

La Revue  
des Droits  
de l'Homme

## La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les  
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2014

---

# Création d'un sexe « non spécifique » par la Haute Cour d'Australie

Mention du sexe à l'état civil (Australie)

Benjamin Moron-Puech

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/641>

DOI : 10.4000/revdh.641

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Benjamin Moron-Puech, « Création d'un sexe « non spécifique » par la Haute Cour d'Australie », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 avril 2014, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/641> ; DOI : 10.4000/revdh.641

---

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

Tous droits réservés

---

# Création d'un sexe « non spécifique » par la Haute Cour d'Australie

Mention du sexe à l'état civil (Australie)

Benjamin Moron-Puech

---

- 1 Le 2 avril dernier, la Haute Cour d'Australie, plus haute juridiction australienne, a rendu une décision remarquable relative aux mentions du sexe susceptibles d'être inscrites sur les registres d'état civil de Nouvelle Galle du Sud. Avec une rapidité peu commune pour une décision de justice étrangère, cette information a été relayée dans la plupart des grands médias occidentaux (*Le Monde* des 2 et 3 avril derniers). Compte tenu de l'importance que les médias ont attribué à cette décision, sans pour autant procéder à une lecture attentive de celle-ci, il est donc apparu opportun d'en présenter une analyse proprement juridique.
- 2 La Haute Cour d'Australie est saisie dans cette affaire par le service de l'état civil de la Nouvelle Galle du Sud, suite à la décision de la cour d'appel de cet État ayant largement ouvert la liste des mentions désignant le sexe et pouvant être enregistrées à l'état civil.
- 3 Cette affaire a conduit la Haute Cour à trancher la question de savoir si la loi no 62 de 1995, régissant en Nouvelle Galle du Sud l'enregistrement des naissances, des morts et des mariages, permet à une personne née à l'étranger et ayant entrepris une transition sexuelle, d'inscrire dans les registres d'état civil de cet État une mention autre que masculin ou féminin.
- 4 La Cour va répondre par l'affirmative à cette question en exigeant du service de l'état civil qu'il fasse droit à la demande du requérant, à savoir inscrire pour le sexe la mention « *non spécifique* » (« *non-specific* ») (1°). À l'occasion de cette décision, la Haute Cour va énoncer le régime juridique d'une telle demande (2°).

## 1°/- L'exclusion de la binarité du sexe

- 5 Contrairement aux décisions de la Cour de cassation, l'arrêt la Haute Cour d'Australie comporte une motivation étoffée. Pour autant, cette motivation abondante ne permet

nullement de cerner au premier abord le raisonnement suivi par les magistrats australiens. Ce n'est qu'après une analyse minutieuse qu'apparaissent les trois raisons qui nous semblent avoir déterminé l'admission par la Haute Cour de la mention « *non spécifique* ».

- 6 Tout d'abord, la Cour s'appuie sur la fonction qu'elle attribue au registre d'état civil, à savoir enregistrer les informations fournies par les membres de la société (« *community* »), sans porter aucun jugement moral ou social (§ 16 et 38 de la décision). Par là, la Haute Cour laisse entendre que si une personne est reconnue par la société comme ayant un sexe « *non spécifique* », alors elle doit être inscrite avec un tel sexe car le registre d'état civil doit retranscrire tel quel cette situation.
- 7 Par ailleurs, en réponse aux arguments de service de l'état civil, les magistrats soulignent que **la loi de 1995 précitée ne limite nullement les mentions du sexe à deux, « masculin » et « féminin »**. Sans doute, constate la Cour, certaines dispositions de cette loi parlent de sexe opposé (art. 32A), ce qui suggère l'idée d'une binarité des sexes. Pour autant, cette loi repose également sur l'idée que le sexe peut être ambigu ; idée que l'on retrouve au demeurant ailleurs dans la législation de Nouvelle Galle du Sud. En effet, l'article 38A (c) de la loi anti-discrimination indiquant que l'adjectif transgenre désigne notamment « *une personne qui, étant de sexe indéterminé, s'identifie comme appartenant à un sexe particulier en vivant comme si elle était de ce sexe* » (§33 et 34).
- 8 Enfin, répondant à un autre argument du service de l'état civil dénonçant les dangers d'une conception non binaire du sexe, la Cour relève que, « **dans la plupart des cas, le sexe des individus concernés n'est nullement pris en compte dans les relations juridiques** » (§ 42 ). Aussi tient-elle pour non pertinent l'argument selon lequel l'introduction d'un troisième sexe viendrait gravement perturber les règles de droit reposant sur une conception binaire du sexe. D'autant que, comme le relève les magistrats, le service de l'état civil ne donne aucun exemple concret des risques de grave confusion que produirait l'admission de ce sexe « *non-spécifique* ».
- 9 **Au terme de cet argumentaire, la Haute Cour va donc admettre, pour la première fois dans sa jurisprudence, la possibilité d'inscrire la mention « non spécifique » pour le sexe**. Auparavant, la Haute Cour avait simplement relevé — sans en tirer aucune conséquence juridique — qu'il était impossible de rattacher toutes les personnes aux sexes masculin et féminin (cf. les références citées dans la note no 1 de l'arrêt),
- 10 La question qui se pose alors est de savoir si les mentions « *masculin* », « *féminin* » et « *non spécifique* » sont les seules mentions possibles. Ne pourrait-on pas envisager d'inscrire également « *transgenre* », « *transidentitaire* », etc., voire de ne rien inscrire du tout ?
- 11 La Haute Cour refuse à ce stade de trancher cette question, à l'inverse des juges d'appel. En effet, ceux-ci avaient créé trois autres catégories (intersexe, transgenre et androgyne), en précisant même que la liste des mentions ainsi proposées n'était pas limitative (§ 205, 257 et 290 de l'arrêt d'appel). En revanche, l'idée de n'inscrire aucune mention pour le sexe n'a semble-t-il pas traversé l'esprit de ces juges, sans doute car cela ne leur a jamais été demandé.
- 12 En comparaison, la Haute Cour va se montrer plus prudente, en estimant que cette affaire ne nécessite nullement de déterminer si d'autres mentions peuvent exister. Le demandeur n'ayant pas formulé cette demande, il n'y a pas lieu pour elle de statuer. Même si la Haute Cour ne rejette pas formellement la reconnaissance d'autres mentions, il semble bien qu'elle ne soit pas pour l'instant prête à les admettre. L'examen des

conditions, posées par la Haute Cour en vue de l'inscription de la mention « *non spécifique* », vient corroborer cette impression de prudence des magistrats. Conscients sans doute de l'importance du changement social impliqué par leur décision, ils encadrent fortement l'inscription de cette nouvelle mention dans les registres de l'état civil.

\*

## 2°/- Un changement rigoureusement contrôlé

- 13 Avant d'évoquer les conditions auxquelles la cour subordonne l'inscription, pour le sexe, de la mention « *non spécifique* », il importe de préciser que la décision est rendue à propos d'une personne née à l'étranger et qui n'est donc de ce fait pas inscrite dans les registres d'état civil de Nouvelle Galle du Sud. Pour autant, malgré la présence de dispositions législatives propres à cette situation, les magistrats vont démontrer dans l'arrêt commenté que la situation de ces personnes est la même que celles des personnes déjà inscrites dans les registres d'état civil de Nouvelle Galle du Sud (§17). Aussi le raisonnement que la Cour mène ici et les conclusions qu'elle va en tirer doivent s'appliquer à ces deux groupes de personnes. Ceci étant précisé, venons-en aux conditions de l'inscription de ce troisième sexe.
- 14 Tout d'abord, la Cour rappelle que la situation du requérant entre dans le champ de l'article 32DA de la loi de 1995, de sorte que celui-ci **doit fournir**, conformément à l'article 32DB, deux certificats médicaux attestant qu'il a bien entrepris une procédure de conformation sexuée (« *sex affirmative procedure* »). Une telle procédure est légalement définie, à l'article 32A précité, comme une « *procédure chirurgicale altérant les organes reproductifs de l'individu afin de l'aider soit à être considérée comme étant du sexe opposé, soit à éliminer les ambiguïtés de son sexe* ». La définition donnée est suffisamment large pour concerner tant les personnes transsexuées — c'est-à-dire celles dont le sexe psycho-social est en contradiction avec le sexe biologique —, que les personnes intersexuées — c'est-à-dire celle dont les caractéristiques biologiques sont équivoques.
- 15 Outre cette condition légale, la Cour vient subordonner l'inscription de la mention sexe « *non spécifique* » à la preuve que la procédure de conformation sexuée ait échoué. En effet, il faut, nous dit la Cour en reprenant les termes de l'article 32DA précité, que cette procédure n'ait pas permis d'« *éliminer* » les ambiguïtés du sexe, alors que tel était le but recherché. La Cour ne précise pas les moyens de preuve de cet échec et les faits relatés par l'arrêt ne permettent pas de trancher cette question. Le seul point certain est que la Cour ne se contente pas de la simple affirmation de l'individu quant à l'échec de l'opération. Cette information doit être étayée.
- 16 Enfin, la Cour semble indiquer que, dans le cas où l'officier d'état civil constaterait que le demandeur n'agit pas de bonne foi — par exemple le but poursuivi par ces actes chirurgicaux n'était nullement l'élimination de ces ambiguïtés — alors cet officier est en droit de refuser le changement (§39).
- 17 Par où l'on voit que, outre la condition légale tenant à la présence de **deux certificats médicaux attestant la réalisation d'actes médicaux de conformation sexuée**, l'inscription de la mention « *non spécifique* » est subordonnée par la jurisprudence à deux autres conditions :

- 18 - La procédure de **conformation sexuée doit avoir été engagée dans le but d'éliminer l'ambiguïté.**
- 19 - Le **maintien de l'ambiguïté**, dont la preuve ne saurait être rapportée par la seule déclaration du demandeur.
- 20 Dès lors que ces trois conditions sont réunies, l'officier d'état civil doit procéder au changement car, comme le relève la Cour, cet officier n'a nullement le pouvoir de porter des jugements moraux ou sociaux, ni de s'immiscer dans des controverses médicales (§ 16). Le pouvoir de contrôle de l'officier se limite donc à la vérification de ces conditions et, pour se faire, l'article 32DC (b) lui donne le pouvoir de demander des documents complémentaires.
- 21 En l'espèce, la Haute Cour relève que le requérant rapportait bien les certificats médicaux exigés, qu'il avait entrepris, en toute bonne foi, de supprimer les ambiguïté affectant son sexe, et enfin que cette procédure avait échoué en ce sens qu'elle n'avait pas permis d'éliminer toute ambiguïté.
- 22 L'ensemble des conditions étant remplie, la Haute Cour va rejeter le recours du service de l'état civil, tout en amendant la décision de la cour d'appel, notamment pour y effacer toute allusion à d'autres sexes que celui ici choisi.

\*

\*\*

- 23 Cette décision s'inscrit incontestablement dans le mouvement d'une meilleure reconnaissance des droits des personnes transsexuées et intersexuées, au demeurant déjà bien avancé en Australie. Ainsi, depuis janvier 2003, l'Australie permet à ces personnes d'inscrire pour la sexe du passeport la mention « X ». De plus, en 2013, la loi anti-discrimination précitée a été complétée par des dispositions concernant les personnes intersexuées.
- 24 Si cette décision — au demeurant propre à l'État de Nouvelle Galle du Sud — constitue une étape importante de cette évolution, elle ne saurait cependant à notre sens en réaliser l'aboutissement.
- 25 Au moins cinq critiques peuvent être adressées à cette décision :
- 26 - **Premièrement**, cette décision nous semble maintenir la préférence pour les sexes masculin et féminin, puisque la rubrique « *non spécifique* » n'est accessible qu'aux personnes pour lesquelles les opérations médicales de conformation sexuée ont échoué. Cette troisième catégorie apparaît donc subsidiaire par rapport deux autres.
- 27 - **Deuxièmement**, les conditions pour l'inscription de la mention « *non spécifique* » sont telles que bien peu de personnes intersexuées ou transsexuées en seront satisfaites. En effet, pour obtenir l'inscription de cette mention, ces personnes devront avoir subi des actes médicaux altérant leur fertilité.
- 28 - **Troisièmement**, le pouvoir des médecins et le regard pathologique porté sur les personnes entreprenant une procédure de conformation sexuée n'est nullement remis en question, puisque l'accès au sexe « *non spécifique* » nécessite deux certificats médicaux.
- 29 - **Quatrièmement**, cette décision maintient le sexe comme élément de l'état civil alors que, s'agissant des personnes intersexuées, leur revendication est la suppression de cette

catégorie (voyez la déclaration de Malte du 1er décembre 2013), seule solution à même de faire cesser la stigmatisation dont ils se disent victimes.

- 30 - **Enfin**, rien n'est dit quant à la situation des personnes de sexe « *non spécifique* » à l'égard des règles reposant sur une conception binaire du sexe. Les premières demeurent à cet égard dans un « no-man's land », bien que la Haute Cour s'en défende (§ 43).
- 31 Il convient néanmoins de reconnaître deux mérites à cette décision.
- 32 D'une part, la terminologie retenue par les magistrats - « *non spécifique* » - est relativement neutre, notamment si on la compare à celle retenue en droit français - « *sexe indéterminé* ». Il est donc opportun que la Cour n'ait pas souhaité reprendre cette dernière expression pourtant employée dans la loi anti-discrimination précitée.
- 33 D'autre part, cette troisième mention du sexe est pensée comme permanente, alors que nombre d'États reconnaissant un tel troisième sexe ou permettant de n'inscrire aucun sexe, ne le font que de manière provisoire. De telles mentions sont en effet enregistrées à la naissance de l'enfant, le temps que les médecins identifient le futur sexe, masculin ou féminin, de l'enfant (Cf. §55 de la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation). Contrairement à ces législations dans lesquelles le troisième sexe n'est qu'une sorte de limbe dans laquelle se situe l'individu avant que d'accéder à l'un des deux sexes existant, les juges australiens ont véritablement créé un troisième sexe. Leur décision se rapproche à cet égard de celle des juges népalais qui, en décembre 2007, ont enjoint au gouvernement de reconnaître l'existence d'un troisième sexe.
- 34 **Haute Cour d'Australie, 2 avril 2014, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie – Communiqué de presse du 2 avril 2014**

\*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

---

## RÉSUMÉS

*Par une décision du 2 avril 2014, la Haute Cour d'Australie a permis d'inscrire comme sexe à l'état civil une mention autre que masculin et féminin. L'inscription de cette nouvelle mention, intitulée « non spécifique », n'est nullement laissé au libre choix des individus. Conscients de l'importance sociale de cette innovation juridique, les magistrats australiens ont subordonné son inscription à de strictes conditions.*

AUTEUR

**BENJAMIN MORON-PUECH**

ATER en droit privé et doctorant à l'Université Panthéon Assas