Le sexe neutre et le paradigme de la binarité des sexes

Intersex and the paradigm of binary sex

Mohamed Chaaben

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/add/524>

DOI : 10.4000/add.524

ISSN : 2606-1988

Éditeur

Presses universitaires de Rouen et du Havre

Édition imprimée

Date de publication : 16 octobre 2017

Pagination : 87-106

ISBN : 979-10-240-0775-5

ISSN : 1955-0855

Référence électronique

Mohamed Chaaben, « Le sexe neutre et le paradigme de la binarité des sexes », *Les Annales de droit* [En ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 16 octobre 2018, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/add/524> ; DOI : 10.4000/add.524

Le sexe neutre et le paradigme de la binarité des sexes

Mohamed CHAABEN

Le sexe est la division fondamentale de l'espèce humaine. C'est la « division fondatrice du système social et supposée implicitement devoir l'être de toute société possible¹ ».

Souvent, le mot *sexe* désigne l'appareil reproducteur, l'acte sexuel ou la sexualité en général. Aussi, il se réfère aux différences physiques distinguant les hommes des femmes².

La binarité des sexes est ancrée dans notre culture. « Fille ou garçon ? » ; c'est la première question qui se pose avant même la naissance de l'enfant. Cette question paraît simple et évidente, mais elle révèle la place primordiale qu'occupe la catégorisation binaire du sexe des êtres humains. Cette binarité engendre des conséquences juridiques importantes. Dès la naissance d'un nouveau-né, la loi invite l'officier d'état civil à mentionner dans l'acte de naissance, outre « le jour, l'heure et le lieu de la naissance », « le sexe de l'enfant³ ». En vérité, la désignation de l'identité sexuée de l'enfant se fait sur la base de l'apparence sexuelle que l'on appelle aussi « le phénotype sexuel ».

Scientifiquement, tout individu possède un patrimoine génétique hérité pour moitié de son père et pour moitié de sa mère. Si chez le sexe féminin la vingt-troisième paire comprend deux chromosomes X, chez le sexe masculin, la vingt-troisième paire comprend un chromosome X hérité de la mère et un Y hérité du père⁴. Néanmoins, il existe des anomalies telles que l'intersexualité ou encore l'ambiguïté sexuelle.

La notion de sexe se distingue de celle de genre. Si le sexe désigne l'anatomie d'une personne, le genre se réfère aux rôles sociaux fondés

1. Colette Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir*, Paris, Côté-femmes, 1992, p. 117.

2. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, document thématique, juin 2015, p. 13.

3. C. civ., art. 57.

4. Jean-René Binet, « Sexe neutre : un utile rappel à la loi », *Droit de la famille*, n° 5, mai 2016, étude 8.

sur le sexe de la personne ou à l'identification personnelle de son propre genre basée sur une perception interne⁵.

En effet, la notion de genre telle que développée par le sexologue John Money⁶, reprise par le psychanalyste Robert J. Stoller⁷ et puis nourrie par les études féministes anglo-saxonnes dans les années 1970 puis 1980⁸, interroge l'origine naturelle des sexes et leur binarité pour les projeter dans le social et rendre compte du caractère construit de leurs rôles respectifs. Selon M. Jimmy Charruau : « L'effervescence que cette notion provoque n'a donc rien d'étonnant parce qu'elle brouille les frontières entre le masculin et le féminin, et elle bouscule l'origine d'un monde binaire que l'on croyait immuable. Ainsi, comme toute innovation, elle fait naître l'inquiétude chez les uns et l'excitation chez les autres. Seulement, par un dévoiement tant politique que médiatique, son acception s'est peu à peu délitée pour se substituer tout simplement au sexe ou s'assimiler indifféremment à l'orientation sexuelle, la transidentité, la transsexualité ou encore l'intersexualité⁹. »

Étymologiquement, le terme « intersexualité » vient du mot latin « inter » qui signifie un intervalle entre deux caractéristiques ou phénomènes. On qualifie alors d'intersexué, la personne qui n'entre pas dans la classification établie par les normes médicales, « masculin » ou « féminin », compte tenu de son sexe chromosomique, gonadique ou anatomique¹⁰.

L'intersexualité se diffère du transsexualisme qui se caractérise par la volonté profonde d'appartenir au sexe opposé. Contrairement à l'intersexualité, le transsexualisme ne remet pas en cause la binarité des sexes. Si on peut rattacher la personne transsexuelle à l'une des

-
5. Neil R. Carlson, *Psychology : The science of behavior*, Boston, https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Pearson_Education&action=edit&redlink=1, 2010, p. 140.
 6. John Money, *Man and Woman, Boy and Girl : Gender Identity from Conception to Maturity*, Jason Aronson, Inc., 1996 ; *Gay, Straight and In-Between : The Sexology of Erotic Orientation*, New York, Oxford University Press, 1988.
 7. Robert J. Stoller, *Masculin ou féminin*, Paris, PUF, 1989 ; Robert J. Stoller, *Splitting : A Case of Female Masculinity*, New Haven, Yale University Press, 1997.
 8. Elisabeth Kerr et Wendy Faulkner, « On seeing Brockenspectres. Sex and Gender in Twentieth-Century Science », dans *Science in the 20th Century*, John Krige et Dominique Pestre (dir.), Amsterdam, Harwood, 1997, p. 43-59 ; traduction de Irène Jami, « De la vision des Brockenspectres : sexe et genre dans la science du xx^e siècle », *Les Cahiers du CEDREF*, n° 11, novembre 2003, p. 89-114.
 9. Jimmy Charruau, « L'introduction de la notion de genre en droit français », RFDA 2015, p. 127.
 10. Dan Christian Ghattas, *Human Rights between the Sexes : A preliminary study in the life of interindividuals*, Berlin, Henrich Böll Stiftung, 2013, p. 10.

catégories des sexes, ceci demeure impossible pour l'intersexué étant donné qu'il est doté de caractéristiques biologiques et physiologiques à la fois masculines et féminines. En effet, les personnes transsexuelles extériorisent une identité de genre innée qui, compte tenu du sexe qui leur a été assigné, ne correspond pas aux attentes de la société en matière de genre¹¹.

Pendant longtemps, les juridictions françaises rejetaient toutes les demandes de changement d'identité légale sur les registres d'état civil. Néanmoins, à la suite d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 1992¹², la France devait assouplir sa position¹³ en permettant d'opérer un changement social¹⁴. De même, la nouvelle loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹⁵, consacre une section 2 bis au Code civil pour « la modification de la mention du sexe à l'état civil ». Le nouvel article 61-5 alinéa 1^{er} du Code civil dispose, désormais, que « toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification ».

Aussi, l'intersexualité se diffère de l'hermaphrodisme. Si la seconde se rapporte à des personnes ayant deux sexes différents complets et fonctionnels¹⁶, la première se rapporte à la difficulté ou l'impossibilité de définir les organes génitaux comme mâles ou femelles.

Nonobstant, l'ambiguïté sexuelle, d'une manière générale, pose des problèmes juridiques importants.

Du point de vue juridique, afin de trouver une réponse adéquate à la question de l'intersexualité, depuis 1854, Joseph-Napoléon Loir avait

-
11. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 14.
 12. CEDH, 25 mars 1992, n° 13343/87, *B. c/France*, D. 1993, p. 101, note Jean-Pierre Marguénaud, 1992, p. 323, chron. Claude Lombois, et p. 325, obs. Jean-François Renucci ; RTD civ. 1992, p. 540, obs. Jean Hauser ; AJDA 1992, p. 416, chron. Jean-François Flauss ; JCP 1992, II, 21955, note Thierry Garé.
 13. Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373, D. 1993, p. 1 ; GAJC, Paris, Dalloz, 2007, n°s 25-26 ; RTD civ. 1993, p. 97, obs. Jean Hauser ; JCP 1993, II, 21991, concl. Michel Jéol et note Gérard Mémeteau ; Gaz. Pal. 1993, 1, 180, concl. Michel Jéol.
 14. Béatrice Collay-Sahuc, « Le transsexualisme : une question toujours en débat », *Journal international de bioéthique*, n° 26, 2015.
 15. JO 19 nov. 2016, n° 0269, texte n° 1.
 16. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 15.

proposé d'introduire une mention spécifique dans l'acte de naissance de l'enfant intersexué en précisant que les maires devaient « se tenir en garde contre ces cas exceptionnels, de les qualifier dans l'acte de naissance, après avis du ministère public, par la dénomination de sexe douteux, et de placer en marge de l'acte-minute les initiales S. D. abrégatif de sexe douteux¹⁷ ». Cependant, cette proposition est restée lettre morte et le sexe n'a pas fait l'objet d'une définition légale. Ce silence a créé des hésitations dans la jurisprudence. Dans sa décision du 23 janvier 1873, le tribunal civil d'Alais avait utilisé la formule « le sexe neutre, s'il existe¹⁸ ». Cette formule laisse perplexe dans la mesure où elle reflète l'ambiguïté et la précarité du statut juridique des personnes intersexuées.

Aujourd'hui, la dichotomie binaire féminin/masculin est une question qui se situe au cœur des débats sociopolitiques, dont l'intérêt a été fortement ravivé par un jugement du tribunal de grande instance (TGI) de Tours du 20 août 2015¹⁹, infirmé par un arrêt du 22 mars 2016 rendu par la cour d'appel d'Orléans²⁰.

En l'espèce, X a été déclaré à l'officier de l'état civil comme étant de sexe masculin. Néanmoins, il se présente comme « un intersexué » et demande à remplacer la mention « masculin » figurant sur son acte de naissance par la mention « sexe neutre » ou « intersexe ».

Du point de vue médical, le requérant présente une ambiguïté sexuelle qui se traduit par « un hypogonadisme avec impubérisme » et une absence du développement sexuel. Ses organes génitaux ont conservé à la fois des aspects féminins (vagin rudimentaire) et masculins (micro-pénis). Du point de vue psychologique, X exprime l'impossibilité dans laquelle il se trouve de se rattacher à tel ou tel sexe. N'étant en réalité ni homme ni femme, il évoque « le caractère artificiel et théâtral de la posture masculine », d'autant plus que son comportement dévoile une ambivalence sexuelle.

Arguant de la difficulté de qualifier son identité, le requérant a demandé, sur le fondement des articles 99 du Code civil et 1047 et

17. Joseph-Napoléon Loir, *Des sexes en matière d'état civil*, Paris, Cotillon, 1854, p. 28.

18. T. civ. Alais, 23 janv. 1873, D. 1882, 3, p. 71.

19. TGI Tours, 2^e ch. civ., 20 août 2015, Dalloz actualité, 16 octobre 2015, obs. Thomas Coustet ; AJF 2015, p. 613, obs. Sophie Le Gac-Pech ; D. 2015, p. 2295, obs. François Vialla ; RTD civ. 2016, p. 77, obs. Jean Hauser ; JurisData, n° 2015-022399 ; JCP G 2015, act. 1157, Jean Hauser ; JCP N 2015, n° 44, act. 1025.

20. CA Orléans, 22 mars 2016, RG n° 15/03281, AJF 2016, p. 261, obs. Caroline Siffrein-Blanc ; AJF 2016, p. 233, obs. Amélie Dionisi-Peyrusse ; JCP G 2016, p. 492, François Vialla.

suivants du Code de procédure civile, la rectification de son acte de naissance.

Les juges tourangeaux ont accueilli la demande du requérant en ordonnant « qu'il soit substitué dans l'acte de naissance de X [...] la mention "sexe neutre" à la mention de "sexe masculin" ». La solution du TGI de Tours a connu un large écho dans la doctrine et a été fortement appréciée par les militants des droits des intersexués qui se sont félicités de cette nouvelle avancée jurisprudentielle.

Toutefois, contrairement au souhait des partisans du sexe neutre, la cour d'appel d'Orléans a infirmé le jugement rendu par le TGI de Tours. En effet, les juges orléanais estiment que, *de lege lata*, « il n'est pas envisagé la possibilité de faire figurer, à titre définitif, sur les actes d'état civil une autre mention que sexe masculin ou sexe féminin même en cas d'ambiguïté sexuelle ».

Dans cette affaire, l'enjeu principal est de trouver un juste équilibre entre, d'une part, le droit de toute personne au respect de son identité sexuelle et de sa vie privée, et d'autre part, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ainsi que l'exigence de cohérence et de fiabilité du système de l'état civil.

Au nom du droit au respect de la vie privée, les magistrats du TGI de Tours ont battu en brèche le paradigme de la binarité des sexes en admettant l'inscription de la mention « sexe neutre » à l'état civil. Toutefois, des contraintes juridiques, sociologiques et psychologiques enrayent la remise en cause d'un dogme profondément enraciné dans notre société.

Si la reconnaissance du sexe neutre est susceptible d'infléchir le paradigme de la binarité des sexes (1), plusieurs obstacles empêchent une telle reconnaissance (2).

1. L'infléchissement du paradigme de la binarité des sexes

D'emblée, il convient de noter que le jugement du TGI de Tours du 20 août 2015 constitue la première décision en France qui reconnaît expressément le sexe neutre en rompant ainsi avec la binarité classique des sexes. Pour y parvenir, les juges se sont fondés sur la nécessité du respect de la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) (1.1). Ainsi, l'audace du TGI de Tours lance des perspectives liées à la reconnaissance, en France, des actes d'état civil établis à l'étranger des personnes intersexuées (1.2).

1.1. La reconnaissance du sexe neutre au nom du droit au respect de la vie privée

La rigueur des textes législatifs consacrant la binarité des sexes n'a pas empêché les juges tourangeaux d'admettre la mention « sexe neutre » sur l'acte de naissance.

En effet, l'article 57 du Code civil en disposant que « l'acte de naissance énoncera [...] le sexe de l'enfant », ne précise pas les rubriques comprises dans la catégorie du sexe. Selon le TGI de Tours, cet article « n'a d'autre but que de faire recueillir, sur la foi d'une simple déclaration, par les officiers d'état civil, les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leur mission ».

De surcroît, l'article 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil²¹ ne résout que partiellement le problème de l'indication du sexe pour une personne intersexuée. Cet article admet qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance dans des cas exceptionnels, notamment lorsque le médecin ne peut immédiatement donner une indication sur le sexe d'un nouveau-né. Mais cette absence de mention du sexe ne peut pas excéder le délai d'un ou deux ans. Le but de cette disposition est de ne pas imposer un choix irréalisable en l'état. Néanmoins, au bout de ce délai, aucune solution n'est prévue par la loi concernant la mention du sexe qui doit figurer sur l'acte de naissance²². On est donc bel et bien dans une impasse juridique²³.

Pour surmonter cette ambiguïté juridique, le TGI de Tours a décidé de recourir à la Convention EDH et plus précisément son article 8 qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. La décision n'a pas manqué de souligner que la Convention EDH « prime sur toute autre disposition du droit interne ». En effet, la primauté de la Convention EDH se traduit par l'obligation qui incombe aux États signataires de respecter ce texte dans l'exercice de « l'ensemble de leur juridiction », quel que soit le type de normes ou d'organes en cause²⁴.

21. JO 30 nov. 2011, n° 2011-11.

22. Tel est aussi le cas de la Belgique : le sexe doit être enregistré dans un délai maximal de trois mois dans le cas d'un enfant intersexuel. Cependant, d'autres pays comme le Portugal et la Finlande n'imposent pas de délai limite à l'enregistrement du sexe.

23. « On peut donc parler à cet égard de vide juridique », TGI Tours, 20 août 2015, *op. cit.*

24. « L'organisation institutionnelle et politique [...] doit respecter les droits et principes inscrits dans la Convention », *Parti communiste unifié de Turquie c/Turquie*, 30 janvier 1998, § 30, rec. 1998-I; AFDI 1999, p. 747, obs. Vincent Coussirat-Coustère; JDI 2000, p. 97, obs. Emmanuel Decaux et Paul Tavernier; RFDA 1999,

Alors, le TGI de Tours a bâti son raisonnement à partir de l'obligation de respecter la primauté de la Convention EDH qui garantit le droit au respect de la vie privée. Cette notion, qui paraît être, selon le CEDH, une notion large et non susceptible d'une définition exhaustive, englobe des aspects de l'identité physique et morale.

Dans sa décision, le TGI de Tours a étayé son argumentation par un arrêt rendu par la CEDH, *Y.Y. c/Turquie*, du 10 mars 2015²⁵, dans lequel la haute juridiction européenne vient de porter un point décisif à la construction juridique de l'identité des transsexuels et leur reconnaît, au nom de la vie privée, un droit au changement de sexe sans condition liée à la stérilité²⁶. Certes, cet arrêt, auquel les juges tourangeaux ont fait référence, est relatif à la sempiternelle question de transsexualité et non à l'intersexualité ; mais dans cette décision la CEDH a consacré le droit à l'autodétermination sexuelle qui n'est pas pour autant un droit absolu.

En l'espèce, un ressortissant turc est inscrit sur le registre d'état civil comme de sexe féminin, mais il est considéré depuis son jeune âge comme appartenant au sexe opposé. Pour cela, après le refus de sa demande de recourir à une opération de conversion sexuelle, il a saisi la CEDH. En effet, la législation turque impose qu'il existe un lien entre les actes médicaux de conformation sexuée et le changement de sexe à l'état civil. La Cour de Strasbourg a pris la peine de distinguer ces deux questions en soulignant que sa décision ne porte que sur les conditions des actes médicaux de conformation sexuée²⁷. Ainsi, si dans l'arrêt *Goodwin c/Royaume-Uni*²⁸, la CEDH a imposé aux États membres de reconnaître les conséquences pratiques d'une conversion sexuelle, dans l'arrêt *Y.Y. c/Turquie*, elle s'est prononcée, pour la première fois, sur la

p. 792, obs. Henri Labayle et Frédéric Sudre ; D. 1998, somm. 372, obs. Sophie Perez ; RSC 1998, p. 602, obs. Louis-Edmond Pettiti ; JCP 1999. I. 105, obs. Frédéric Sudre.

25. CEDH, 10 mars 2015, n° 14793/08, *Y.Y. c/Turquie*, D. 2015, p. 682 ; RTD civ. 2015, p. 331, obs. Jean-Pierre Marguénaud et p. 349, obs. Jean Hauser ; RDSS 2015, p. 643, note Sophie Paricard ; Dalloz actualité, 19 mars 2015, obs. Thomas Coustet ; RTDH 2015, note Benjamin Moron-Puech ; Dr. famille 2015, comm. 113, obs. Fabien Marchadier ; RLDC 2015, p. 46, note Clara Bernard-Xémard.

26. Thomas Coustet, « Transsexualisme : la convention sexuelle est un droit de l'homme, CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c/Turquie*, n° 14793/08 » ; Dalloz actualité, 19 mars 2015.

27. Benjamin 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, Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH) », RTDH mars 2015.

28. CEDH, 11 juil. 2002, n° 28957/95, *C. Godwin et I. c/Royaume-Uni*, D. 2002, IR 1725 ; D. 2003, somm. 1935, obs. Jean-Jacques Lemouland ; RJPF 2002, p. 11, note Anne Leborgne ; Dr. famille 2002, n° 133, obs. Adeline Gouttenoire-Cornu ; AJF 2002, p. 413, obs. Frédérique Granet ; RTD civ. 2002, p. 862, obs. Jean-Pierre Marguénaud ; Defrénois, 2003, p. 1077, obs. Jacques Massip.

question de la conversion sexuelle en elle-même. Les juges européens relèvent, dans l'arrêt *Y.Y. c/Turquie* que « le refus qui a été initialement opposé au requérant a eu indéniablement des répercussions sur son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel, aspect fondamental de son droit au respect de sa vie privée²⁹ ».

En se basant sur l'arrêt de la CEDH, le TGI de Tours met en exergue la notion de vie privée en estimant que celle-ci est susceptible d'englober « des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu ». Le TGI note que « des éléments tels que par exemple l'identité sexuelle, [...] relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention [...] » « La Cour [EDH] considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8. »

Les juges tourangeaux sont même allés plus loin en exprimant leur hostilité à la mention d'« intersexe » et leur préférence pour celle de « sexe neutre », « qui peut se définir comme n'appartenant à aucun des genres masculin ou féminin ». Selon le TGI, le terme « intersexe », « conduit à une catégorisation qu'il convient d'éviter (ne s'agissant pas de reconnaître un nouveau genre) et qui apparaît plus stigmatisante³⁰ ».

En revanche, il semble que le terme « intersexe » soit plus proche de la réalité. Le qualificatif « neutre » paraît plus gênant et stigmatisant dans la mesure où il signifie « ni l'un ni l'autre ». En effet, d'après le document thématique « Droits de l'homme et personnes intersexes » publié par le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « compte tenu de la grande diversité des personnes intersexes et du fait que nombre d'entre elles s'identifient comme des femmes ou des hommes, tandis que d'autres considèrent qu'elles ne sont ni l'un ni l'autre ou encore qu'elles sont les deux à la fois, une telle classification serait incorrecte ». « En fait, le qualificatif “intersexe” n'est pas un type en soi, mais plutôt un terme générique qui regroupe l'ensemble des personnes présentant des “variations des caractéristiques sexuelles”. Cette diversité n'est pas spécifique aux personnes intersexes : on rencontre aussi – et cela n'a rien d'étonnant – tout un ensemble de variations de l'anatomie sexuelle chez des hommes et des femmes qui, par ailleurs, répondent aux normes médicales de leurs catégories respectives³¹. »

29. CEDH, 10 mars 2015, n° 14793/08, *Y.Y. c/Turquie*, *op. cit.*, § 66.

30. TGI Tours, 2^e ch. civ., 20 août 2015, *op. cit.*

31. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, *op. cit.*, p. 15.

Force est de constater que le jugement du TGI de Tours a amorcé l'infléchissement du paradigme de la binarité de sexe au nom du droit au respect à la vie privée des personnes intersexuelles, en acceptant l'inscription de la mention « sexe neutre » sur le registre d'état civil.

L'étude de la décision de TGI de Tours ouvre la perspective de la reconnaissance, en France, des actes d'états civils effectués à l'étranger des personnes de sexe neutre.

1.2. La reconnaissance des actes d'état civil établis à l'étranger d'une personne intersexuée

Contrairement à la France, plusieurs États comme l'Allemagne³², l'Australie³³ et le Népal³⁴, offrent une alternative à la binarité sexuelle. Certains États, voulant donner aux personnes intersexuées une identité civile plus proche de leurs caractéristiques biologiques et de leur conviction psychique, leur octroient la possibilité d'établir des actes d'état civil ne mentionnant aucun des deux sexes.

Il convient alors de se demander si la France ne serait pas obligée de reconnaître des actes d'état civil établis dans un État qui admet l'inscription d'une mention autre que celle de « féminin » ou « masculin³⁵ ». La France, pourrait-elle refuser la transcription d'un acte de naissance d'une personne intersexuée né en Allemagne³⁶, par exemple ?

La question de la reconnaissance des actes d'état civil dressés à l'étranger des personnes de sexe neutre soulève des enjeux particuliers qui méritent d'être analysés à la lumière de la jurisprudence des deux cours européennes.

Du point de vue de la CEDH, on peut traiter la question sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette notion est érigée en principe cardinal consacré par l'article 3 de la Convention des Nations unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et l'article 24 de la

32. Loi fédérale du 7 mai 2013.

33. Loi du 15 septembre 2011 qui reconnaît un genre « indéterminé ».

34. Recommandation de la Cour suprême du Népal de 2007.

35. Selon l'article 47 du Code civil : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. »

36. La loi fédérale allemande du 7 mai 2013 prévoit la possibilité pour une personne dont l'appartenance à l'un ou l'autre des deux sexes ne peut être déterminée de ne pas appartenir à l'un des deux sexes.

charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En se référant à ces deux instruments, la CEDH ne cesse de rappeler l'existence d'un large consensus, y compris en droit international, autour de l'idée que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans toutes les décisions qui le concernent. En transposant cette logique en matière d'intersexualité, quelle serait la position de la CEDH en cas de refus de la France de reconnaître l'acte d'état civil d'un enfant intersexuel né à l'étranger ?

Cette question rappelle la condamnation de la France par les deux arrêts du 26 juin 2014, *Mennesson et Labassee*³⁷, pour son refus de transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui³⁸ (GPA), quoique celle-ci soit interdite dans l'Hexagone³⁹. La CEDH estime que la position française porte une atteinte au droit au respect de la vie privée de l'enfant et à son identité au sein de la société française. Elle précise que l'article 8 de la Convention EDH « intègre des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu » en exigeant que « chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain ». La France a alors été obligée de reconnaître la filiation de l'enfant né à l'issue d'une GPA à l'étranger

37. CEDH 5^e sect., 26 juin 2014, req. n° 65941/11, *Labassée c/France*, et n° 65192/11, *Mennesson c/France*, D. 2014, p. 1797, note François Chénéde; D. 2014, p. 1773, chron. Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon; D. 2014, p. 1787, obs. Philippe Bonfils et Adeline Gouttenoire; D. 2014, p. 1806, note Louis d'Avout; D. 2015, p. 702, obs. Frédérique Granet-Lambrechts; D. 2015, p. 755, obs. Jean-Christophe Galloux; D. 2015, p. 1007, obs. Amélie Dionisi-Peyrusse; AJDA 2014, p. 1763, chron. Laurence Burgorgue-Larsen; AJF 2014, p. 499, obs. Bernard Haftel; RTD civ. 2014, p. 616, obs. Jean Hauser; RTD civ. 2014, p. 835, obs. Jean-Pierre Marguénaud; RDSS 2014, p. 887, note Claudine Bergoignan Esper; JDI 2014, Comm. 16., DIP 2015, p. 144, note Sylvain Bollée; Hugues Fulchiron, Claudine Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », Rev. crit. DIP 2015, p. 1.

38. Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, Bull. civ. I, n° 70; 6 avril 2011, n° 09-66.486, Bull. civ. I, n° 71 et 6 avril 2011, n° 10-19.053, Bull. civ. I, n° 72; Dalloz actualité, 14 avril 2011, obs. Caroline Siffrein-Blanc; n° 09-66.486, D. 2011, p. 1522, note Denis Berthiau et Laurence Brunet; *ibid.*, p. 1001, édito. Félix Rome; *ibid.*, p. 1064, entretien Xavier Labbée; *ibid.*, p. 1585, obs. Frederique Granet-Lambrechts; *ibid.*, p. 1995, obs. Philippe Bonfils et Adeline Gouttenoire; *ibid.* 2012, p. 308, obs. Jean-Christophe Galloux et Hélène Gaumont-Prat; *ibid.*, p. 1228, obs. Hélène Gaudemet-Tallon et Fabienne Jault-Seske; AJF 2011, p. 262; *ibid.*, p. 265, obs. Bernard Haftel; *ibid.*, p. 266, interview Marc Domingo; AJCT 2011, p. 301, obs. Caroline Siffrein-Blanc; RTD civ. 2011, p. 340, obs. Jean Hauser.

39. C. civ., art. 16-7.

lorsqu'il existe un lien biologique entre le père et le nouveau-né⁴⁰. La CEDH constate qu'il est contraire « à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance⁴¹ ».

Dans un arrêt plus récent, *Foulon et Bouvet c/France*, du 21 juillet 2016⁴², la CEDH a condamné, à nouveau, la France pour son refus de transcrire, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance, établis en Inde, des enfants nés à l'issue d'une GPA. Les juges strasbourgeois constatent que la situation des requérants est similaire à celle des requérants dans les affaires *Mennesson* et *Labassee*. La Cour conclut que le refus de transcrire des actes de naissance dressés à l'étranger constitue une violation du droit des enfants au respect de leur vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention EDH⁴³.

Au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit au respect de sa vie privée, il semble que la France sera obligée de reconnaître des actes d'état civil établis à l'étranger d'un enfant intersexuel.

Il nous reste à traiter la question de la reconnaissance des actes d'état civil étrangers des personnes intersexuées à la lumière de la jurisprudence de l'autre titan de l'Europe.

Du point de vue de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), l'enjeu est de vérifier si le refus de transcrire des actes d'état civil ne mentionnant aucun des deux sexes, constitue ou non une restriction à la liberté de circulation garantie à tout citoyen de l'Union européenne. La CJUE n'a pas encore rendu de décision sur la reconnaissance d'un sexe neutre, mais elle s'est déjà prononcée sur des questions similaires⁴⁴.

40. Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, Dalloz actualité, 7 juillet 2015, obs. Rodolphe Mésa ; D. 2015, p. 1819, obs. Inés Gallmeister, note Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon ; *ibid.*, p. 1481, édit. Sylvain Bollée ; *ibid.*, p. 1773, point de vue David Sindres.

41. CEDH, 26 juin 2014, req. 65192/11, *op. cit.*, § 100.

42. CEDH, 21 juillet 2016, n° 9063/14 et n° 10410/14, *Foulon et Bouvet c/France*, JurisData, n° 2016-013945 ; D. 2016, Actu. 1648.

43. Hugues Fulchiron, « Mêmes causes, mêmes effets : nouvelle condamnation de la France en matière de gestation pour autrui », *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2016, comm. 201.

44. Sur le nom de famille, voir l'arrêt *Garcia Avello*, CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02, Rev. crit. DIP 2004, p. 184, note Paul Lagarde ; JDI 2004, p. 582, obs. Monique Luby ; JDI 2004, p. 1219, note Sylvaine Poillot-Perruzetto ; D. 2004, p. 1476, note Mathias Audit.

Dans l'arrêt *Grunkin et Paul*⁴⁵, la CJUE a été saisie du refus des autorités allemandes de reconnaître le nom d'un enfant de nationalité allemande né au Danemark, composé du nom du père et de celui de la mère, au motif que la loi en Allemagne n'autorise pas à porter un double nom. La Cour estime que ce refus est susceptible d'entraver l'exercice de la libre circulation sur le territoire des États membres. De même, la CJUE rappelle dans l'arrêt *Ilonka Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010⁴⁶ que le refus de reconnaître, par les autorités autrichiennes, tous les éléments du nom patronymique constitue une restriction à la liberté de circulation des citoyens de l'Union européenne⁴⁷.

Partant, le refus de la France de transcrire un acte d'état civil ne mentionnant aucun des deux sexes serait, probablement, de nature à engendrer pour la personne intersexuée de « sérieux inconvénients⁴⁸ d'ordres administratif, professionnel et privé⁴⁹ ».

Dans un souci de synchronisation, faut-il abandonner le principe de la dualité de sexe en vue de rendre le droit français plus compatible avec le droit européen ?

Afin d'éviter une éventuelle condamnation européenne de la France, les juges du TGI de Tours ont décidé d'infléchir le paradigme de la binarité des sexes en ordonnant qu'il soit substitué dans l'acte de naissance d'un intersexuel la mention « sexe neutre » à la mention de « sexe masculin ».

45. CJCE, 14 oct. 2008, n° C-353/06, *Stefan Grunkin et Dorothee Paul c/Allemagne*, AJDA 2008, p. 2327, chron. Emmanuelle Broussy, Francis Donnat et Christian Lambert ; AJF 2008, p. 481, obs. Alexandre Boiché ; D. 2009, note François Boulanger ; Rev. crit. DIP 2009, p. 80, note Paul Lagarde ; JCP G 2009, II, 10071, note Alain Devers.

46. CJUE, 22 déc. 2010, n° C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c/Landeshauptmann von Wien*, AJDA 2011, p. 264, chron. Michel Aubert, Emmanuelle Broussy et Francis Donnat ; Const. 2011, p. 332, obs. Anne Levade ; RTD civ. 2011, p. 98, obs. Jean Hauser ; RTDE 2011, p. 571, obs. Étienne Pataut.

47. Toutefois, cette atteinte a été considérée par la cour de justice comme justifiée. Elle considère qu'il y a lieu d'admettre que dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance des intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes.

48. Résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un État membre des effets juridiques d'actes ou de documents établis dans un autre État.

49. CJUE, 12 mai 2011, n° C-391/09, *Malgożata Runevic-Vardyn, Lukasz Pawel Wardyn c/Vilniaus miesto savivaldybės administracija*, AJF 2011, p. 332, obs. Valérie Avena-Robardet ; Const. 2011, p. 332, obs. Anne Levade ; RTD civ. 2011, p. 507, obs. Jean Hauser ; RTDE 2011, p. 571, obs. Étienne Pataut ; *ibid.* 2012, p. 405, obs. Florence Benoit-Rohmer ; RMCUE 2013, p. 313, chron. Ekaterini Sabatakakis, rec. I 3787, pts 87 à 91.

Toutefois, les audaces du TGI de Tours ont été freinées par l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 22 mars 2016 qui retient l'impossibilité de reconnaître la mention « sexe neutre ».

2. Les obstacles à la reconnaissance du sexe neutre

En réalité, la reconnaissance du sexe neutre par le TGI de Tours est une position heurtée, d'une part, par la rigueur du paradigme de la binarité des sexes consacrée par les textes juridiques (2.1) et d'autre part, par l'absence d'une volonté réelle de dépasser ce paradigme dans la jurisprudence (2.2).

2.1. La rigueur du paradigme de la binarité des sexes consacrée par les textes

La rigueur du paradigme de la binarité des sexes en droit français constitue l'obstacle majeur à la reconnaissance d'un sexe neutre. L'article 57 du Code civil et l'article 55 de la circulaire de 2011 ne prévoient pas la possibilité de porter autre mention que « masculin » ou « féminin ».

Il convient de constater que la dualité du sexe s'impose à partir de la norme la plus supérieure en France. En effet, l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». L'article 3, *in fine*, du même texte énonce que « [s]ont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». La binarité des sexes est ainsi consacrée par le texte le plus fondamental de l'ordre juridique français.

D'autres textes législatifs reconnaissent expressément ce dualisme, tels que l'article L. 6112-1 du Code du travail⁵⁰ ou encore la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁵¹.

Partant du postulat de la binarité des sexes, la cour d'appel d'Orléans, dans son arrêt du 22 mars 2016, estime qu'en l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, il n'est pas envisagé la possibilité de porter la mention « sexe neutre » ou la mention « intersexe » sur l'acte de naissance.

50. « Pour l'application de la présente partie, aucune distinction entre les femmes et les hommes ne peut être faite. »

51. JO, 5 août 2014, n° 0179, p. 12949, n° 4.

De même, la cour d'appel d'Orléans se retranche derrière le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁵², un principe d'ordre public en droit français, qui conduit à imposer à la personne des éléments d'état civil. Dès lors, des considérations d'intérêt général peuvent fonder le refus d'inscrire à l'état civil la mention « sexe neutre ».

Indubitablement, l'identité sexuelle fondée sur la binarité des sexes constitue un élément utilisé couramment dans l'organisation sociale et juridique de la vie quotidienne. Peut-on changer facilement l'idée du dualisme sexuel au regard de ses incidences sur certains aspects⁵³ ?

Dans la mesure où l'identité sexuée demeure une condition d'application de quelques normes en droit français⁵⁴, la reconnaissance du sexe neutre suscite quelques interrogations liées notamment à la filiation par procréation qu'elle soit naturelle ou artificielle⁵⁵. *Quid* du lien de filiation vis-à-vis de l'enfant si l'un des parents a un sexe neutre ?

Toute la difficulté porte sur le critère sexué adopté par le législateur dans l'établissement de la filiation maternelle (féminin) ou paternelle (masculin) ce qui rend difficile d'établir juridiquement un lien de filiation entre l'enfant et l'un de ses parents ayant un sexe neutre moyennant une interprétation au-delà de la lettre des textes régissant la matière.

Certes, depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013⁵⁶ portant sur le mariage entre personnes de même sexe et la faculté d'adopter qui leur est reconnue, la distinction entre la filiation paternelle et maternelle a perdu beaucoup d'intérêt dans la mesure où, désormais, dans le cadre d'un mariage homosexuel, les enfants n'ont pas un père et une mère, mais deux pères ou deux mères. Cependant, cette loi ne modifie pas les règles relatives à la filiation par procréation. Elle se contente de reconnaître une filiation adoptive entre l'enfant et ses parents homosexuels. Hormis le cas

52. Jean Hauser et Jean-Jacques Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. dr. civ. janvier 2015 (actualisation juin 2016), n° 109 et suiv.

53. On peut noter que le rattachement à une catégorie administrativement reconnue se révèle indispensable pour l'attribution d'un identifiant Insee à l'enfant afin qu'il dispose d'une identité auprès de la sécurité sociale et puisse ainsi bénéficier des droits en découlant.

54. Exemples dans le Code du travail : le congé de maternité (art. L. 1225-16 et suiv.), le congé de paternité (art. L. 1225-35 et 1225-36).

55. La filiation peut être soit par procréation : l'enfant est issu d'une procréation naturelle ou artificielle, soit par adoption : le lien de filiation résulte d'un acte de volonté. L'enfant est rattaché par décision judiciaire à un ou deux parents car ceux-ci le veulent. Voir *Le Lamy Droit des personnes et de la famille*, n° 402-3.

56. L. n° 2013-404, 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JO 18 mai 2013, n° 0114, p. 8253, texte n° 3.

de l'adoption, le droit français refuse le double lien de filiation paternel ou maternel⁵⁷.

Ainsi, l'établissement d'un lien de filiation en droit français dépend du sexe des parents. En effet, l'article 320 du Code civil⁵⁸ suppose de déterminer préalablement si la filiation est paternelle ou maternelle. Le droit français ne reconnaît pas une filiation dés sexuée. Les textes régissant la matière de la filiation évoquent la notion de présomption de maternité⁵⁹ ou de paternité⁶⁰ et non pas celle de parenté. Ainsi, *de lege lata*, il est inadmissible de reconnaître une filiation neutre, ni paternelle, ni maternelle, entre le parent intersexué et son enfant.

Mais, serait-il envisageable d'établir une filiation paternelle ou maternelle, malgré le sexe neutre de l'un des parents ?

Concernant la filiation maternelle, il est concevable de rattacher l'enfant à la personne qui accouche en vertu de l'adage « *mater semper certa est* ». Ainsi, la désignation de la mère dans l'acte de naissance suffit pour que la filiation de l'enfant soit établie à l'égard de la personne qui a accouché⁶¹. Quant à la filiation paternelle, elle peut être établie par la présomption de paternité : l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari⁶² « *Pater is est quem nuptiae demonstrent* ». Ainsi, le conjoint intersexué serait désigné comme le père de l'enfant.

Néanmoins, en l'état actuel de la législation française, serait-il facile de mettre en œuvre ces solutions ? Ne serait-il pas contradictoire de désigner comme père ou mère de l'enfant une personne de sexe neutre ? Pourrait-on appliquer les règles de la filiation maternelle à un intersexuel, en se fondant sur l'accouchement, ou celles de la filiation paternelle, en faisant jouer la présomption de paternité, malgré le sexe neutre ? En vérité, la réponse à cette dernière question nous paraît négative étant donnée l'absence d'une législation détaillée⁶³ et précise en matière d'intersexualité. Seul le législateur peut résoudre le problème

57. Fanny Hartman, « C : Effets de la modification du sexe à l'état civil », *Le droit des personnes et de la famille à l'épreuve des droits fondamentaux présenté par l'IEJ de Paris 1*, <http://iej.univ-paris1.fr/openaccess/libertes-famille/lecon1/sect2/i/c-effets-modification-sexe>.

58. C. civ., art. 320 : « Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait. »

59. C. civ., art. 311-25 : « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant. »

60. C. civ., art. 312 : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari. »

61. C. civ., art. 311-25.

62. C. civ., art. 312.

63. Philippe Reigné, « L'intersexuation et la mention du sexe à l'état civil », D. 2016, p. 1915.

de l'établissement de la filiation entre le parent intersexué et son enfant en raison du caractère d'ordre public de la filiation en droit français⁶⁴.

Un problème similaire est susceptible d'être posé lors d'un changement de sexe de l'un des parents. En effet, la nouvelle loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle permet le changement de sexe à l'état civil, sans condition liée à la stérilité, si le comportement social le justifie. Cependant, cette loi a omis de fixer le régime de la filiation par procréation postérieure au changement du sexe. Alors, l'établissement du lien de filiation entre le transsexuel et son enfant n'est pas sans poser de difficultés : quelles sont les règles de filiation applicables à un enfant dont un homme serait accouché⁶⁵ ? Peut-on admettre qu'un homme établisse un lien de filiation maternel à l'égard de l'enfant et qu'une femme établisse un lien de filiation paternel envers l'enfant⁶⁶ ?

En tout état de cause, il est fort de constater que le critère sexué retenu pour l'établissement du lien de filiation constitue une entrave à la reconnaissance du sexe neutre en droit français.

L'admission d'inscrire la mention « sexe neutre » sur les actes d'état civil ferait peser à la charge de l'État français, non seulement l'obligation de réformer le droit de la filiation, mais aussi d'adapter les règles de la parité⁶⁷ en ce qui concerne notamment les mandats électoraux, les fonctions électives et les responsabilités professionnelles et sociales. Comment peut-on assurer effectivement la parité dans les scrutins de liste alors qu'on reconnaît un sexe neutre, ni féminin ni masculin ? Quelle serait la position du Conseil constitutionnel s'il venait à être saisi d'une question portant sur ce point ? Indubitablement, l'appartenance d'une personne à un sexe est déterminante pour apprécier la parité sur les listes électorales et pour faire l'objet d'une discrimination positive⁶⁸.

Un autre obstacle à la reconnaissance du sexe neutre par les juridictions françaises émerge à travers l'idée de la nécessité de respecter la compétence du législateur en matière de « débats de société ». Au nom du principe de la séparation des pouvoirs⁶⁹, il n'appartient en aucun cas

64. Sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation : art. 323 du Code civil ; L. n° 72-3, 3 janv. 1972 sur la filiation, JO 5 janv. 1972, n° 0003, p. 145 ; Cass. req., 26 fév. 1900, DP 1900, I, p. 249 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 2000, pourvoi n° 97-21.278, Defrénois, 2000, p. 1058, obs. Jacques Massip.

65. Astrid Marais, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », JCP G 2016, n° 45, p. 1164.

66. Fanny Hartman, art. cité.

67. Philippe Reigné, art. cité.

68. Stéphanie Mauclair, « Le troisième sexe », Dalloz-actualité, avril 2016.

69. Art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

au pouvoir judiciaire de s'emparer d'un débat de société. L'article 5 du Code civil ne laisse place à aucune ambiguïté dans la mesure où il prohibe expressément les arrêts de règlement, en disposant qu'« il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

Pour éviter la création *ex nihilo* d'une troisième catégorie de sexe, le TGI de Tours, dans sa décision du 20 août 2015, ordonne l'inscription de la mention « sexe neutre », qui peut se définir comme n'appartenant à aucun sexe, préférable à la mention « intersexe » qui « conduit à une catégorisation qu'il convient d'éviter (ne s'agissant pas de reconnaître un nouveau genre) ».

Néanmoins, ce raisonnement n'a pas pu convaincre la cour d'appel d'Orléans qui note qu'« admettre la requête de X reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la création relève de la seule appréciation du législateur ». Les juges orléanais se sont montrés réticents à la reconnaissance d'une catégorie « *sui generis* » non prévue expressément par la loi.

2.2. L'absence d'une volonté réelle de franchir le paradigme de la binarité des sexes dans la jurisprudence

La réticence des magistrats orléanais à l'égard de la reconnaissance du sexe neutre était manifeste dans leur arrêt du 22 mars 2016. L'absence d'une volonté d'abandonner le paradigme de la binarité des sexes constituait un obstacle face à l'inscription d'une mention autre que « féminin » ou « masculin » aux registres de l'état civil.

Force est de constater que la position de la cour d'appel d'Orléans constitue un retour à l'esprit d'une jurisprudence qui se prononce en faveur de la dualité de sexes. La cour d'appel de Paris s'était exprimée en ce sens dans son arrêt du 18 janvier 1974 en relevant que « 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 naissance⁷⁰ ».

70. Dans ce sens, voir TGI Dijon, 2 mai 1977, « X [...] doit nécessairement être rangé dans le sexe féminin ou dans le sexe masculin. », Gaz. Pal. 1977, 2, p. 577 ; TGI Saint-Étienne, 11 juillet 1979, « L'être humain doit être rattaché à l'un ou l'autre des sexes », D. 1981, p. 271 ; TGI Nanterre, 21 avril 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, p. 605.

En réalité, la cour d'appel d'Orléans admet une nouvelle restriction au droit au respect de la vie privée des personnes intersexuelles, en refusant l'inscription de la mention « sexe neutre » sur les actes d'état civil.

Ainsi, il est important de se demander si cette position est compatible avec les exigences du second paragraphe de l'article 8 de la Convention EDH. Ce dispositif justifie l'ingérence dans la vie privée à condition qu'elle soit prévue par la loi, qu'elle poursuive un but légitime et qu'elle présente un caractère nécessaire dans une société démocratique.

S'agissant, en premier lieu, de la base légale, la CEDH exige que l'ingérence soit prévue par une loi interne « accessible à l'individu ⁷¹ ». S'agissant, en deuxième lieu, de la condition du but légitime, la CEDH apprécie l'existence d'un but légitime selon une pratique « succincte ⁷² ». On peut se demander alors si le refus d'inscrire la mention « sexe neutre » au nom du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes constitue un but légitime. Mais, ce but légitime ne pourrait-il pas être incarné dans le principe de l'autonomie personnelle ? S'agissant, en dernier lieu de la nécessité de l'ingérence, la Cour de Strasbourg rappelle dans l'arrêt *Y.Y. c/Turquie* que cette condition est appréciée à partir de l'existence d'un « besoin social impérieux » et du caractère proportionné au but légitime suivi. Ainsi, un juste équilibre doit être ménagé entre l'intérêt général et les intérêts des individus.

La cour d'appel d'Orléans, dans sa décision du 22 mars 2016, admet que ce juste équilibre permet à la personne intersexuelle de ne mentionner aucune catégorie sexuelle « dès lors qu'il n'est pas en correspondance avec son appartenance avec son apparence physique et son comportement social ». Comme le précise le professeur Philippe Reigné, « pour refuser l'inscription de la mention “sexe neutre”, les juges orléanais adoptent une motivation qui est non seulement dépourvue de pertinence au regard des obligations que l'article 8 de la Convention fait peser sur les États, mais aussi pêche par défaut de cohérence ⁷³ ».

Ainsi, la démarche de la cour se trouve entachée d'un double vice. D'une part, la cour d'appel subordonne l'inscription de la mention « sexe neutre » à une condition purement factuelle, à savoir la correspondance

71. CEDH, 24 avr. 1990, n° 1181/85, *Kruslin c/France*, D. 1990, p. 353, note Jean Pradel ; *ibid.*, p. 187, chron. Renée Koering-Joulin ; RFDA 1991, p. 101, chron. Vincent Berger, Henri Labayle et Frédéric Sudre ; RSC 1990, p. 615, obs. Louis-Edmond Pettiti ; RTD civ. 1991, p. 292, obs. Jean Hauser.

72. CEDH, 10 nov. 2005, n° 44774/98, *Leyla Sahin c/Turquie*, D. 2006, p. 1717, obs. Jean-François Renucci ; AJDA 2006, p. 315, note Gérard Gonzalez ; *ibid.* 2006, p. 466, chron. Jean-François Flauss.

73. Philippe Reigné, art. cité.

de l'apparence physique et du comportement social, tout en ignorant la composante psychologique du sexe. D'autre part, les magistrats de la cour d'appel d'Orléans refusent la substitution de la mention « sexe neutre » parce que le requérant est marié à une femme et a adopté un enfant avec elle. Cependant, les juges orléanais, n'auraient-ils pas pu surmonter cet obstacle compte tenu de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et permettant l'adoption aux couples mariés, peu importe le sexe des époux ?

Il reste à préciser la portée de l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans par la mise en évidence d'un paradoxe. D'un côté, la cour précise que le seul moyen qui garantit le droit au respect de la vie privée d'une personne intersexuée est de ne mentionner aucune catégorie sexuelle sur les actes d'état civil. D'un autre côté, la cour refuse de substituer la mention « sexe masculin » par la mention « sexe neutre » sous prétexte que cette demande est en contradiction avec l'apparence physique⁷⁴. En réalité, cette défaillance dans le raisonnement de la cour traduit la volonté des magistrats orléanais de maintenir le paradigme de la binarité des sexes en droit français.

Ainsi, peut-on lire sous la plume de M. Benjamin Moron-Puech que « le coût psychologique » des incohérences du discours des magistrats orléanais « sera moindre à leurs yeux que celui d'un changement de noyau de la représentation sociale » de l'identité sexuée⁷⁵. Les difficultés psychologiques des juges constituaient un obstacle à l'abandon du paradigme de la binarité des sexes et à la reconnaissance du sexe neutre.

Certes, le droit français adopte une conception sexuelle binaire qui correspond à la base du droit des personnes et de la famille. Mais, la société évolue et le droit positif ne doit pas être immuable. Donc, le changement juridique est possible et en ce qui concerne l'intersexualité, le vide juridique est devenu de plus en plus flagrant. Ainsi, une intervention législative paraît nécessaire. *De lege ferenda*, il serait souhaitable que s'impose l'idée d'admettre l'inscription de la mention « intersexe » à l'état civil. Une telle solution aurait l'avantage de protéger les intérêts des intersexués sans porter atteinte à l'ordre public.

74. Cependant, l'argumentation de la cour d'appel ne convainc pas : si le législateur seul peut créer un sexe neutre, le législateur seul peut dispenser d'inscrire une personne homme ou femme à l'état civil ; évoquer la possibilité d'un défaut de mention n'est pas moins *contra legem* que la création d'une nouvelle mention.

75. Benjamin Moron-Puech, « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés d'un changement de paradigme », D. 2016, p. 904.

Dans ce sens, nous proposons d'ajouter un nouvel article 57-2 au Code civil ainsi formulé :

En cas d'ambiguïté sexuelle rendant impossible le rattachement de l'enfant à l'un ou l'autre sexe, l'officier de l'état civil inscrit la mention « intersexe » sur l'acte de naissance. Celui-ci en avise sans délai le procureur de la République. Toute personne majeure ou mineure émancipée qui justifie d'une impossibilité de rattachement à l'un ou l'autre sexe, peut demander la substitution dans l'acte de naissance de la mention « intersexe » à la mention « sexe masculin » ou « sexe féminin ». La demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressée.

Dans les différents foyers où elle a prospéré, la notion de sexe neutre a connu une évolution importante en raison de la nécessité impérieuse de trouver un juste équilibre entre le droit au respect de la vie privée, d'une part, et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, d'autre part.

Le TGI de Tours, dans son jugement du 20 août 2015, a mis en avant le respect de la vie privée de la personne intersexuée. Cette position, qui a abouti à l'infléchissement du paradigme de la binarité des sexes, commande une évolution du droit français. Les perspectives remarquables, dégagées par le bouleversement du dogme de la dualité sexuelle, favorisent la flexibilité du droit interne et sa compatibilité avec le droit européen.

Cependant, le triomphe du sexe neutre n'était qu'une victoire au goût d'inachevé. La cour d'appel d'Orléans rappelle qu'elle n'a pas la compétence pour créer une nouvelle catégorie juridique, à savoir le sexe neutre.

D'ailleurs, il n'est pas certain que la Cour de cassation ferait sienne la position adoptée par le TGI de Tours dans la mesure où certaines contraintes juridiques et psychologiques empêchent la reconnaissance du sexe neutre en droit français.

Certainement, la plus grande attention sera portée aux prochaines interventions législatives, que l'on espère rapides et de nature à apporter des solutions claires au profit des personnes intersexuées, pour que le sexe neutre ne connaisse pas une victoire à la Pyrrhus résultant d'une condamnation européenne de la France.

Doctorant contractuel
Enseignant à la faculté de Droit
et des Sciences économiques de Limoges
Membre de l'Observatoire des mutations institutionnelles
et juridiques (OMIJ)