ACTE DE L'ÉTAT CIVIL

> L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme

par Benjamin Moron-Puech, *Docteur en droit à l'Université Panthéon-Assas*

1 - Le 22 mars 2016, en chambres réunies, la cour d'appel d'Orléans a rendu un important arrêt (n° 01/12345, D. 2016. 708) par lequel, à la suite du juge de première instance (TGI Tours, 20 août 2015, D. 2015. 2295, note F. Vialla ; V. aussi, R. Libchaber, Les incertitudes du sexe, D. 2016. 20 ; M. Petkova, La reconnaissance d'un sexe « neutre » par le tribunal de grande instance de Tours, 14 oct. 2015, consultable sur www.pitcho.fr, rubrique blog) - dont la décision est néanmoins infirmée -, est abandonné le paradigme de la binarité des sexes en droit et, partant, son corollaire qu'est l'inexistence des personnes intersexuées dans le discours juridique (sur ce corollaire de la binarité des sexes, V. M.-X. Catto, La mention du sexe à l'état civil, *in* S. Hennette Vauchez, M. Pichard et D. Roman, La loi et le genre, CNRS, 2014, p. 29-47 ; *adde* P. Reigné, Sexe, genre et état des personnes, JCP 2011. 1140).

Si la décision de la cour d'appel d'Orléans ne donne pas entière satisfaction dans son dispositif et ses motifs, elle a cependant le mérite de sortir le droit français d'une construction culturelle dramatique pour les personnes intersexuées : la binarité des sexes. En effet, s'appuyant sur le droit européen, comme nous avions pu le préconiser - que Me Petkova soit ici remerciée pour avoir communiqué à la cour d'appel une version provisoire de notre article à paraître *Le respect des droits des personnes intersexuées, Chantiers d'avenir ?* (https ://hal.archives-ouvertes.fr) -, la cour d'appel considère que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose aux États membres de reconnaître aux personnes intersexuées le droit « d'obtenir (…) que leur état civil ne mentionne aucune catégorie sexuelle ». Sommairement, l'idée est que refuser à une personne intersexuée le droit de faire figurer sur son état civil une mention du sexe correspondant à la réalité de son être est une atteinte à son droit à la vie privée non nécessaire dans une société démocratique. En effet, cette atteinte au droit à la vie privée génère d'importantes souffrances pour la personne intersexuée, incapable d'affirmer son identité, tandis qu'il ne semble pas que cette absence de reconnaissance apporte à la société un bénéfice réel, contrebalançant ces souffrances individuelles.

Sans faire ici un véritable commentaire de la décision que d'autres ne manqueront pas de faire, nous voudrions simplement mettre en lumière les difficultés psychologiques des magistrats orléanais à modifier leur représentation sociale de l'identité sexuée et, partant, abandonner résolument le paradigme ancien de la binarité des sexes. L'examen de la décision rendue par la cour d'appel montre que la prégnance de ce paradigme se situe à au moins deux endroits.

2 - En premier lieu, le paradigme ancien apparaît lorsque les magistrats précisent quelle mention une personne intersexuée serait en droit d'inscrire à son état civil. Pour la cour d'appel, le seul moyen pour une personne intersexuée de voir son identité propre, et donc non binaire, reconnue à l'état civil, c'est, à l'image de ce que permet la loi allemande (*Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften*, 7 mai 2013, art. 6), de laisser la case « sexe » de son état civil vide. Au soutien de cette solution, qui maintient l'invisibilité des personnes intersexuées, les magistrats avancent trois arguments : d'abord, la mention d'un sexe autre que féminin ou masculin ne serait prévue par aucune disposition législative ou réglementaire ; ensuite, les magistrats eux-mêmes n'auraient pas le pouvoir de créer une telle règle ; enfin, cette solution exposerait les personnes intersexuées à un risque de discrimination.

Ces arguments n'emportent pas l'adhésion car ils pourraient aussi être utilisés pour refuser la solution finalement retenue par la cour. En effet, aucun texte ne permet non plus de n'inscrire aucune mention du sexe à l'état civil des personnes intersexuées. L'article 57 du code civil l'interdit même formellement. De même, à supposer que les magistrats n'aient pas le pouvoir de créer de nouvelles mentions, ils n'ont pas non plus le pouvoir d'en supprimer comme ils l'ont pourtant fait ici. Enfin, l'absence de mention du sexe, dès lors qu'elle ne concerne qu'une catégorie de personnes, expose manifestement ces dernières à des risques de discrimination (V. B. Moron-Puech, *Les intersexuels et le droit*, mémoire de master 2 sous la dir. de D. Fenouillet, Université Panthéon-Assas, n° 125). L'on aperçoit donc ici la faiblesse du raisonnement développé par les magistrats orléanais pour tenter de maintenir encore vivace, dans le champ du droit, le paradigme ancien.

3 - La prégnance du paradigme ancien se manifeste, en second lieu, au stade de la caractérisation de l'identité sexuée du requérant. En effet, le raisonnement de la cour révèle son refus d'apercevoir l'identité intersexuée du requérant, pourtant manifeste. D'abord, pour se déterminer sur l'identité sexuée, les magistrats se concentrent sur les seules composantes physiques et sociales du sexe. Ils

oublient par-là la composante *psychologique* du sexe - composante dont le premier juge, sur le fondement du droit européen applicable, avait pourtant souligné la primauté sur toute autre -, ainsi que les composantes biologiques autres que l'apparence physique (principalement les aspects gonadiques, hormonaux et génétiques). Les magistrats occultent également le caractère *artificiel* de cette apparence, laquelle est la conséquence non souhaitée d'un traitement contre l'ostéoporose prescrit au demandeur (rappr. Paris, 18 janv. 1974, RTD civ. 1974. 801, obs. R. Nerson, où les juges refusent de tenir compte d'une apparence physique artificielle). Ensuite, dans l'appréciation du sexe social, les magistrats considèrent que le requérant étant marié à une femme et ayant adopté un enfant avec une femme, il est nécessairement de sexe masculin. Ce faisant, les magistrats oublient la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et permettant aux personnes de ces couples d'adopter des enfants. Certes, en l'espèce, le mariage et l'adoption ont eu lieu avant cette loi. Cependant, s'agissant d'apprécier le comportement social du demandeur dans la durée, il n'est pas possible de se placer au seul jour où le mariage et l'adoption ont été constitués. Il convient de les apprécier de manière continue, ce qui impose de tenir compte du changement social intervenu depuis 2013 et empêche donc, dans le raisonnement abstrait auquel s'astreint la cour, de déduire de la qualité d'époux ou de père le sexe social du requérant.

Enfin, toujours dans l'appréciation du sexe social, les magistrats ont manifestement une lecture partielle des attestations qui leur étaient soumises et sur lesquelles s'était appuyé le premier juge tourangeau pour décider en l'espèce : « Force est de constater que (…) l'entourage [du requérant] ne peu[t] affirmer que le sexe masculin que l'officier d'état civil a mentionné à sa naissance corresponde à une réalité quelconque, pas plus que ne l'aurait été le sexe féminin ».

4 - Mis bout à bout, l'ensemble des arguments critiques évoqués plus haut révèlent, du point de vue de la *technique juridique*, la faiblesse du raisonnement tenu par les magistrats orléanais tant pour refuser le principe de la mention neutre, que pour refuser de tenir compte en l'espèce de l'intersexuation du requérant. Appréhendées d'un point de vue *psychologique*, ces faiblesses du raisonnement sont également révélatrices du coût psychologique important que représente, pour des personnes qui, comme les juges d'appel, ne sont pas familiarisées avec l'intersexuation, l'adoption d'un nouveau paradigme en matière d'identité sexuée. En effet, la conviction qu'il n'existe que deux sexes est si profondément inscrite dans la représentation sociale de l'identité sexuée en Occident - « butoir ultime de la pensée » a pu écrire Françoise Héritier (Masculin-Féminin. I. La pensée de la différence, O. Jacob, 2002, p. 18) -, qu'il est très difficile d'en changer. Dès lors, plutôt que de reconstruire leur représentation sociale de l'identité sexuée, les individus - tels ici les magistrats orléanais - préféreront souvent s'accommoder des faiblesses et incohérences dans leur discours ; le coût psychologique de ces incohérences sera moindre à leurs yeux que celui d'un changement du « noyau » de cette représentation sociale (sur les représentations sociales, leur structure et leurs évolutions, V. not., M.-L. Rouquette et P. Rateau, Introduction à l'étude des représentations sociales, PUG, 1998 ; P. Moliner et C. Guimelli, Les représentations sociales, PUG, 2015).

Espérons néanmoins que, pour la santé physique et psychique des personnes intersexuées, la Cour de cassation, en particulier sa première chambre civile souvent considérée comme gardienne de l'orthodoxie du raisonnement juridique, saura dépasser ces incohérences et que, malgré le coût psychologique de cette évolution, elle réussira à installer résolument le droit français dans un paradigme nouveau - l'absence de binarité de l'identité sexuée -, seul à même de garantir les droits fondamentaux des personnes intersexuées.