

peut-être temps d'en faire une réalité juridique. Les insuffisances du droit positif sont pointées du doigt par un récent rapport sénatorial qui préconise, outre une évaluation de la circulaire du 28 octobre 2011 et des procédures qu'elle définit, que soit mise à l'étude une clarification légale de la situation des personnes intersexuées<sup>27</sup>.

Plusieurs voies sont alors envisageables et d'ores et déjà explorées par des législations étrangères.

Créer une ou plusieurs autres mentions en sus de celles existantes, supprimer la mention de sexe comme élément distinctif de l'état des personnes<sup>28</sup>, maintenir la binarité en permettant que, dans le doute, la mention ne soit pas renseignée, définitivement ou temporairement, afin de laisser le temps à l'enfant d'atteindre le degré de maturité lui permettant de faire

son choix<sup>29</sup>. Assurément cette position soulève bien des questions et pourrait, entend-on, remettre en cause l'édifice juridique de l'égalité femme/homme et de la poursuite des discriminations fondée sur le sexe. L'argument n'est guère convaincant. L'appartenance ou la non-appartenance, « vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée » (art. 225-1 c. pén.) n'est pas, en France, un élément de l'état civil. Cela n'empêche fort heureusement pas le droit de prohiber et sanctionner une discrimination raciale ou religieuse (art. 225-1 c. pén.; notons que le texte prévoit que la sanction de la discrimination peut être fondée sur l'identité de genre). Il ne s'agit pas, que l'on se rassure, de faire disparaître le sexe de l'environnement juridique, mais plutôt de ne plus en faire un élément de catégorisation excluante pour ceux qui n'ont pas l'heur de rentrer dans les cases prédéfinies.

(27) M. Blondin et C. Bouchoux, Rapp. n° 441, Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions, p. 82; <https://www.senat.fr/rap/r16-441/r16-4411.pdf>. (28) D. Borrillo, Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi : Jurisprudence, Rev. critique 2011. 263. (29) Défenseur des droits, *supra* note 2; CNE Suisse, *supra* note 2; sur ces questions V. D. Borrillo, *supra* note 28; C. Byk, *supra* note 24; M.-X. Catto, *supra* note 5; B. Moron-Puech, *supra* note 2; R. Libchaber, D. 2016. 20; D. Mazeaud, JCP 2016. 389; J. Hauser, RTD civ. 2016. 318; et du même auteur JCP 2015. 1157; P. Le Maigat, Rencontres du Troisième sexe : Le Juge et l'Hermaphrodite ou les incertitudes du genre, Rev. dr. homme (en ligne), Actualités Droits-Libertés, juin 2016, <http://revdh.revues.org/2102>; P. Guez, Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil?, Rev. dr. homme (en ligne), 8 - 2015, <http://revdh.revues.org/1660>; M.-X. Catto, La mention du sexe à l'état civil, in La loi et le genre, Études critiques de droit français, *supra* note 2, p. 29 s.; J.-P. Branlard, Le sexe et l'état des personnes, Aspects historique, sociologique et juridique, LGDJ, 1993, préf. F. Terré, n° 21.

## Rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique » ?<sup>1</sup>

Note de Benjamin Moron-Puech, Laboratoire de sociologie juridique (Université Panthéon-Assas, Paris II) et IDEMEC (Aix-Marseille Université - CNRS)

*« Nous sommes, sans doute, plus raisonnables (...) que nos pères; mais le sommes-nous tout à fait? Ne nous reste-t-il pas encore un peu de barbarie, quand nous condamnons un hermaphrodite à opter entre les deux sexes: ainsi que dirions-nous d'une Nation de cyclopes, qui ferait crever un œil à tous ceux de notre espèce qui tomberaient entre leurs mains? »<sup>2</sup>*

Le 4 mai 2017, trois jours avant la désignation du futur président de la République française, la Cour de cassation a mis un terme, bien que sans doute provisoirement et partiellement<sup>3</sup>, à une incertitude qui existait en droit français quant au point de savoir s'il était possible d'inscrire à l'état civil une mention autre que masculin ou féminin.

(1) Que soient remerciés pour leur relecture avisée Clément Cousin, Julien Dubarry, Julie Mattiussi et Mila Petkova. Les propos ci-après exposés n'engagent néanmoins que leur auteur. Dans un souci de transparence, ce dernier entend par ailleurs déclarer qu'il a assisté bénévolement le requérant concerné par cette affaire. (2) G. Arnaud de Ronsil, Dissertation sur les hermaphrodites, in Mémoires de chirurgie, avec quelques remarques historiques sur l'état de la médecine et de la chirurgie en France et en Angleterre, J. Nourse, Londres, 1768, p. 318, cité par P. Graille, Les hermaphrodites au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle, Les belles lettres, 2001, p. 129. (3) L'avocate du requérant, M<sup>e</sup> Mila Petkova, a annoncé que son client entendait porter l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme. Or, depuis qu'a été ouvert un recours en réexamen des décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée en cas de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (art. 452-1 COJ), il n'est plus possible de considérer qu'à ce jour cette question serait définitivement tranchée en droit français. C'est en ce sens que la décision peut être dite provisoire. Elle est en outre partielle, en ce que la solution apportée par la Cour de cassation ne vaut que dans l'ordre judiciaire. Rien ne dit que l'analyse du Conseil d'État - lequel pourrait être amené à statuer sur cette question au travers d'un contentieux de la mention du sexe sur des documents administratifs autre que le registre d'état civil - aille dans le même sens.

En l'espèce, cette question du rattachement à un sexe neutre était posée à la Cour de cassation par une personne intersexuée - on parlait autrefois d'hermaphrodites -, c'est-à-dire une personne dont le sexe, dans sa dimension biologique<sup>4</sup>, ne correspond pas aux standards masculin et féminin. En effet, ainsi que l'indique le jugement de première instance rendu par le tribunal de grande instance de Tours, le 20 août 2015, le requérant dispose tant d'un « vagin rudimentaire » que d'un « micro-pénis ». Cette intersexuation (biologique) se traduisait en outre par un comportement social ne correspondant pas aux modèles masculin et féminin. Le jugement de première instance mentionne à cet égard un certificat médical de 1967 relevant déjà à propos du requérant qu'il « existe dans son comportement de nombreux indices d'une ambivalence sexuelle ».

À cette question de la possible inscription d'un sexe neutre, le tribunal de grande instance de Tours répond par l'affirmative, en acceptant l'inscription de la mention d'un sexe neutre<sup>5</sup>. Pour parvenir à ce résultat, le tribunal ayant rendu la décision n'a pas procédé à une reconnaissance préalable d'une troisième catégorie sexuée, catégorie dans laquelle il aurait fait entrer le requérant. À deux reprises, en effet, le tribunal souligne qu'il ne s'agit pas ici de reconnaître une troisième catégorie<sup>6</sup> qui remettrait « en cause la notion ancestrale de binarité des sexes ». Non, la reconnaissance d'un sexe neutre est faite seulement à la suite d'un contrôle de conventionnalité au terme duquel le juge estime que la non-reconnaissance d'un troisième sexe porterait une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée du requérant (art. 8 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [Convention EDH]).

Cette solution n'est cependant pas reprise par la cour d'appel d'Orléans, saisie en appel par le parquet. Cela tient en partie à la différence d'approche entre les deux juridictions. Alors que le tribunal de grande instance de Tours cherche à résoudre le seul cas particulier du requérant, la cour d'appel d'Orléans, en chambres réunies, cherche à poser une règle générale. En effet, l'article 8 de la Convention EDH n'est nullement utilisé par les juges d'appel pour répondre au seul cas particulier du requérant. Les juges orléanais y recourent plutôt pour déterminer comment aménager d'une manière générale la binarité des sexes que ces magistrats ne remettent pas formellement en question<sup>7</sup>. À leurs yeux, le juste équilibre à ménager entre le

respect de la vie privée du requérant et « la protection de l'état des personnes qui est d'ordre public » doit conduire à permettre aux personnes intersexuées d'obtenir « soit que leur état civil ne mentionne aucune catégorie sexuelle [sic], soit que soit modifié le sexe qui leur a été assigné », mais il est entendu alors - c'est du moins l'interprétation de l'arrêt d'appel que nous retenons - que cette modification ne peut se faire que dans le cadre d'une binarité sexuée<sup>8</sup>. En outre, pour les juges orléanais, aucune interprétation rigoureuse de l'article 57 du code civil ne permet de reconnaître un troisième sexe<sup>9</sup>. Compte tenu de ce raisonnement et de la demande du requérant - celui-ci ne demande pas de suppression de la mention du sexe - la cour d'appel ne peut que rejeter sa demande. Il faut néanmoins relever que, pour motiver le rejet, la cour d'appel ne se fonde pas seulement sur l'impossibilité d'inscrire un troisième sexe. Elle avance également le fait que le requérant serait un homme au regard de « son apparence physique » et de son « comportement social ». Ce faisant, la cour d'appel met sur la table une autre question que celle du nombre d'identités sexuées reconnues en droit français, à savoir la question des critères de détermination du sexe. Pour la cour d'appel, le sexe pourrait ne dépendre que de l'apparence et du comportement social, sans tenir compte de la composante psychique.

Cette dernière affirmation est discutable et le requérant n'a pas manqué de la contester dans le pourvoi qu'il a formé contre l'arrêt d'appel. Six des huit branches de son moyen unique critiquent, en effet, la manière dont la cour d'appel a caractérisé l'identité sexuée du requérant. Quant aux deux autres branches, elles portent sur la question du nombre de sexes.

Ainsi la présente affaire pose à la Cour deux questions, l'une sur les mentions qui peuvent être inscrites à l'état civil, l'autre sur les critères de rattachement au sexe. Si la Cour va répondre très clairement à la première question, elle va, en revanche, laisser sans réponse expresse la seconde. Dans le présent commentaire, en raison de contraintes éditoriales, on s'en tiendra à la réponse apportée par la Cour à la première question. À l'examen, il apparaît que cette réponse est construite autour de deux arguments. En premier lieu, l'argument selon lequel la loi française ne permettrait pas d'autres mentions que le masculin et le féminin (I). En second lieu, l'argument selon lequel l'application de cette « loi française » au cas d'espèce ne serait pas contraire à l'intérêt du requérant (II).

(4) Le sexe, même si ce n'est pas forcément la solution du droit, repose sur une pluralité de composantes relevant de la biologie, de la psychologie et du comportement social. À cet égard, la distinction du sexe et du genre, construite sur une opposition du biologique et du psycho-social, ne nous paraît pas pertinente. Sur les raisons de ce rejet, V. M.-X. Catto, Avis de la CNCDH sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, Rev. dr. homme, Actualités Droits-Libertés, juill. 2013; B. Moron-Puech, Conditions du changement de sexe à l'état civil: le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015, Rev. dr. homme, Actualités Droits-Libertés, mars 2015, note 2. (5) TGI Tours, 2<sup>e</sup> ch. civ., 20 août 2015, <http://www.pitcho.fr/site/wp-content/uploads/2015/10/Cliquez-ici-pour-la-d%C3%A9cision-du-TGI-Tours-20-ao%C3%BBt-2015.pdf>. (6) Le tribunal parle tantôt de « troisième sexe » tantôt de « nouveau genre ». (7) Cette binarité apparaît notamment lorsque les juges évoquent, sans réelle prise de distance, « l'assignation de la personne, à sa naissance, à une des deux catégories sexuelles [sic] » et ensuite lorsqu'ils écrivent qu'« admettre la requête (...) reviendrait à reconnaître (...) l'existence d'une autre catégorie sexuelle ». (8) Rapp. P. Reigné, L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil, D. 2016. 1915. Comp. M.-X. Catto, De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016, RDLF 2016. Chron. 18; L. Brunet, Ordre social contre ordre « naturel »: la mention du sexe sur l'état civil des personnes intersexes, Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence, 64 (2016), p. 258. (9) Ces juges écrivent que « reconnaître (...) l'existence d'une autre catégorie sexuelle [irait] au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire »; pour eux cette reconnaissance aboutirait à la création d'une norme, ce qui « relève de la seule appréciation du législateur ».

## I - Un rejet motivé par la binarité des sexes

Si la Cour de cassation rejette la demande du requérant, c'est, d'abord, parce qu'aux yeux des magistrats, « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ». Une telle affirmation n'est pas tout à fait inédite dans l'histoire récente du droit français, même si les propos similaires que l'on pouvait rencontrer en jurisprudence n'avaient jamais été affirmés dans le contexte d'une personne intersexuée demandant à sortir de la binarité des sexes<sup>10</sup>. À chaque fois, en effet, il s'agissait d'espèces concernant des personnes transsexuées, ne remettant pas en cause la dualité des sexes, cette construction sociale dénaturante<sup>11</sup>. Ces décisions émanant en outre de juridictions du fond, il n'était guère possible d'affirmer qu'il existait jusque-là en droit français une règle jurisprudentielle coutumière<sup>12</sup> selon laquelle les personnes intersexuées devraient être rattachées aux sexes masculin et féminin<sup>13</sup>. Depuis l'arrêt du 4 mai 2017, confirmant l'arrêt d'appel, c'est désormais chose faite. L'autorité que la Cour de cassation a voulu donner à cet arrêt, tant par sa formulation générale et lapidaire que par sa publicité *via* le site internet de la Cour ou le communiqué de presse enrichi de nombreux « Repères »<sup>14</sup>, laisse penser qu'existe désormais une règle coutumière générale selon laquelle il n'y aurait pas, du moins dans l'ordre judiciaire<sup>15</sup>, d'autres sexes que le masculin et le féminin.

1406

Une telle affirmation n'échappe néanmoins pas à la critique. Sur la forme, d'une part, on regrettera l'absence de toute motivation. S'agissant d'une règle qui n'était écrite nulle part, on eût aimé que la Cour de cassation indiquât d'où provenait cette règle. À une époque où la Cour de cassation entend se réformer et adopter une motivation enrichie pour les arrêts adoptant une solution de principe - ce qui est ici le cas - il est regrettable que la Cour ne suive pas cette recommandation. Cela est d'autant plus regrettable que l'obligation de motivation fait partie des exigences imposées par le droit à un procès équitable et que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion par le passé de censurer des motivations lapidaires<sup>16</sup>, le risque de censure étant accru lorsqu'est en cause, comme en l'espèce, un droit fondamental<sup>17</sup>.

Sur le fond, d'autre part, il est permis de discuter l'affirmation suivant laquelle la loi française ne permettrait pas de faire figurer

sur l'acte d'état civil une mention autre que « masculin » ou « féminin ». En effet, une telle norme n'est contenue à proprement parler dans aucun énoncé normatif et la Cour ne tente d'ailleurs même pas de la rattacher à un quelconque texte. Ne pourrait-on pas toutefois déduire cette norme d'une interprétation combinée des textes de notre ordre juridique se référant à « l'un et l'autre sexe », ou aux « deux sexes », comme le suggèrent les *Repères* annexés au communiqué de presse de la Cour ? Les textes contenant de semblables expressions n'impliquent-ils pas que les personnes intersexuées ne sont pas reconnues ? Une telle interprétation littérale nous paraît douteuse. Premièrement, car elle repose sur une lecture *a contrario* dont les juristes connaissent les limites. Deuxièmement, car, même à supposer que les textes contenant ces expressions ne soient pas applicables aux personnes intersexuées, cela n'empêche pas en tant que telle la reconnaissance de ces personnes. Au pire, ces personnes seraient seulement exclues du bénéfice de ces dispositions. Le seul texte qui aurait pu véritablement faire obstacle à cette reconnaissance est une circulaire de 2011 relative à l'état civil<sup>18</sup>, laquelle recommande, en présence de personnes intersexuées, de recourir aux seuls sexes masculin et féminin - encore que, comme l'a bien relevé le tribunal de grande instance dans cette affaire, cette circulaire ne prévoit que l'hypothèse d'une impossibilité provisoire de rattachement d'une personne intersexuée aux catégories d'« homme » et de « femme » et non celle d'une impossibilité durable. Cependant, ce texte n'est qu'une circulaire, au demeurant illégale<sup>19</sup>. Or, la Cour de cassation prétend ici fonder la binarité des sexes sur la « loi française ». Dès lors, la méthode d'interprétation littérale des différents textes évoquant l'existence de deux sexes ne permet nullement de conclure au rejet d'un troisième sexe.

Qu'en est-il de la méthode recourant à l'intention du législateur ? À première vue, cette méthode d'interprétation permettrait d'arriver au résultat recherché par la Cour : le rejet du sexe neutre. En effet, la binarité des sexes était une évidence pour les rédacteurs du code de 1804, évidence telle que ses auteurs n'ont pas pris la peine de l'inscrire dans le code, tout comme ils n'ont pas pris la peine d'inscrire que le mariage était l'union d'un homme et d'une femme. Pourtant, il faut souligner que cette conviction des rédacteurs du code reposait sur des prémices scientifiques inexactes, lesquelles rendent cette méthode d'interprétation aujourd'hui inutilisable. Pour

(10) Paris, 18 janv. 1974, D. 1974. Jur. 196 ; RTD civ. 1974. 801, obs. R. Nerson ; Gaz. Pal. 1974. 1. 158 ; TGI Dijon, 2 mai 1977, Gaz. Pal. 1977. 2. 577 ; TGI Saint-Étienne, 11 juill. 1979, D. 1981. Jur. 271. (11) Sur le caractère artificiel et non naturel de la dualité des sexes V., dans le champ juridique, P. Reigné, Sexe, genre et état des personnes, JCP 2011, n° 1140 ; M.-X. Catto, La mention du sexe à l'état civil, in S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), La loi et le genre, CNRS, p. 29-47. (12) Sur la nature jurisprudentielle de cette règle, V. B. Moron-Puech, Le droit des personnes intersexuées. Chantiers à venir - 1<sup>re</sup> partie, Socio, à paraître <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01325272/document>, nos 10-13. (13) *Contra* J.-P. Branlard, Le sexe et l'état des personnes, Préf. F. Terré, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 1993, n° 1782, pour qui cette binarité des sexes est « certain[e] ». (14) [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/communiqués\\_presse\\_8004/sexe\\_neutre\\_etat\\_civil\\_8164/sexe\\_neutre\\_36683.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/sexe_neutre_etat_civil_8164/sexe_neutre_36683.html). (15) *Supra* note 3. (16) CEDH 29 mai 1997, n° 21522/93, *Georgiadis c/ Grèce*, AJDA 1998. 984, chron. J.-F. Flauss ; RSC 1998. 167, obs. L.-E. Pettiti, et 391, obs. R. Koering-Joulin. (17) La Cour exige alors des États membres « une rigueur et un soin particulier ». V. not. CEDH 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner et j.m.w.l. c/ Luxembourg*, § 96 ; D. 2007. 2700, note F. Marchadier, et 2008. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; AJDA 2007. 1918, chron. J.-F. Flauss ; Rev. crit. DIP 2007. 807, note P. Kinsch ; RTD civ. 2007. 738, obs. J.-P. Marguénaud. (18) Circ. du 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, § 55. (19) Rappelons qu'en vertu de l'art. 34 de la Constitution les questions d'état des personnes relèvent du seul législateur, de sorte qu'une telle circulaire est probablement illégale. Rapp. B. Moron-Puech, Les intersexuels et le droit, D. Fenouillet (dir.), Mémoire de Master 2, Banque des mémoires de l'Université Panthéon-Assas, n° 11.

les hommes de ce début du XIX<sup>e</sup> siècle, les hermaphrodites vrais n'existaient pas. Il n'y avait que des pseudo-hermaphrodites (masculin ou féminin)<sup>20</sup>, de sorte que les rédacteurs du code pouvaient légitimement considérer qu'il existait seulement deux sexes dans la nature<sup>21</sup>. Cependant, depuis lors, des travaux scientifiques ont montré la fausseté de cette idée : si la reproduction humaine repose bien sur deux types de gamètes, cela n'implique en rien que le sexe des personnes soit, lui aussi, binaire<sup>22</sup>. Dans ces conditions, ce « vice du consentement » nous paraît condamner toute interprétation qui voudrait s'appuyer sur l'intention du rédacteur du code civil. Cela nous paraît d'autant plus discutable que, juridiquement, depuis la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle du 18 novembre 2016, le sexe semble avoir perdu toute assise biologique.

Si, ni la lettre des textes, ni leur esprit, n'éclairent sur l'interprétation à donner de la loi française, en particulier de l'article 57 du code civil imposant la mention du sexe à l'état civil, d'autres méthodes peuvent, en revanche, être utilisées à profit<sup>23</sup>. C'est le cas de la méthode fonctionnelle, reposant sur la fonction du texte à interpréter. Si l'on considère que se pose ici un problème d'état civil, alors il faut en revenir aux fonctions de ce dernier. L'état civil est aujourd'hui perçu comme un instrument poursuivant deux objectifs : l'identification de l'individu par l'État, d'un côté, et l'affirmation par l'individu de son identité, de l'autre<sup>24</sup>. Or, ces deux fonctions imposent de reconnaître un sexe neutre. Cela est évidemment vrai pour la deuxième fonction - refuser la neutralité, c'est nier l'identité revendiquée par l'individu intersexué et perçue par les tiers -, mais cela l'est aussi pour la première. Refuser à une personne intersexuée d'être reconnue pour ce qu'elle est peut conduire à un dysfonctionnement de la fonction d'identification de l'état civil. La discordance entre l'état civil de la personne et son identité sexuée, telle que perçue par les tiers, peut conduire ces derniers à se méprendre sur son sexe officiel ou au contraire à remettre en cause ce sexe tel qu'indiqué sur les documents d'identité. D'où des vérifications complémentaires d'identité, inutiles pour les forces de l'ordre et intempestives pour les personnes intersexuées<sup>25</sup>. Dès lors, la méthode d'interprétation fonctionnelle penche en faveur de la reconnaissance d'un sexe neutre.

Il en va de même pour la méthode d'interprétation conforme, c'est-à-dire le fait d'interpréter un texte de manière à ce qu'il soit conforme à des normes supérieures. En effet, comme nous avons tenté de le démontrer ailleurs<sup>26</sup>, le respect de l'article 8 de la Convention EDH paraît imposer la reconnaissance d'identités sexuées non binaires, surtout depuis que la Cour européenne des droits de l'homme a nettement reconnu que découlait de ce texte un droit à l'autodétermination de son identité sexuée<sup>27</sup>.

En fin de compte, si l'on combine l'ensemble des méthodes d'interprétation précitées, il nous semble très difficile d'adhérer à l'affirmation lapidaire de la Cour de cassation suivant laquelle il ne serait pas possible d'inscrire à l'état civil d'autres sexes que le masculin et le féminin. La même réserve est de mise s'agissant des arguments mis en avant par la Cour pour justifier la conventionnalité de cette loi de la binarité sexuée au regard du droit au respect de la vie privée.

## II - Un rejet motivé par la conformité de la binarité sexuée au droit au respect de la vie privée

Le requérant ayant en l'espèce soutenu qu'il serait contraire au droit au respect de sa vie privée de lui refuser la mention d'un sexe neutre, la Cour de cassation était tenue de réaliser un contrôle de conventionnalité de l'application de la loi imposant la binarité des sexes aux faits de l'espèce. Or, la Cour ne satisfait pas véritablement à cette obligation - qu'elle s'est d'ailleurs elle-même imposée depuis un arrêt remarqué de 2013 sur le mariage incestueux<sup>28</sup>, alors qu'elle aurait pu remettre cette tâche aux juges du fond. Au lieu de réaliser un contrôle de conventionnalité appliqué à l'espèce, elle réalise un contrôle *in abstracto*. En effet, lorsque la Cour examine la proportionnalité de l'atteinte au droit du requérant - l'un des éléments du contrôle de conventionnalité imposé par l'article 8 précité -, elle ne se soucie nullement des problèmes rencontrés concrètement par le requérant en raison de la négation de son identité sexuée. La Cour s'intéresse seulement aux problèmes que soulève, en règle générale, la reconnaissance d'un troisième sexe, et cela d'ailleurs en invoquant des arguments quelque peu surprenants.

(20) C'est-à-dire des personnes dont il était jugé par le corps médical de l'époque qu'elles ne possédaient qu'en apparence des caractères des deux sexes, de sorte que ces personnes pouvaient être rattachées aux « vrais sexes » masculin et féminin. (21) E. Wilhelm, L'hermaphrodite et le droit, *Revue d'anthropologie criminelle* 1911, p. 267-294 ; A. Gogos-Gintrand, *Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit*, RDSS 2016. 920. (22) En dernier lieu E. Peyre et J. Wiels (dir.), *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Éditions la découverte, 2015. (23) Sur ces méthodes en général V. not. V. Champeils-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, p. 379 s. (24) A.-M. Leroyer, *La notion d'état des personnes*, in *Ruptures, mouvements et continuité du droit*, Autour de Michelle Gobert, *Économica*, 2004, p. 247-283. (25) Sur ce problème V. Commissaire aux droits de l'homme (Conseil de l'Europe), *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015, p. 45. (26) B. Moron-Puech, *La mention du sexe sur les documents d'identité. Par-delà une binarité obligatoire*, Journées d'étude « Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité », juin 2016, nos 6-21, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403v2/document>. (27) CEDH 6 avr. 2017, nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13, *A. P., Garçon et Nicot c/ France*, § 93 ; D. 2017. 1027, note J.-P. Vauthier et F. Vialla, et 994, point de vue B. Moron-Puech ; AJ fam. 2017. 299, obs. F. Viney, et 329, obs. A. Dionisi-Peyrusse. Rapp. M. Gobert, *Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister*, JCP 2017. Doctr. 716. *Contra* J.-P. Vauthier et F. Vialla, *Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir*, *supra* p. 1399. (28) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, Bull. civ. I, n° 234 ; D. 2014. 179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud. Comp. auparavant 14 nov. 2013, n° 12-21.576, Bull. civ. I, n° 221 ; D. 2013. 2694, obs. M. Delouée, 2014. 47, obs. P. Brun et O. Gout, 2021, obs. A. Laude, et 2362, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon.

On s'étonne ainsi, d'abord, de l'argument général suivant lequel la reconnaissance d'un sexe neutre aurait « des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes ». L'argument surprend car le sexe ne joue désormais qu'un rôle résiduel dans notre ordre juridique. Si le sexe intervient encore dans les règles sur la parité, la filiation, la procréation médicale assistée, les documents d'identité ou encore certaines activités ou lieu dans lesquels les individus sont séparés selon leur sexe (prison, compétition sportive, toilettes, etc.), il a été montré que les plus importantes de ces règles peuvent être adaptées à l'existence d'un troisième sexe par un simple travail interprétatif, ne nécessitant pas d'intervention du législateur<sup>29</sup>.

La surprise vient, ensuite, à la lecture du second argument avancé par la Cour lorsqu'elle réalise ce contrôle de proportionnalité *in abstracto*. La Cour avance ainsi que la mise à l'écart de la loi de la binarité des sexes imposerait de « nombreuses modifications législatives de coordination » afin, c'est sous-entendu, d'éviter des incohérences. Mais qui donc a demandé à la Cour d'être législateur ? Pas le requérant qui s'est adressé à un juge et non au législateur. En outre, on s'étonne ici de voir la Cour invoquer le risque d'incohérence alors qu'ailleurs elle n'hésite pas à développer des jurisprudences innovantes sans crainte de ces problèmes de coordination. Songeons, par exemple, aux arrêts qui, en droit de la responsabilité, ont construit une responsabilité générale du fait des choses, faisant ainsi perdre tout intérêt aux dispositions des anciens articles 1385 et 1386 du code civil, et cela pour répondre à un problème social sur lequel le législateur était aussi en carence : celui des accidents lié au machinisme.

La manière dont la Cour réalise en l'espèce le contrôle de proportionnalité n'est pas la seule insuffisance du contrôle de conventionnalité ici effectué. En effet, la Cour ayant en l'espèce choisi d'analyser le problème qui lui était posé au prisme des obligations négatives pesant sur la France - à l'inverse de la cour d'appel ayant raisonné en termes d'obligations positives -<sup>30</sup>, elle était tenue de vérifier deux autres conditions : le fait que l'atteinte à la vie privée du requérant ait été prévue par la loi, d'une part, et le fait que cette atteinte réponde à un but légitime, d'autre part. Or, si la Cour vérifie bien ces conditions, son raisonnement n'est guère convaincant.

Concernant, d'abord, l'exigence d'une loi, implicitement vérifiée par la Cour quand elle affirme l'existence de la loi de la binarité des sexes, il semble que les hauts magistrats aient négligé le sens qu'a cette notion en droit européen. Il ne suffit pas, comme le fait en l'espèce la Cour de cassation, de découvrir une loi pour que cette condition soit remplie. Il faut encore qu'existe une base légale et que cette loi soit en outre prévisible dans son application<sup>31</sup>. Or, nous l'avons vu, tel n'est nullement le cas pour la loi de la binarité des sexes ici affirmée.

Ensuite, s'agissant de la condition du but légitime, la Cour de cassation considère celle-ci comme remplie, dès lors qu'à ses yeux la binarité des sexes « est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ». L'argument n'apparaît cependant pas pertinent à deux égards. Premièrement, le but légitime avancé n'est pas tout à fait exact : si l'on peut éventuellement approuver - mais encore faudrait-il le démontrer *via* les sciences sociales - l'idée selon laquelle notre organisation sociale serait fondée sur la binarité des sexes, cela est impossible pour l'organisation juridique. Le fondement de l'organisation juridique, c'est la Constitution de 1958. Or, nulle part dans cette Constitution il n'est affirmé qu'il ne pourrait exister que deux sexes. Certes l'homme et la femme sont mentionnés<sup>32</sup>, mais sans volonté expresse d'exclure les personnes intersexuées. Deuxièmement, le but légitime invoqué par la Cour de cassation ne correspond expressément à aucun des buts limitativement<sup>33</sup> énumérés dans l'article 8 de la Convention EDH<sup>34</sup>. Dès lors, l'argument est inopérant.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il est permis de considérer que la négation de l'identité sexuée du requérant par la Cour de cassation ne repose sur aucune justification juridique. À cet égard, l'on ne peut manquer de faire le lien avec les actes médicaux d'assignation sexuée réalisés pour inscrire dans la chaire des nouveaux-nés intersexués la binarité des sexes<sup>35</sup>. De la même façon que cette négation de la normalité des corps intersexes paraît constituer une mutilation génitale<sup>36</sup>, en raison de son absence de justification thérapeutique<sup>37</sup>, n'y a-t-il pas dans la négation de l'identité de ces personnes, une « mutilation juridique », pour reprendre les propos tenus à l'audience de la Cour de cassation par l'avocat au Conseil, M<sup>e</sup> Bertrand Périer<sup>38</sup> ?

(29) V. les solutions proposées pour la discrimination positive, la filiation, la procréation médicalement assistée in B. Moron-Puech, *supra* note 12. (30) Sur cette distinction et son utilisation à propos des questions d'identité sexuée, V. P. Reigné, *supra* note 8, p. 1917-1918 ; B. Moron-Puech, L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c/ France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées, *Rev. dr. homme*, mai 2017, § 32-35 et 41-53. (31) U. Kilkelly, Le droit au respect de la vie privée et familiale, Précis sur les droits de l'homme, n° 1, Conseil de l'Europe, p. 25-26. (32) Art. 1<sup>er</sup>; rapp. art. 3 évoquant les deux sexes. (33) CEDH 10 mars 2015, n° 14793/08, Y.Y. c/ Turquie, § 76 ; D. 2015. 1875, note P. Reigné, 2016. 752, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat, et 915, obs. REGINE ; AJ fam. 2015. 542, obs. P. Reigné ; RDSS 2015. 643, note S. Paricard ; RTD civ. 2015. 331, obs. J.-P. Marguénaud, et 349, obs. J. Hauser ; B. Moron-Puech, *supra* note 4. (34) Le but « relatif à la défense de l'ordre » ne pourrait pas semble-t-il englober le but mentionné par la Cour, puisque ordre est ici compris comme synonyme de sécurité et non d'organisation. Rapp. la version anglaise de l'art. 8 qui utilise le terme *disorder*. (35) Sur lesquels, V. dernièrement A. Gogos-Gintrand, *supra* note 21. (36) Cela a été reconnu en décembre 2016 par la DILCRAH et en mars 2017 par le président de la République. Sur ces différentes reconnaissances officielles V. nos billets sur <https://sexandlaw.hypotheses.org/93> et <https://sexandlaw.hypotheses.org/93/140>. (37) J. Mattiussi, L'apparence de la personne physique, thèse dactyl., Paris 1, 2016, n° 301 ; B. Moron-Puech, Le droit des personnes intersexuées. Chantiers à venir - 2<sup>e</sup> partie, *Rev. dr. homme*, vol. 11. (38) Pour des notes d'audience, V. <https://sexandlaw.hypotheses.org/145>.