica a utilização abusiva do argumento da simulação a fim de tornar a união de um homem e de uma mulher, sob o ponto de vista jurídico, impossível, pois ela não tem uma forma de união heterossexual.

requerentes demonstrem vontade comum e durável de viver como cônjuges, essa união não pode existir, porque ela não tem caráter heterossexual. Por essa decisão, os juízes acharam que M. Benito, como homem aos olhos da lei, não podia realizar convenientemente o dever conjugal: ele não queria uma mulher como um homem, mas como uma mulher.<sup>54</sup>

O que conta para uma boa realização conjugal não é tanto o sexo, mas o gênero e a natureza do desejo sexual dos cônjuges. Essa decisão coloca claramente em evidência que a diferença de sexos não é unicamente uma condição ligada ao gênero dos parceiros, mas à matriz heterossexual da instituição matrimonial. Conscientes da dificuldade para explicar a diferença dos gêneros como *conditio sine qua non* do casamento, os juízes do Supremo Tribunal de Versailles confirmaram a oposição ao casamento fundamentados na teoria da simulação sem renunciar no entanto, à condenação do casamento homossexual: “O que na realidade os requerentes entendem [...] se unir enquanto mulheres e infringir para melhor combater a proibição atual do casamento entre pessoas do mesmo sexo” e “que tal intenção equivale a uma falta de consentimento...”.<sup>55</sup> Contanto que as partes não estejam em cassação,<sup>56</sup> a decisão do Supremo Tribunal de Versailles é definitiva.

<sup>54</sup> “É preciso observar que o Sr. Benito Martin Leon, não importando as circunstâncias, reivindica sua feminilidade, ostenta a aparência de uma mulher, assina com o nome feminino de Mônica, o qual ele se atribuiu”. [NANTERRE. Tribunal de Grande Instance (TGI), 10 juin. 2005 Disponível em: <http://www.des-france.org/distilbene/questions-juridiques.php?PHPSESSID=zyqrwuovkgzlxInd>. Acesso em: 10 jan. 2009.]

<sup>55</sup> VERSAILLES. Cour d’Appel (CA), première chambre, 8 juil. 2005. Disponível em: <<http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE2010/D2006-47.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

<sup>56</sup> NT. Cassação é a anulação, pela Corte de Cassação (Cour de Cassation), em sede de recurso, do todo ou parte de um acórdão julgado em última instância que contiver um vício que dê ensejo à cassação (violação da lei, incompetência, ausência de base legal, etc). [CORNU, Gérard (Dir.). *Vocabulaire juridique*, p. 136, tradução nossa]

Em matéria de filiação, a *conditio heterossexualis* é ainda mais forte. Os casais de mesmo sexo não podem adotar, da mesma maneira que as solteiras e as mulheres na menopausa (casadas ou não), as quais estão igualmente excluídas de assistência médica para a procriação. A diferença dos sexos permanece uma condição *sine qua non* ao direito à filiação carnal ou adotiva.

Até a década de 1990, o conjunto de especialistas de direito da família concordou com a dimensão eminentemente social e cultural da filiação (modelo civilista), momento em que uma reivindicação homoparental começou a surgir na cena pública – uma redefinição naturalista de filiação começou a se impor na doutrina. Desde então, a base da filiação heterossexual começou a se desestabilizar pela reivindicação parental; as instituições se encarregaram de manter a ordem: em 1988, o Senado tornou público o relatório Braibant, no qual, pela primeira vez, os senadores falaram “da afirmação do valor das estruturas naturais de parentesco”. Em 1994, as leis de bioética definiram juridicamente o casal como “a união de um homem e uma mulher”. Da mesma forma, em 1995, o Conselho de Estado fez menção ao “referencial paternal” no caso de uma adoção por um solteiro, mesmo que tal referente não seja exigido por lei.<sup>57</sup>

A reivindicação homossexual permitiu tornar explícita a matriz heterossexual do direito de filiação: alguns falam de ordem simbólica da diferença dos sexos e os tribunais começam a exigir a perícia biológica nos processos de contestação à paternidade. Da mesma forma, a pesquisa das origens é reivindicada socialmente e a diferença dos sexos torna-se um valor em si mesmo: a verdade biológica aparece como último argumento não somente para se

---

<sup>57</sup> Cf. BORRILLO, D.; PITOIS, T. Adoption et homosexualité: analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996. In: \_\_\_\_\_ (Ed.) *Homosexualités et droit*. Paris: PUF, 1998 (Col. Les Voies du Droit).

opor à filiação homoparental, mas disposta a criar uma espécie de hierarquia entre as filiações que devem agora estar apoiadas em laços de sangue e igualmente designar as famílias monoparentais ou recompostas como responsáveis pela desintegração social, pela violência ou pela criminalidade em razão da “dissolução” familiar, da “desinstitucionalização” do casamento e da “ausência de pais”.<sup>58</sup>

Para alguns autores, a lei francesa foi muito longe na negação da verdade biológica (quer dizer, da matriz heterossexual). Para remediar isso, Agnès Fine propõe o reconhecimento da pluripaternidade, que

não é somente ligada ao espaço cada vez mais importante de famílias recompostas na nossa sociedade. Ela foi também levada pelo crescimento da questão de identidade que se expressou sob forma reivindicadora do direito da criança de conhecer suas origens, principalmente as crianças adotadas ou aquelas que nasceram de inseminação artificial.<sup>59</sup>

O antropólogo lamenta que, “[...] contrariamente à Inglaterra e à Alemanha, a França esteja à parte do modelo da *open adoption*”, quer dizer, sem ruptura com a filiação biológica...

O Conselho do Estado tinha igualmente julgado que o direito à adoção estava reservado aos heterossexuais; foi necessária uma condenação da CEDH para pôr fim a essa interpretação descaminatória da lei.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> A designação de famílias atípicas como origem da delinquência permite mascarar os fatores socioeconômicos que destroem a autoridade dos pais.

<sup>59</sup> FINE, Agnès. Qu’est-ce qu’un parent? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, Toulouse, France, n. 21, p. 19-47, 2001: Au delà de l’amour maternel. Dossiê coordenado por P. Marciano.

<sup>60</sup> COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L’HOMME. Emmanuelle. B. vs. France. Décision du 22 jan. 2008.



Não é somente aos casais de mesmo sexo que os conservadores declaram guerra, mas igualmente a toda filiação que não seja fundamentada na dupla referência masculina e feminina. O retorno da lei de 1966 autorizando a adoção monoparental, a crítica do parto de pais desconhecidos, as solicitações para retirar a interdição de anonimato no caso de doador de esperma, assim como a inscrição da origem biológica nas certidões de nascimento em caso de adoção plena, testemunham a resistência ao desaparecimento da referência à heterossexualidade. No intuito de preservar em alguma parte o privilégio reprodutivo, tanto da heterossexualidade como da homossexualidade, é que poderá, em seguida, pedir para se inscrever na ordem parental (e não naquela de parentesco).<sup>61</sup> Dito de outra forma, os *gays* e as lésbicas poderão usufruir todos os direitos relativos à autoridade parental, mas os casais do mesmo sexo ficarão excluídos dos direitos de filiação.

O privilégio biológico assegura, de forma dissimulada, de um lado, o lugar da heterossexualidade no seio da homoparentalidade (ou da pluriparentalidade tomando a expressão de Agnès Fine) e, por outro lado repensa a norma não sobre a vontade individual, mas sobre uma pretensão imanente das origens, chamada pelo novo pensamento conservador de “ordem geracional” ou

---

<sup>61</sup> Os termos “parente” e “parentalidade” não existem no direito. Eles retornam à etnologia e à sociologia da família. São, principalmente, os trabalhos de Durkheim, Mauss, Lévi-Strauss Malinowski, Margaret Mead ou ainda de Ruth Benedict que nos familiarizaram com essas noções. O parentesco designa as regras de descendência que se aplicam a cada indivíduo e, de forma mais ampla, ao laço que une a criança a um ou dois adultos (pai e mãe). A parentela se refere à educação das crianças, como também aos direitos e às obrigações que daí resultam (ações pedagógicas, domésticas, educativas, cuidados, direito de moradia, direito de visita, etc.) Procuraremos em vão esses vocábulos nos códigos e nas leis. O termo “parentesco” é conhecido em direito como “filiação” enquanto o equivalente jurídico da “parentela” é atribuído à *patria potestas*, denominada mais tarde de “autoridade parental” ou “responsabilidade parental”, usando uma expressão ainda mais moderna.

“ordem simbólica”.<sup>62</sup> A dificuldade para admitir um parentesco exclusivamente feminino ou exclusivamente masculino, perfeitamente de acordo com o modelo civilista, levou a um questionamento do dito modelo em favor de uma visão naturalista da filiação.<sup>63</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

Fundamentando-se numa ideia culturalista, a tradição feminista não essencialista, que vai de Simone Beauvoir a Judith Butler, faz uma crítica radical do sistema sexo-gênero. A multiplicação dos gêneros proposto por J. Butler, por meio da noção da performatividade, poderia se traduzir juridicamente pelo silêncio da *privacy*: cada indivíduo adota o gênero que deseja. Em revanche, um sujeito de direito sem gênero (ou ainda com vários gêneros) se tornaria o princípio que governaria a nova gramática sexual. Bastaria, para isso, pôr fim à prática de colocar o sexo dos indivíduos na certidão de nascimento. Isso permitiria regularizar os problemas encontrados pelos intersexuais e transexuais e acabaria com a proibição do casamento e da adoção de casais de mesmo sexo.

Com efeito, com o desaparecimento da referência de sexo nas certidões de nascimento, a dualidade sexual deixaria de ser uma condição *sine qua non* do *ius connubii*. Fundamentada exclusivamente na dimensão espiritual (vontade), o casamento

---

<sup>62</sup> Cf. BORRILLO, D. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: CADORET, Anne Martine Gross; MECARY, Caroline Bruno Perreau (Dir.) *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.

<sup>63</sup> Cf. BORRILLO, D. La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l’idéologie naturaliste de la filiation. In: DORLIN, E.; FASSIN, E. (Dir.). *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010. p. 121-136.

encontraria sua legitimidade no consentimento e não na diferença de sexos, versão moderna da *copula carnalis* canônica. Ao fim de tudo, o casamento permanece o contrato *intuitu personae* por excelência, para o qual o sexo do cocontratante só é relevante para as partes. A modificação da linguagem jurídica dos códigos civis permitindo o casamento para casais de mesmo sexo e reconhecendo a filiação homoparental é reveladora dessa dependência do direito sem gênero. Assim, essas leis não se referem mais ao “marido” e à “mulher, mas aos “cônjuges”, e não designam mais o “pai” e a “mãe”, mas os “pais”.

Fundamentada na vontade, a adoção é uma instituição mais apta que a verdade biológica para assegurar a estabilidade dos laços familiares. Contrariamente à filiação carnal, a filiação escolhida encontra seu fundamento não somente na liberdade de acolher as crianças dos outros, mas igualmente de abandonar seus próprios filhos biológicos, o que só é possível para as mulheres de (parto de pais desconhecidos), mas poderia se expandir também aos homens, mediante uma declaração formal de renúncia à paternidade.

A generalização de filiação adotiva (incluídos para seus próprios filhos)<sup>64</sup> permitiria deixar à vontade o dispositivo de parentesco. De hoje em diante, isso será exclusivamente da vontade do ou dos genitores, que dão a criança e ou dos adotantes que a acolhem. Além disso, a adoção é uma instituição concebida com base no direito da criança de ter uma família, ao contrário da filiação biológica, que aparece mais como um dispositivo do direito para a criança.

Um sujeito de direito sem gênero e um laço familiar livre de sua dimensão biológica permitiria, igualmente, dar ao direito sua dimensão convencional, libertando-o da metafísica da diferença

---

<sup>64</sup> Isso implicaria conceber uma forma alijada de adoção a fim de fugir dos constrangimentos administrativos atuais.

de sexos e da naturalização de parentesco. Uma ordem jurídica democrática não pode continuar a funcionar na base da divisão binária dos gêneros e da injunção à heterossexualidade. Da mesma forma como foi para a raça, a lei deve desconsiderar o sexo do indivíduo, evitando consequências jurídicas.

Duas modificações, nesse caso, seriam necessárias:

- desaparecer a referência de sexo nas certidões de nascimento e
- abandonar a referência biológica, em proveito da adoção, na instituição de filiação.

**Sex and Law:** gender binary logic and the heterosexual matrix in the Law

**Abstract:** The binary logic of sex, although not very explicit, is shown to support the legal system regarding the rights of persons and the family. From birth, the individual is classified as female or male, a condition that will follow him/her through the rest of his/her legal life. Intersex and transgender cases show the violence of these mandatory assignments and show the difficulties they have in finding a term that addresses the subjective gender and law. Based on a study of French civil law, this article critically reviews gender assignment and the heterosexual matrix in the law to propose an end of the category “sex” on birth certificates. According to the author, sex, along with race, class, or profession, does not work as a defining element of the subject of law.

**Key words:** Sex. Gender. Transexualism. Hermaphroditism. Intersexuals. Civil registry. Same-sex marriage.

## REFERÊNCIAS

ABU-SAHLIEH, Sami Awad Aldeeb. *Religion et droit dans les pays*. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2008.

AIX-EN-PROVENCE. Cour d'Appel (CA), la sixième chambre A, 12 mars 2002. *Dalloz Jurisprudence en ligne*. Disponível em: <<http://bu.dalloz.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

ANDROUTSOS, J.-C.; PAPADOPOULOS, G. M.; GEROUANOS, S. Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité. *Andrologie*, v. 11 n. 2, p. 89-93, 2001.

BEAUVOIR, S. de *Le deuxième sexe*: Paris: Gallimard, 1949.

BERNARD, Jessie. *Women and the public interest*. Chicago: Aldine-Atherton, 1971.

BLANDINE, Destremeau; BRUNO, Lautier. Femmes en domesticité: les domestiques du Sud, au Nord et au Sud. *Revue Tiers Monde*, n. 170, p. 249-264, 2002.

BORDEAUX. Cour d'Appel (CA), 19 avr. 2005 (La validité du mariage homosexuel), n. 04-04683, *Dalloz Jur.* 2005. Note Agostini.

BORRILLO, D. La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion. In: FORTIN, Véronique; JEZEQUEL, Myriam; KASIRER, Nicholas (Dir.) *Les sept péchés capitaux et le droit privé*. Montréal: Thémis, 2007.

BORRILLO, D. La parenté et la parentalité dans le droit: conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation. In: DORLIN, E.; FASSIN, E. (Dir.) *Reproduire le genre*. Paris: Editions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010. p. 121-136.

BORRILLO, D. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: \_\_\_\_\_. *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.

BORRILLO, D. Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité: un révélateur de notre capacité à assumer la modernité. In: CADORET, Anne *et al.* (Dir.) *Homoparentalités: approches scientifiques et politiques*. Paris: PUF, 2006.

BORRILLO, D.; PITOIS, T. Adoption et homosexualité: analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996. In: \_\_\_\_\_ (Ed.) *Homosexualités et droit*. Paris: PUF, 1998 (col. Les Voies du Droit).

BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 1998.

BRISSON, Luc. *Le sexe incertain: androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*. Paris: Les Belles Lettres, 1997.

BRUGEILLES, C.; CROMER, I.; CROMER, S. Les représentations du masculin et du féminin dans les albums illustrés ou comment la littérature enfantine contribue à élaborer le genre. *Population*, v. 57, n. 2, p. 261-292, 2002.

BRYHER [Winifred Ellerman]: *Beowulf: roman d'une maison de the dans Londres bombarde*. Paris: Mercure de France, 1948.

BRYHER, Annie W. Préface. In: \_\_\_\_\_ BRYHER [Winifred Ellerman]: *Beowulf: roman d'une maison de the dans Londres bombarde*. Paris: Mercure de France, 1948.

BUTLER, Judith. *Trouble dans le genre: pour un féminisme de la subversion*. Prefácio de Éric Fassin, tradução de Cynthia Kraus. Paris: La Découverte, 2005.

COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Décision Christine Goodwin vs. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n. 289/57, *Dalloz*, 2003, obs. J-J. Paris: Lemouland; *Dalloz*, 2003, obs. C. Birsan.

CONSEIL DE L'ORDRE DE MEDECINS. *Code déontologique*: article 41. Disponível em: <<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-41-mutilation-265>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

CONVENTION Europeenne des Droits de L'homme: art. 12. Disponível em: <[http://www.lexinter.net/UE/convention\\_europeenne\\_des\\_droits\\_de\\_l'homme.htm](http://www.lexinter.net/UE/convention_europeenne_des_droits_de_l'homme.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2009.

CORNU, Gérard (Dir.). *Vocabulaire juridique*. 8. ed. Paris: PUF, 2008.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Emmanuelle. B. vs. France*. Décision du 22 jan. 2008.

COURBE, P. *Droit civil de la famille*. 5. ed. Paris: Armand Colin, 2008.

DALLOZ JURISPRUDENCE EN LIGNE. Disponível em: <<http://bu.dalloz.fr>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

DECLARATION Universelle des Droits de L'homme. Disponível em: <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>>. Acesso em: 10 jan. 2009

DELAUNOY, Jacques. Plaidoyer pour une certaine ignorance. *Topique*, v. 1, n. 78, p. 33-49, 2002.

ERIBON, D. *Echapper à la psychanalyse: notes sur l'amour et l'amitié*. Paris: Léo Scheer, 2005.

FINE, Agnès. Maternité et identité féminine. In: KNIBIEHLER, Y. (Dir.). *Maternité, affaire privée, affaire publique*. Paris: Bayard, 2001. p. 61-76.

FINE, Agnès. Qu'est-ce qu'un parent? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales. *Spirale*, Toulouse, France, n. 21, p. 19-47, 2001.

GOFFMAN, E. The arrangement between the sexes. *Theory and Society*, v. 4, n. 3, p. 301-331, 1977 (col. Le Genre du Monde).

LACASSAGNE, A. *Les actes de l'état civil: étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort*. [S.l.: s.n.], 1887.

LAQUEUR, Thomas. *La fabrique du sexe: essai sur le corps et le genre en Occident*. Paris: Gallimard 1992.

LEGENDRE, Pierre. Entretien avec Antoine Spire. *Le Monde*, não paginado, 23 out. 2001.

MACCORMICK, D. Neil. BANKOWSKI, Zenon. La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques. In: AMSELEK, Paul (Dir.). *Théorie des actes du langage, éthique et droit*. Paris: PUF, 1986.

MAHOMET. *Le Coran*. Vevey: Éditions de l'Aire, 2008 *apud* ABUSAHLEH, Sami Awad Aldeeb. *Religion et droit dans les pays*. Presses Universitaires de Bordeaux: Pessac, França, 2008.

MAUGER-VIELPEAU, L. Le mariage peut-il «survivre» au transsexualisme d'un époux? *Recueil Dalloz*, 178<sup>e</sup> ano, n. 2, p. 124-127, 10 jan. 2002.

MEAD, M. *L'un et l'autre sexe: le rôle de l'homme et de la femme dans la société* (1948). Paris: Denoël-Gonthier, 1966.

NANCY. Cour d'Appel (CA). Décision du 14 nov. 2003 (Refus d'autoriser à changer le prénom), *Bulletin d'Informations de la Cour de Cassation* (BICC), n. 895, 1<sup>o</sup> jun. 2004.

NANTERRE. Tribunal de Grande Instance (TGI), 10 juin. 2005. Disponível em: <<http://www.des-france.org/distilbene/questions-juridiques.php?PHPSESSID=zyqrwuovkgzlxInd>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

NIMES. Cour d'Appel (CA). Décision du 7 juin 2000 (Transsexualisme fondement d'un divorce pour faute). *LPA* 12 abr. 2001, n. 73, nota J. Hauser, *RTD civ.* 1994.

PARIS. Cour d'Appel (CA). Décision du 18 janvier 1974 (Refus de changement de sexe, *Dalloz*, 1999, conclusão Granjon.

PARIS. Cour d'Appel, 17 fév. 1984, *Dalloz*, 1984, nota M.-L. Rassat, *RTD civ.*, 1985, obs. J. Rubellin-Devichi.

PARIS. Cour de Cassation (Cass. Civ.), première chambre civile. Décision du 21 mai 1990 (Le transsexualisme), *Bulletin Civil I*, n. 117, 1990.

PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 13 mars 2007 (La différence de sexe comme condition de validité du mariage), n. 05-16.627. *Dalloz AJ.*, 2007, obs. Gallmeister.

PARIS. Cour de Cassation, première chambre civile. Décision du 18 mai. 2005 (L'application directe, devant la juridiction française, de deux dispositions de la convention de New York), n. 02-16.336, *Bulletin I*, n. 211, 2005.

PARIS. Cour de Cassation. Assemblée Plénière. Décision du 11 décembre 1992 (Le transsexualisme, indisponibilité de l'état des personnes et modification de l'état civil d'une personne), *JCP II*, 1995.

PARIS. Tribunal de Grande Instance (TGI). Décision du 13 déc. 1983 (Si le mariage d'un transsexuel était possible). *Dalloz*, 1983.

PLATON. *Le banquet*. Tradução de Luc Brisson. Paris: Gallimard, 1988.

RENNES. Cour d'Appel (CA). Décision du 26 oct. 1998 (Autorisation de changement de sexe sans opération de réassignation). *Dalloz*, 1999.



REPUBLIQUE FRANÇAISE. *Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (Annexe)*: art. 288. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000647915&dateTexte>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

SCHWEITZER, Sylvie. *Les femmes ont toujours travaillé: une histoire du travail des femmes aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*. Paris: Odile Jacob, 2002. 329 p.

THERY, Irène. *Couple, filiation et parente aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée* [Rapport officiel]. Paris: Odile Jacob, 1998.

VERSAILLES. Cour d'Appel (CA), première chambre, 8 juil. 2005. Disponível em: <<http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/OCTOBRE2010/D2006-47.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2009.

VERSAILLES. Cour d'Appel (CA). Décision du 22 juin 2000 (Le changement de sexe d'un enfant hermaphrodite), *JCP G* II, n. 10.595, p. 1.781-1785, 2001, nota Guez.

Enviado em 26 de outubro de 2010.

Aceito em 22 de dezembro de 2010.

