

N° Q1617189

Décision attaquée : 22 mars 2016 de la cour d'appel d'Orléans

M D...

C/

PG près la cour d'appel d'Orléans

rapporteur : Rachel.Le-Cotty

RAPPORT

Déclaration de pourvoi : 13 mai 2016 Désistement partiel : 27 mai 2016 MA : 13 septembre 2016 signifié le même jour Article 700 : pas de demande MD : pas de constitution en défense
--

Etat civil - Rectification des actes de l'état civil - Mention de sexe "neutre".

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. D... est né le 10 juillet 1951.

Il a été déclaré, par ses parents, à l'officier de l'état civil, comme étant de sexe masculin.

Par requête du 12 janvier 2015, il a saisi le président du tribunal de grande instance de Tours d'une demande de rectification de son acte de naissance, afin que soit substituée à la mention "sexe masculin" la mention "sexe neutre" ou, à défaut, "intersexe".

Par jugement du 20 août 2015, le président du tribunal a ordonné que soit substituée, dans l'acte de naissance de M. D..., la mention "sexe : neutre" à la mention "de sexe masculin".

Sur appel du procureur de la République, la cour d'appel d'Orléans a, par arrêt du 22 mars 2016, infirmé le jugement et rejeté les demandes de M. D....

C'est l'arrêt attaqué par ce dernier.

2 - Analyse succincte des moyens

M. D... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à la rectification de son acte de naissance par substitution, à la mention « de sexe masculin » initialement apposée, de la mention « sexe : neutre », ou à titre subsidiaire, « intersexe », alors,

1°/ que le respect de la vie privée suppose en particulier le respect de l'identité personnelle, dont l'identité sexuée est l'une des composantes ; que l'identité sexuée résulte de façon prépondérante du sexe psychologique, c'est-à-dire de la perception qu'a l'individu de son propre sexe ; qu'au cas présent, D... faisait valoir, au soutien de sa demande de rectification de son acte de naissance, qu'il était biologiquement intersexué et ne se considérait, psychologiquement, ni comme un homme ni comme une femme ; qu'en retenant, pour rejeter la demande de rectification d'état-civil présentée par D..., que cette demande était « en contradiction avec son apparence physique et son comportement social », sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée (Cf. conclusions d'appel, p. 6-8), si la mention « de sexe masculin » figurant sur l'acte de naissance de D... n'était pas en contradiction avec le sexe psychologique de D..., la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 99 du Code civil ;

2°/ qu'en subordonnant la modification de la mention du sexe portée sur l'état civil à la condition que le sexe mentionné ne soit pas en correspondance avec l'apparence physique et le comportement social de l'intéressé, quand la circonstance que la mention du sexe corresponde à l'apparence physique et au comportement social de l'intéressé ne suffit pas à exclure que son maintien porte atteinte à son identité sexuée et donc à sa vie privée, la Cour d'appel a statué par des motifs inopérants en violation des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 99 du Code civil ;

3°/ que la Cour d'appel a elle-même constaté « qu'en l'absence de production d'hormone sexuelle, aucun caractère sexuel secondaire n'est apparu, ni de type masculin ni de type féminin, le bourgeon génital embryonnaire ne s'étant jamais développé, ni dans un sens ni dans l'autre de sorte que si D... dispose d'un caryotype XY c'est-à-dire masculin, il présente indiscutablement et encore aujourd'hui une ambiguïté sexuelle » ; qu'en retenant, pour rejeter la demande de rectification d'état-civil présentée par D..., que « D... présente une apparence physique masculine », la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations en violation des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 99 du Code civil ;

4°/ que devant les juges du fond, D... faisait valoir (cf. conclusions d'appel, p. 5 et 9) que ses éléments d'apparence masculine (barbe, voix grave) étaient uniquement la conséquence d'un traitement médical destiné à lutter contre l'ostéoporose et ne pouvaient donc « être pris en considération pour déterminer son

ressenti » quant à son identité sexuée ; qu'en retenant, pour rejeter la demande de rectification d'état civil présentée par D..., que « D... présente une apparence physique masculine », sans répondre à ce moyen d'où il résultait que cette apparence était purement artificielle et ne relevait pas d'un choix de D..., de sorte qu'elle ne pouvait lui être opposée pour écarter sa demande de rectification d'état civil, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

5°/ qu'il résulte des articles 143 et 6-1 du Code civil, dans leur rédaction issue de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, que la différence de sexe n'est pas une condition du mariage et de l'adoption ; qu'en affirmant, pour rejeter la demande de rectification d'état civil présentée par D..., que celui-ci s'était marié et avait, avec son épouse, adopté un enfant, motif impropre à exclure que le maintien de la mention « de sexe masculin » porte atteinte au droit de D... au respect de sa vie privée, la Cour s'est déterminée par un motif inopérant en violation des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 99 du Code civil ;

6°/ que devant les juges du fond, D... produisait de nombreuses attestations certifiant que son comportement social n'était ni celui d'un homme, ni celui d'une femme ; qu'en se bornant à énoncer, pour retenir que D... aurait eu un « comportement social » masculin, qu'il s'était marié et avait, avec son épouse, adopté un enfant, sans analyser, même sommairement, les attestations ainsi produites, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

7°/ que l'article 57 du Code civil impose seulement que l'acte de naissance énonce « le sexe de l'enfant » ; que cette disposition ne prévoit aucune liste limitative des sexes pouvant être mentionnés pour son application ; qu'en affirmant « qu'en l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, 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 », la Cour d'appel a violé l'article 57 du Code civil, ensemble le point 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes d'état civil ;

8°/ qu'il appartient au juge de garantir le respect effectif des droits et libertés fondamentaux reconnus à chacun, en particulier par les conventions internationales auxquelles la France est partie, lesquelles ont, dans les conditions posées par l'article 55 de la Constitution, une valeur supérieure à celle des lois ; que saisi au cas d'espèce de la situation d'une personne intersexuée biologiquement et psychologiquement, il lui appartenait d'assurer le respect du droit de cette personne au respect de sa vie privée, et notamment de son identité sexuée, lequel implique la mise en concordance de son état-civil avec sa situation personnelle ; qu'il disposait pour ce faire, en application de l'article 99 du Code civil, du pouvoir d'ordonner toute modification de l'acte de naissance nécessaire au respect du droit de la personne qui l'avait saisi à sa

vie privée ; que le juge ne pouvait, pour refuser de faire droit à cette requête, affirmer que la demande présentée par D... posait des questions délicates relevant de la seule appréciation du législateur ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé les articles 5 et, 99 du Code civil et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le pourvoi pose la question, inédite, d'une possibilité de mention d'un sexe "neutre" sur les actes de l'état civil.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - La mention du sexe dans les actes de l'état civil : les textes

Aux termes de l'article 57 du code civil :

*"L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, **le sexe de l'enfant**, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. [...]"*

Le sexe de l'enfant doit donc obligatoirement être inscrit dans l'acte : *"il est l'un des éléments de l'état des personnes et marque l'appartenance à l'une des deux moitiés du genre humain (V. J.-P. Branlard, Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique : Thèse Paris II, 1991)"*¹.

Ainsi, J. Carbonnier écrivait-il : *"le sexe, constaté dans les actes de l'état civil, achève d'identifier la personne physique, en la classant d'emblée d'un côté ou de l'autre de la dichotomie opérée par la nature"*².

Il ne fait pas de doute que, lorsqu'il dresse l'acte de naissance d'un enfant, l'officier de l'état civil est tenu d'y porter l'indication du sexe masculin ou féminin³, la doctrine précisant que, dans l'immense majorité des cas, cette indication ne suscite guère de

¹ Cité par F. Granet-Lambrechts, *Fasc. 30 : Actes de l'état civil - Annulation ou rectification - Indication du sexe dans l'acte de naissance*, *Jurisclasseur civil code*, art. 99 à 101, 11 novembre 2009.

² J. Carbonnier, *Droit civil, Les Personnes, Thémis, PUF, 2000, 21e éd.*, cité par I. Vacarie, *"Du bon et du mauvais usage des caractéristiques génétiques"*, *RDSS* 2005, p. 195.

³ F. Granet-Lambrechts *précité*.

difficultés au moment de la déclaration de la naissance, “*sous réserve d’hypothèses marginales où le sexe serait indéterminé*”⁴.

Pourtant, la loi ne donne aucune définition du sexe ni ne précise de quelle mention - *féminin* ou *masculin* - il s’agit.

Si l’indication du sexe masculin ou féminin par les officiers de l’état civil ne suscite, sauf exception, aucune difficulté, c’est probablement que la classification binaire des sexes relève, aujourd’hui encore, de l’évidence.

On retrouve d’ailleurs, de façon plus ou moins implicite, cette binarité dans de nombreuses dispositions législatives, qui évoquent “*l’un ou l’autre sexe*” ou les “*deux sexes*”⁵.

Ainsi, aux termes de l’article 388, alinéa 1^{er}, du code civil, “*le mineur est l’individu de l’un ou l’autre sexe qui n’a point encore l’âge de dix-huit ans accomplis*”.

Aux termes de l’article 980 du code civil, les témoins appelés pour être présents aux testaments pourront être “*de l’un ou l’autre sexe*”.

Aux termes de l’article 255 du code de procédure pénale, “*peuvent seuls remplir les fonctions de juré, les citoyens de l’un ou de l’autre sexe, âgés de plus de vingt-trois ans, sachant lire et écrire en français, jouissant des droits politiques, civils et de famille, et ne se trouvant dans aucun cas d’incapacité ou d’incompatibilité énumérés par les deux articles suivants*”.

Aux termes de l’article L.1142-2, alinéa 1^{er}, du code du travail : “*Lorsque l’appartenance à l’un ou l’autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l’objectif soit légitime et l’exigence proportionnée, les interdictions prévues à l’article L. 1142-1 ne sont pas applicables*”.

Aux termes de l’article L. 311-2 du code de la sécurité sociale, “*sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général, quel que soit leur âge et même si elles sont titulaires d’une pension, toutes les personnes quelle que soit leur nationalité, de l’un ou de l’autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat*”.

⁴ F. Granet-Lambrechts *précité*.

⁵ V. B. Moron-Puech, « *Les intersexuels et le droit* », Mémoire Master II Droit privé général (sous la dir. de D. Fenouillet), éd. Panthéon-Assas, Paris, 2011, p. 12.

L'article L. 131-1 du code de l'éducation dispose que *"l'instruction est obligatoire pour les enfants **des deux sexes**, français et étrangers, entre six ans et seize ans"*.

Aux termes de l'article L. 1323-1 du code de la défense, *"pour l'exécution des mesures de défense civile prévues par le présent titre, il est adjoint, dès le temps de paix, aux services qui en sont directement chargés un personnel de complément composé notamment : [...] 3° De volontaires **des deux sexes** qui souscrivent à titre civil un engagement en vue de participer à la défense civile [...]"*.

L'article L. 4151-7 du code de la santé publique précise que *"la formation des personnes qui se préparent à la profession de sage-femme est assurée dans des écoles agréées par la région et ouvertes aux candidats **des deux sexes**"*.

Il est manifeste que, dans l'esprit du législateur, les deux sexes ont toujours désigné l'homme et la femme, comme le confirme cette rédaction de l'article L. 6112-1 du code du travail⁶ : *"Pour l'application de la présente partie, aucune distinction entre **les femmes et les hommes** ne peut être faite, sauf dans le cas où l'appartenance à **l'un ou l'autre sexe** est la condition déterminante de l'exercice de l'emploi ou de l'activité professionnelle donnant lieu à formation"*.

De même, une circulaire du ministère de l'intérieur du 10 janvier 2000 relative à la délivrance des cartes nationales d'identité précise, s'agissant des rubriques figurant sur la carte nationale d'identité, que *"le sexe qui est mentionné sur l'acte de naissance (article 57 du code civil) doit être indiqué par la lettre **M (masculin) ou F (féminin)**"*⁷.

De fait, seule la circulaire du 28 octobre 2011 *relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation* envisage la situation des enfants dont l'identité sexuelle ne peut être déterminée à la naissance, en permettant de différer la mention du sexe, à titre exceptionnel, *"si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés"*⁸.

⁶ Dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, le texte stipulant aujourd'hui que *"pour l'application de la présente partie, aucune distinction entre **les femmes et les hommes** ne peut être faite"*.

⁷ Circulaire du 10 janvier 2000 relative à l'instruction générale ayant pour objet de faire la synthèse de la réglementation applicable en matière de délivrance et de renouvellement de la carte nationale d'identité instituée par le décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 modifié, Bulletin officiel du ministère de l'intérieur n° 2000/1 p. 224-248.

⁸ La circulaire reprend sur ce point l'article 288 de l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999.

La mention du sexe est donc simplement retardée⁹ :

“Sexe de l'enfant - Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. Ce sexe sera indiqué dans l'acte, l'indication sera, le cas échéant, rectifiée judiciairement par la suite en cas d'erreur.

Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire.

Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents de choisir pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon”.

En toute hypothèse, ces dispositions ne prévoient pas, comme l'a relevé la cour d'appel dans l'arrêt attaqué, la possibilité de porter la mention “*sexe neutre*” ou “*intersexe*” sur l'acte de naissance de l'intéressé.

Comme le constate la doctrine, en aucune façon, l'indétermination sexuelle ne peut être inscrite, même à titre provisoire, à l'état civil. En cas de doute, il faudra, à terme, choisir le sexe le plus vraisemblable¹⁰.

Rappelons également qu'en tout état de cause, en application de l'article 34 de la Constitution, l'état des personnes relève de la seule compétence du législateur.

Le ministre de la justice a été saisi d'une question écrite à ce sujet le 4 février 2014¹¹:

M. Gwendal Rouillard attire l'attention de M. le ministre de l'intérieur sur la déclaration à l'état civil des enfants nés avec une anomalie de développement des organes génitaux externes, résultant en une ambiguïté sexuelle. En effet, les nouveaux-nés,

⁹ cf. circulaire § 55, p. 27.

¹⁰ P. Le Maigat, “*Rencontres du troisième sexe : le juge et l'hermaphrodite ou les incertitudes du genre*”, La Revue des droits de l'homme, juin 2016.

¹¹ Assemblée nationale - Question écrite n° 48696 - Ministère de la Justice - Etat civil - Naissance - Déclaration - Ambiguïté sexuelle - Délais.

naissant avec cette anomalie, nécessitent un bilan relativement complexe associant des examens biologiques de génétique et endocriniens et un avis chirurgical spécialisé destiné à réaliser un diagnostic et établir le programme de prise en charge. Ce bilan peut prendre une quinzaine de jours et ce n'est qu'au terme de cette quinzaine que le genre féminin ou masculin de l'enfant pourra être définitivement déterminé. Pour autant, si les textes autorisent un délai pour la déclaration du sexe, il n'en existe pas pour l'attribution d'un prénom. Ainsi, obligation est faite aux parents d'attribuer un prénom mixte, ce qui renforce la notion d'ambiguïté et est extrêmement délétère sur un plan psychologique pour ces parents et pour l'enfant ultérieurement. C'est pourquoi, dans un second temps, nombre de parents sont amenés à engager une procédure de changement d'identité avec des frais d'avocats parfois très considérables. Aussi, il lui demande de bien vouloir examiner la situation avec la plus grande attention et envisager la possibilité d'une dérogation aux règles de déclaration de naissance dans ces cas particuliers.

Il a répondu le 2 septembre 2014 que des réflexions étaient en cours afin de permettre une évolution de la législation et de prévoir, sous certaines conditions, la délivrance d'un état civil provisoire :

La situation des enfants nés de sexe indéterminé fait l'objet d'une attention particulière du ministère de la justice. L'instruction générale relative à l'état civil prévoit que, dans ces situations, les officiers de l'état civil peuvent, à titre exceptionnel, avec l'accord préalable du procureur de la République, s'abstenir de mentionner le sexe de l'enfant, ce qui implique que l'acte de naissance doit être ultérieurement complété par décision judiciaire, une fois les traitements appropriés achevés. Il apparaît difficile en l'état actuel du droit d'étendre cette possibilité au choix du prénom de l'enfant, qui s'avère dans ces conditions d'autant plus nécessaire, qu'un élément d'identification, le sexe, fait déjà défaut. Toutefois, des réflexions sont en cours afin de permettre une évolution de la législation et d'envisager, sous certaines conditions, la délivrance d'un état civil provisoire. Dans l'attente d'une telle modification législative, la possibilité pour les parents de choisir un prénom mixte puis, le cas échéant, de saisir pour le compte de leur enfant le juge aux affaires familiales d'une demande de changement de prénom sur le fondement de l'article 60 du code civil, apparaît de nature à préserver un équilibre entre la vocation probatoire de l'état civil et l'intérêt de l'enfant.

4.2 - Le changement de la mention du sexe dans les actes de l'état civil : la jurisprudence

Dès la naissance, les enfants sont inscrits dans l'une ou l'autre des catégories sexuelles et cette assignation est en principe irréversible.

Mais le sexe est une notion complexe, intégrant des composantes chromosomiques, physiologiques, psychologiques et sociales¹². La plupart du temps, ces différents éléments coïncident pour composer un homme ou une femme. Toutefois, dans certains cas, des distorsions se produisent et l'une ou l'autre des composantes fait défaut.

A cet égard, il convient de bien distinguer le transsexualisme de l'intersexualité.

Le transsexualisme réside dans la contradiction existant entre le sexe physique apparent, déterminé génétiquement, et le sexe psychologique. La transsexuel, qui éprouve le sentiment profond d'appartenir à l'autre sexe, peut alors recourir à la médecine et à la chirurgie afin de prendre l'apparence corporelle du sexe opposé. Il peut également revendiquer un changement de la mention de son sexe à l'état civil en vue d'une meilleure insertion sociale dans le sexe revendiqué.

La Cour européenne des droits de l'homme a donné du transsexualisme, dans son arrêt *Rees c/ Royaume-Uni* du 17 octobre 1986¹³, la définition suivante : *“On entend par transsexuels les personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre ; elles essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractères physiques à leur psychisme”* (§ 38).

L'intersexualité est une notion différente puisqu'il s'agit de *“la présence chez un même individu [...] de caractères sexuels intermédiaires entre le mâle et la femelle”*¹⁴.

¹² Dans un premier temps, en 1903 (Civ., 6 avril 1903, DP 1904, 1, p. 395, concl. Baudouin ; S. 1904, 1, p. 273, note A. Wahl), la Cour de cassation a retenu, dans un arrêt rendu en matière de mariage, que le sexe était déterminé par l'apparence extérieure des organes génitaux. Puis, dans les premiers arrêts relatifs au transsexualisme, elle a estimé que le sexe réunissait des caractères *“génétiques, anatomiques et physiologiques”*, lesquels pouvaient ne pas correspondre au vécu *“psychologique et social”* de la personne (1^{re} Civ., 7 juin 1988, n° 86-13.698, Bull. n° 176 ; 10 mai 1989, Bull. n° 189).

¹³ CEDH, arrêt du 17 octobre 1986, n° 9532/81, *Rees c/ Royaume-Uni*.

¹⁴ Haffen, K. V° Intersexualité, *Encyclopædia Universalis*..

On parlait autrefois d'hermaphrodite¹⁵, on parle aujourd'hui d'intersexe, intersexuel, intergenre, personne ayant un DSD ("*disorder of sex development*") ou une VSD (variation du développement sexuel)¹⁶.

Quoi qu'il en soit, ce phénomène, qui s'explique par des mutations génétiques modifiant le processus habituel de différenciation sexuelle, est aujourd'hui étudié et décrit scientifiquement :

“On qualifie d’intersexes les personnes qui, compte tenu de leur sexe chromosomique, gonadique ou anatomique, n’entrent pas dans la classification établie par les normes médicales des corps dits masculins et féminins. Ces spécificités se manifestent, par exemple, au niveau des caractéristiques sexuelles secondaires comme la masse musculaire, la pilosité et la stature, ou des caractéristiques sexuelles primaires telles que les organes génitaux internes et externes, et/ou la structure chromosomique et hormonale”¹⁷.

“Ces différences peuvent notamment porter sur le nombre de chromosomes sexuels et leur structure (par exemple XXY ou XO), sur les réponses tissulaires aux hormones sexuelles (par exemple le fait d’avoir un ovaire et un testicule, ou des gonades qui contiennent à la fois des tissus ovariens et des tissus testiculaires), ou encore sur l’équilibre hormonal. Certaines personnes possèdent des organes génitaux qui ne sont pas clairement identifiables comme typiquement masculin ou féminin ; on peut donc facilement, dès la naissance, les identifier comme des personnes intersexes. Pour d’autres, en revanche, la détection a lieu plus tard, pendant la puberté, voire à l’âge adulte (absence de menstruations ou développement de caractères physiques qui ne correspondent pas au sexe assigné par exemple). Même si, en règle générale, elles n’ont pas de réels problèmes de santé liés à leur spécificité, les personnes intersexes subissent couramment des traitements médicaux et chirurgicaux - généralement à un

¹⁵ Dans son article "*Le mystère du chevalier d'Eon*" (JCP G, n° 44, 26 octobre 2015, 1157), J. Hauser explique qu'Hermaphrodite est le fils d'Hermès et d'Aphrodite, transformé en être bisexué par amour de la naïade Salmacis dans le lac de Carie. Il en résulte que tout homme se baignant dans ce lac subirait la même transformation ; V. également D. Borrillo : "*Le mythe d'Hermaphrodite raconté par Ovide dans le livre IV des Métamorphoses est la première explication de ces individus qui semblent "n'avoir aucun sexe ou les avoir tous deux"*", in "*Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi : Jurisprudence*", *Rev. critique* 2011, p. 263.

¹⁶ B. Moron-Puech, « *Les intersexuels et le droit* », précité.

¹⁷ Ghattas, D. C., *Human Rights between the Sexes : A preliminary study in the life of inter* individuals*, Henrich Böll Stiftung, Publication Series on Democracy, vol. 34, 2013, p. 10, in "*Droits de l'homme et personnes intersexes*", Document thématique publié en juin 2015 par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

*très jeune âge - en vue de faire correspondre leur apparence physique à l'un ou l'autre des deux sexes selon la classification binaire*¹⁸.

Selon le document *“Droits de l’homme et personnes intersexes”* du Commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe de juin 2015, de nombreuses personnes naissent avec des formes de variations sexuelles subtiles, qui ne sont pas immédiatement décelables. Il résulterait de la littérature médicale que 1,7 % environ des naissances humaines seraient intersexes.

B. Moron-Puech estime, quant à lui, qu’une centaine d’intersexuels naissent chaque année en France, ce qui porterait le nombre total d’intersexuels en France à une dizaine de milliers¹⁹.

Ph. Reigné cite des chiffres de la Haute autorité de santé, aux termes desquels l’intersexuation pourrait atteindre 2 % des naissances²⁰.

La personne intersexe présente donc, à la différence du transsexuel, une ambiguïté biologique de son sexe, des caractéristiques sexuelles biologiques équivoques. Le transsexuel présente quant à lui des caractéristiques sexuelles biologiques univoques mais qui se trouvent en contradiction avec ses caractéristiques sexuelles psychosociales²¹.

Si la jurisprudence, puis la loi, ont permis la modification de la mention du sexe sur les actes de l’état civil en cas de transsexualisme, la situation d’intersexualité n’est pas prise en compte à ce jour.

4.2.1 - Le transsexualisme : de l’évolution jurisprudentielle à la consécration législative

Aucune disposition législative ne visant le cas du transsexualisme, jusqu’à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, la construction juridique a été jurisprudentielle jusqu’à très récemment.

¹⁸ *“Droits de l’homme et personnes intersexes”*, Document thématique publié en juin 2015 par le Commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe, précité.

¹⁹ Mémoire précité ; Sur les difficultés de comptabilisation, il cite not. P.-L. Chau & J. Herring, *Defining, assigning and designing sex, International Journal of Law, Policy and the Family*, dec., 2002, p. 327.

²⁰ Situation actuelle et perspectives d’évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, nov. 2009, p. 23, cité par Ph. Reigné in *“Sexe, genre et état des personnes”*, *JCP G* n° 42, 17 octobre 2011, doct. 1140.

²¹ B. Moron-Puech, « *Les intersexuels et le droit* », précité.

Jusqu'en 1992, la Cour de cassation excluait toute modification de la mention du sexe sur les actes de l'état civil en cas de transsexualisme (1^{re} Civ., 21 mai 1990, n° 88-12.829, Bull. n° 117).

Après une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 25 mars 1992, n° 13343/87, *B c/ France*), la Cour de cassation a admis la possibilité d'un changement de la mention du sexe à l'état civil, au nom du droit au respect de la vie privée (Assemblée plénière, 11 décembre 1992, n° 91-11.900, Bull. n° 13 et 91-12.373, Bull. n° 13), mais avec des conditions assez restrictives :

- le "syndrome du transsexualisme" devait avoir été médicalement constaté et établi par une expertise judiciaire ;
- l'intéressé devait avoir subi une opération de réassignation sexuelle : un "*traitement médico-chirurgical*" ;
- l'intéressé devait avoir adopté, outre l'apparence physique du sexe opposé, le comportement social de celui-ci.

"Attendu, cependant, que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ; d'où il suit qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés".

De nouveau amenée à se prononcer sur la question en 2012 (1^{re} Civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490, Bull. n° 124 et 10-26.947, Bull. n° 123), la première chambre civile a maintenu cette jurisprudence en allégeant quelque peu la preuve puisque l'exigence de l'expertise a été supprimée, ainsi que celle relative à l'opération de réassignation sexuelle, seul devant être établi le caractère irréversible de la transformation de l'apparence.

"pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence".

Ces solutions ont fait l'objet de critiques d'une partie de la doctrine, qui a relevé la sévérité de l'exigence relative au caractère irréversible du changement de sexe, lequel imposait, de fait, une stérilisation de l'intéressé, la transformation n'étant pas irréversible en présence d'un simple traitement hormonal.

La Cour de cassation a toutefois maintenu sa jurisprudence dans deux arrêts de 2013, en rejetant la modification de l'état civil demandée, faute de preuve du *“caractère irréversible du processus de changement de sexe”* (1^{re} Civ., 13 février 2013, n° 12-11.949, Bull. n° 14 ; 1^{re} Civ., 13 février 2013, n° 11-14.515, Bull. n° 13).

Cette jurisprudence est aujourd'hui caduque puisque la loi du 18 novembre 2016 a fixé les conditions d'une modification de la mention du sexe à l'état civil.

Désormais, il est ainsi possible d'obtenir une modification de la mention relative au sexe dans les actes de l'état civil en prouvant seulement *“par une réunion suffisante de faits”* que la mention existante ne correspond pas *“à celui dans lequel se présente la personne et dans lequel elle est connue”*.

L'intervention chirurgicale n'est donc plus nécessaire, ni la transformation irréversible de l'apparence : *“Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande”*.

Le critère médical est donc totalement supprimé et le mécanisme retenu est celui de la possession d'état²².

Une section 2 bis intitulée *“De la modification de la mention du sexe à l'état civil”* a ainsi été créée, après la section 2 du chapitre II du titre II du livre Ier du code civil consacrée aux changements de prénoms et de nom, dont les dispositions sont les suivantes :

Article 61-5 du code civil :

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.

Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :

1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;

2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel;

3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.

²² Les travaux préparatoires font état d'une *“démédicalisation”* complète de la procédure de changement de sexe ; A noter que le texte est en-deçà de la recommandation du Défenseur des droits du 24 juin 2016 relative à la modification de la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transgenres, qui plaide en faveur d'une totale déjudiciarisation du processus, lequel pourrait relever d'une simple déclaration à l'officier de l'état civil sans aucune condition.

Article 61-6 :

La demande est présentée devant le tribunal de grande instance.

Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande.

Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande.

Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil.

Article 61-7 :

Mention de la décision de modification du sexe et, le cas échéant, des prénoms est portée en marge de l'acte de naissance de l'intéressé, à la requête du procureur de la République, dans les quinze jours suivant la date à laquelle cette décision est passée en force de chose jugée.

Par dérogation à l'article 61-4, les modifications de prénoms corrélatives à une décision de modification de sexe ne sont portées en marge des actes de l'état civil des conjoints et enfants qu'avec le consentement des intéressés ou de leurs représentants légaux. Les articles 100 et 101 sont applicables aux modifications de sexe.

Article 61-8 :

La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification.

Si le droit admet donc, à certaines conditions, le changement de la mention du sexe sur les actes de l'état civil, dans le cas des transsexuels, en revanche, il ne règle pas la question, inédite, du sexe indéterminable.

4.2.2 - L'intersexualité : une question inédite

La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se pencher sur cette question et les arrêts de cours d'appel sont rares.

Pour certains auteurs²³, la rareté des décisions de justice s'explique par les traitements médicaux souvent appliqués aux personnes intersexes dès la naissance afin de faciliter l'insertion de celles-ci dans une catégorie ou l'autre, ce qui n'est pas sans poser de délicates questions d'ordre médical et éthique (mais il s'agit d'un autre débat).

²³ V., par exemple, Ph. Reigné, article précité.

La doctrine cite toujours l'arrêt du 18 janvier 1974 de la cour d'appel de Paris, dans lequel elle a jugé 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 naissance (art. 57 c. civ.)”*²⁴.

Dans un arrêt du 22 juin 2000, *“seule décision publiée depuis un quart de siècle en matière d'intersexuation”*²⁵, la cour d'appel de Versailles a autorisé des parents à substituer des prénoms féminins à ceux de leur enfant, déclaré de sexe masculin à l'état civil et présentant des anomalies génétiques et des éléments physiologiques de caractère féminin. Elle a relevé qu'en l'espèce, les parents étaient confrontés à l'intersexualisme de leur enfant, médicalement constaté en l'état des données de la science, et que leur demande ne résultait pas d'une démarche volontaire mais constituait l'aboutissement juridique d'une situation médicalement constatée, et que, confrontés aux échecs de toute intervention susceptible de conférer une masculinité certaine à leur enfant, ils avaient accepté que la féminisation de celui-ci soit médicalement réalisée, de sorte que, l'enfant étant considéré depuis plusieurs années par tout son entourage comme étant de sexe féminin, il n'était pas envisageable de maintenir dans sa vie le seul élément masculin que constituait son prénom²⁶.

En l'état de ces rares décisions, le jugement du tribunal de grande instance de Tours a donc été remarqué²⁷.

Le jugement s'est appuyé sur le dossier médical de l'intéressé et a constaté que, s'il était de caryotype masculin XY, il avait présenté une *“ambiguïté sexuelle à la naissance”* et présentait toujours un *“hypogonadisme avec impubérisme”*²⁸ et une absence de développement sexuel, ses organes génitaux ayant conservé à l'âge adulte à la fois des aspects féminins (mention d'un *“vagin rudimentaire”*) et masculins (mention d'un *“micro-pénis”*), sans production d'hormone masculine ou féminine et avec une *“intersexualité manifeste au niveau des organes génitaux externes”*.

Le tribunal a également constaté que, si l'aspect de M. D... le faisait plutôt passer pour une fille lorsqu'il était jeune, il avait subi, à partir de l'âge de 35 ans, un traitement

²⁴ CA Paris, 18 janvier 1974, D. 1974. 196, conclusion Granjon ; GP 1974, 1, 158.

²⁵ Ph. Reigné, article précité.

²⁶ CA Versailles, 22 juin 2000, RG n° 7799/99, JCP G n° 39, 2001, II 10595, note Ph. Guez ; RTD Civ. 2001, p. 849, note J. Hauser.

²⁷ D. 2015. 2295, note F. Violla ; R. Libchaber, D. 2016. 20 ; AJ fam. 2015. 613, obs. S. Le Gac-Pech ; Dalloz actualité, 16 oct. 2015, obs. T. Coustet.

²⁸ *“à savoir, une perte des fonctions reproductrices et plus particulièrement des testicules et des ovaires (absence de gonade)”*.

hormonal sous forme d'injections de testostérone, qui lui avait fait revêtir un aspect masculin (barbe, voix plus grave). Il a également relevé que son épouse, avec laquelle il avait adopté un enfant, témoignait qu'il n'était "*ni garçon, ni fille, ou les deux*".

Le tribunal a, dès lors, constaté que le rattachement de M. D... à un sexe ou l'autre était impossible et en a conclu que le sexe qui lui avait été assigné à sa naissance apparaissait comme une "*pure fiction*" : "*ni les médecins, ni l'entourage de D..., pas plus que lui-même, ne peuvent affirmer que le sexe masculin que l'officier d'état civil a mentionné à sa naissance correspond à une réalité quelconque, pas plus d'ailleurs que ne l'aurait été le sexe féminin, ni que l'une ou l'autre ne correspondrait à son identité profonde, qui doit primer sur toute autre définition, notamment chromosomique. Tout démontre en l'espèce [...] l'impossibilité de définir le sexe de D... d'un point de vue génital, hormonal et surtout psychologique [...]*".

Il a ajouté que la jurisprudence, notamment en matière de transsexualisme, avait fait primer l'aspect psychologique de l'identité sexuelle sur tout autre et que le fait d'imposer à M. D..., "*pendant toute son existence*", un sexe qui ne correspondait pas à "*son sentiment profond*" contrevenait aux dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, "*qui prime sur toute autre disposition du droit interne*".

Il a enfin estimé que la demande ne se heurtait "*à aucun obstacle juridique afférent à l'ordre public, dans la mesure où la rareté avérée de la situation dans laquelle il se trouve ne remet pas en cause la notion ancestrale de binarité des sexes, ne s'agissant aucunement dans l'esprit du juge de voir reconnaître l'existence d'un quelconque "troisième sexe", ce qui dépasserait sa compétence, mais de prendre simplement acte de l'impossibilité de rattacher en l'espèce l'intéressé à tel ou tel sexe*".

L'arrêt attaqué a infirmé ce jugement.

Pour la cour d'appel d'Orléans, s'il est possible d'admettre un changement de la mention du sexe à l'état civil, lorsque le sexe assigné ne correspond pas à l'apparence physique et au comportement social, en l'espèce, M. D... présente une apparence physique masculine, il s'est marié en 1993 et a adopté un enfant avec son épouse. Sa demande de substitution du "sexe neutre" ou "intersexe" à la mention "sexe masculin" serait donc en contradiction avec son apparence physique et son comportement social.

En outre, selon la cour d'appel, aucun texte ne permet aujourd'hui de faire figurer une autre mention que "sexe masculin" ou "sexe féminin" sur les actes d'état civil, même en cas d'ambiguïté sexuelle. Admettre la requête reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification de l'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle, ce qui irait au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme qui appartient au juge judiciaire : cela relève, selon elle, de la seule appréciation du législateur.

4.3 - L'analyse de la doctrine

Pour une partie de la doctrine, les intersexuels, que l'on a "classés" à leur naissance dans un sexe ou dans l'autre, souffrent quotidiennement de l'absence de prise en compte de leur situation particulière. Cette souffrance et cette atteinte à leur vie privée justifieraient l'adoption de mesures, celles-ci pouvant résider dans la création d'une troisième catégorie - le "troisième sexe" -, ou dans la suppression de toute référence au sexe dans les actes de l'état civil.

Ainsi, le professeur M.-L. Rassat, tout en niant "*plaider pour la création d'un "troisième sexe"*", propose la création d'une troisième catégorie, estimant que le droit doit "*réserver à côté des cas non ambigus de sexe masculin ou féminin, une troisième catégorie dont le nom est à rechercher pour être aussi neutre que possible mais dans laquelle seront regroupés tous ceux dont le sexe n'est pas homogène*"²⁹.

Partant du postulat que "*la loi n'a pas défini le sexe parce qu'il ne lui appartient pas de le définir*" et qu'il ne peut être prétendu, en droit, qu'il n'y a que deux sexes, elle relève qu'il existe, à "*défaut de l'existence d'un troisième sexe homogène*", "*toute une série de situations intermédiaires entre le sexe masculin et le sexe féminin purs*" et que "*vouloir à tout prix répartir tous les hommes en deux catégories et deux seulement alors que cela est en complète contradiction avec la nature est totalement artificiel et constitue la négation du fait humain par le Droit*".

Commentant l'arrêt attaqué, B. Moron-Puech³⁰ soutient également 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*".

Il critique la motivation de l'arrêt attaqué, dont les faiblesses témoigneraient, selon lui, d'un refus de percevoir l'identité intersexuée du demandeur et d'une volonté de maintenir vivace le "*paradigme ancien*".

²⁹ M.-L. Rassat, "Sexe, médecine et droit" in Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 663.

³⁰ "L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme", Dalloz 2016 p. 904.

Toutefois, pour certains auteurs, comme R. Nerson et J. Rubellin-Devichi³¹, l'instauration d'un troisième sexe aurait un caractère discriminatoire et conduirait à une "humanité de second ordre" : *"nous croyons fermement que le droit civil n'a pas à prendre en considération ces cas singuliers, et qu'une réglementation, quelle qu'elle soit, aurait justement pour conséquence de créer ce troisième sexe, à caractère discriminatoire, cette humanité de second ordre"*.

Sans aller jusqu'à la création d'une "troisième catégorie", une partie importante de la doctrine estime que l'identité sexuelle n'est plus nécessaire à l'identification de la personne.

C'est la position défendue par D. Borrillo³², qui propose de mettre fin à la *"pratique d'inscription du sexe des individus dans l'acte de naissance"*, ce qui, selon lui, réglerait les problèmes rencontrés par les intersexués et transsexuels.

Selon lui, l'individu est inscrit dès la naissance, sans raison valable, dans la "classe" féminine ou masculine, condition qui déterminera le reste de sa vie juridique.

Il dénonce *"la violence des assignations obligatoires"* et les difficultés auxquelles sont confrontées les personnes transsexuelles ou intersexes pour *"mettre en accord le sexe subjectif avec le sexe juridique"*. Il critique *"l'assignation de genre"* et propose la disparition de la catégorie "sexe" des actes de l'état civil. Comme *"la race, la classe ou la profession"*, le genre ne serait plus pertinent comme élément de définition du sujet de droit.

C. Byk³³ soutient également que le sexe devrait *"être mis hors du droit à chaque fois que sa présence n'y serait pas nécessaire"* et qu'afin d'éviter de stigmatiser et discriminer les personnes concernées, il devrait *"pouvoir être envisagé d'effacer la mention du sexe sur tous les documents pour lesquels il n'est pas nécessaire de distinguer les sexes"*.

C'est encore la position de F. Vialla³⁴, selon lequel la division sexuée de l'humanité, *"qui serait un intangible socle de nos sociétés, condamne les personnes intersexuées à une classification « excluante »* (E. Badinter, *Fausse route* : Odile Jacob, p. 196).

³¹ *RTD civ.* 1981, p. 847, n° 20, auteurs cités par B. Moron-Puech dans le mémoire précité.

³² *"Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi : Jurisprudence"*, *Rev. critique* 2011, p. 263.

³³ *"Quelle place pour un 3e sexe en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé"*, in *Mélanges C. Neirinck*, LexisNexis 2015, p. 186.

³⁴ F. Vialla, *"La neutralité rejetée"*, *JCP*, éd. G, 27 avril 2016, p. 492.

Dans cette binarité imposée, les enfants d'Hermès et d'Aphrodite n'ont pas leur place. Au nom de quel désordre tolère-t-on cette injustice ?”.

Il dénonce la *“fiction médicale et sociale”, “l'apparence”,* dans laquelle la solution enfermerait les personnes concernées.

Ph. Reigné estime également que les données biologiques ne permettent pas de conclure à l'existence de *“deux sexes incommensurables et stables”* et que la différence des sexes est un postulat, une construction culturelle³⁵.

R. Libchaber³⁶, plus nuancé, relève qu'avec le temps, *“l'identification sexuelle est devenue inutile, tout en étant fort difficile à établir”.*

Rappelant qu'à l'époque où l'état civil était tenu par le clergé, la désignation du sexe n'était pas requise et que la règle n'est apparue qu'avec la laïcisation de l'état civil, par le décret du 20 septembre 1792, il observe que *“cette mention est désormais à peu près dénuée de portée juridique. Depuis, la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 portant mariage pour tous, les singularités liées au sexe ont toutes été abolies en droit français, au point que la mention ne subsiste plus qu'à la façon d'une sorte de signe particulier de l'individu. Elle n'emporte plus guère de conséquences, puisque les règles de droit qui prennent appui sur la différence des sexes ont disparu - sauf la règle générale prohibant les discriminations sur ce fondement”.*

Et il s'interroge : *“A quoi bon une définition propre du sexe, quand l'enjeu a pour l'essentiel disparu ? Où en serait le mérite ? De toute façon, les intersexes se sentiront enfermés dans une catégorie à laquelle tout une part d'eux-mêmes ne se résignera pas”.*

Toutefois, après avoir exploré les différentes pistes, il émet des doutes sur la nécessité de renoncer à la bipartition classique : *“Faut-il sortir des routines du passé ? On pourrait l'admettre, encore que paraisse bien menaçant le risque de rompre avec des catégories anthropologiques peut-être dépassées, mais certainement fonctionnelles. Quelle excuse aurait-on pour avoir perdu ces repères stables, sinon cette forme de légèreté propre à notre présent : le goût exclusif de la nouveauté ?”*

³⁵ Et ce, après avoir constaté que *“nombreux sont les auteurs à présenter le sexe comme la summa divisio des personnes, clef de répartition du genre humain entre les femmes et les hommes : le sexe est le « partage primordial », l'« altérité primordiale », la marque de la coexistence de « deux états premiers », la différence originelle, que Dieu ou la nature impose aux hommes et que l'on ne peut transgresser sous peine de « faire vaciller les bases sur lesquelles repose une société ». Le sexe borne aussi le pouvoir du droit. « Le Parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme », déclarait au XVIII^e siècle le constitutionnaliste Jean-Louis de Lolme pour souligner la toute puissance du Parlement anglais”.*

³⁶ *“Les incertitudes du sexe”, D. 2016, p. 20.*

D. Mazeaud³⁷ rejoint l'analyse de cet auteur, selon laquelle l'indication du sexe sur les actes de l'état civil ne sert presque plus à rien, *“en tous cas à plus grand-chose, grâce ou à cause de la loi sur le mariage pour tous”*.

Mais plusieurs commentateurs de l'arrêt attaqué ont également, tout en constatant l'impasse dans laquelle se trouvaient les personnes intersexes, considéré qu'il incombait au législateur de statuer.

Ainsi, J. Hauser³⁸ estime sage de considérer, comme l'a fait la cour d'appel, que *“la reconnaissance d'une nouvelle catégorie sexuelle, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, dépasse le pouvoir d'interprétation de la norme par le juge judiciaire”*.

Commentant le jugement du tribunal de grande instance de Tours, il avait déjà affirmé : *“on voit mal comment une telle modification pourrait être faite par voie jurisprudentielle”*, suggérant qu'un délai de réflexion soit laissé avant de remplir la case “sexe” sur l'acte de naissance, sur le modèle du droit allemand depuis le 1^{er} novembre 2013³⁹.

Il ajoutait : *“À travers l'état civil, c'est à une reconstruction de la société que l'on procède. La question étant finalement simple : qu'est-ce qui dans l'individu mérite d'être révélé dans un but d'organisation sociale, étant admis a priori qu'il s'agit de justifier une atteinte au principe fondamental du respect de la vie privée ? La réponse n'est sans doute plus la même qu'il y a quelques années. Le Droit en a vu d'autres, le tout est de bien mesurer [...] les conséquences que l'on devra gérer. Elles sont, pour l'instant, assez imprévisibles”*.

P. Le Maigat⁴⁰, qui estime que *“l'indétermination doit s'imposer”*, appelle de ses vœux une intervention en ce sens du législateur français, *“jusque-là très timide sur ces questions d'intersexualité”*.

³⁷ *“Pas de troisième sexe à la cour !”*, JCP G n° 14, 4 Avril 2016, 389.

³⁸ *“Intersexuation : pas de sexe neutre pour l'instant... !”*, RTD Civ. 2016, p. 318.

³⁹ *“Le mystère du chevalier d'Eon”*, JCP G, n° 44, 26 octobre 2015, 1157.

⁴⁰ *“Rencontres du troisième sexe : le juge et l'hermaphrodite ou les incertitudes du genre”*, La Revue des droits de l'homme, juin 2016.

Enfin, M. Péron⁴¹, tout en regrettant la solution retenue par la cour d'appel, relève qu'en l'espèce, l'intéressé vivait objectivement comme étant de sexe masculin - il était marié et avait adopté un enfant avec sa femme -, éléments qui pouvaient, en partie, justifier son identification dans le sexe masculin, et donc le refus de l'admission d'un sexe neutre.

A cet égard, J. Hauser estime également que le rejet d'un éventuel pourvoi pourrait trouver un fondement solide dans les constatations souveraines des juges du fond selon lesquelles *“la demande ne peut être accueillie en ce qu'elle est en contradiction avec l'apparence physique et le comportement social du requérant”*.

4.4 - La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

La Cour EDH ne s'est pas, à ce jour, prononcée sur le “sexe neutre” ou sur la question de l'inscription à l'état civil d'une mention “intersexe” en cas d'impossibilité de définir le sexe de l'intéressé, même si elle a consacré, à travers sa jurisprudence relative au transsexualisme, l'importance de l'autodétermination sexuelle.

Elle a ainsi admis que *“l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8”* et reconnu *“l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de la personne”* (CEDH, arrêt du 12 septembre 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, §§ 69, 71).

Elle a également considéré que *“sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son*

⁴¹ *“Le refus de la mention “sexe neutre” à l'état civil”, Petites affiches, 2 mai 2016, n° 67, p. 9.*

identité d'être humain" (CEDH, arrêt du 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 90).

Elle a également, tout récemment, consacré "*la liberté pour le requérant de définir son appartenance sexuelle, liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination*" (CEDH, arrêt du 10 mars 2015, n° 14793/08, *YY c. Turquie*, § 102)⁴².

En ce sens, l'impossibilité pour les intersexuels de choisir un sexe correspondant à leur véritable identité sexuelle constitue une ingérence dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée.

Cette ingérence est, en France, implicitement posée par la loi, comme nous l'avons vu ci-dessus⁴³.

La nécessité de l'ingérence, prévue par l'alinéa 2 de l'article 8 précité, implique, on le sait, que celle-ci poursuive un but légitime et qu'elle ne soit disproportionnée ou excessive, au regard du but poursuivi.

En l'espèce, le but légitime pourrait, le cas échéant, résider dans la protection de la morale et des droits d'autrui dès lors que l'état civil a une fonction importante de publicité, qu'il concourt à la sécurité juridique et que la mention du sexe a, aujourd'hui encore, des incidences, notamment en droit de la filiation et de la procréation⁴⁴.

Les éléments composant l'état civil d'une personne servent à son identification dans la société. Le prénom, le nom, le sexe et la nationalité sont des éléments permettant une identification de la situation personnelle. Il en va de même pour les éléments permettant une identification de la situation familiale : les liens de filiation et la situation matrimoniale⁴⁵.

⁴² V. 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*", *Revue des droits de l'homme*, mars 2015 ; C. Bernard-Xémard, "*La conversion sexuelle des transsexuels à l'épreuve de la Cour européenne des droits de l'homme*", *RLDC* septembre 2015, n° 129, p. 46.

⁴³ V. également en ce sens, C. Siffrein-Blanc, "*Homme ou femme, pas de place pour le sexe neutre*", *AJ Famille* 2016, p. 261 et B. Moron-Puech, mémoire précité.

⁴⁴ Avec les réserves émises, comme on vient de le voir, par une partie de la doctrine, pour qui la justification de la mention du sexe sur les actes de l'état civil doit désormais être relativisée, notamment depuis la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013.

⁴⁵ V. Y. Favier, *Actes de l'état civil - Rep. Droit civil Dalloz* - janvier 2016.

Comme l'explique l'auteur du fascicule du *Jurisclasseur Notarial* consacré à l'état civil⁴⁶, *"l'état d'une personne est fixé par la déclaration de sa naissance à l'officier de l'état civil qui en dresse acte et le fait inscrire sur les registres de l'état civil de la commune où il sera conservé et constamment tenu à jour à l'aide de mentions en marge (mesures de publicité destinées à établir une relation entre deux actes de l'état civil ou entre un acte et une décision judiciaire ou administrative). Jusqu'à son décès, les copies et les extraits des actes de son état civil constitueront des moyens de preuve de sa condition juridique (D. n° 62-921, 3 août 1962, art. 13), lui permettant de justifier, à tout moment, de son identité, de son aptitude à exercer des droits et de ses liens de famille (preuve de sa filiation, lors du règlement d'une succession, par exemple) ; ces mêmes pièces justificatives apporteront toute sécurité aux tiers, en leur fournissant des renseignements indispensables sur la situation personnelle et familiale de l'intéressé (nom de famille, capacité et situation matrimoniale, notamment)".*

Ainsi, pour C. Siffrein-Blanc⁴⁷, l'ingérence poursuit un but légitime *"en ce que l'identité sexuelle mentionnée à l'état civil constitue encore un élément nécessaire à l'organisation sociale et juridique. Certes, l'intérêt de distinguer les hommes et les femmes tend à s'amoindrir (avec les principes d'égalité, l'accès au mariage pour tous), mais la distinction reste pour le moment le bastion du droit de la filiation et de la procréation. Pour l'heure, en Europe, le sexe/genre doit obligatoirement figurer sur les documents d'identité et seuls deux choix sont possibles : « F » ou « M ». Autant dire alors que les États bénéficient d'une grande marge d'appréciation et que l'ingérence reste proportionnelle. Aussi, les droits fondamentaux ne devraient pas pour l'heure sonner le glas du schéma bipolaire traditionnel, tant que l'identité demeurera un instrument de police civile. Toutefois, une neutralisation des droits et de la filiation en particulier pourrait relancer le débat et la légitimité de l'immixtion à l'épanouissement personnel".*

On sait par ailleurs que le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour EDH varie en fonction de plusieurs facteurs, dont la nature du droit en cause, le but de l'ingérence et l'existence ou non d'un *"consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe"* : *"l'étendue de cette marge [d'appréciation] est variable et dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention et son importance pour la personne concernée, ainsi que la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci. La marge d'appréciation est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre « intime » qui lui sont reconnus. Ainsi, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation laissée à l'État est plus restreinte. En revanche, elle est plus*

⁴⁶ D. Montoux, *JurisClasseur Notarial*, État civil - Fasc. 10 : État civil - Actes de l'état civil. Généralités, Date de la dernière mise à jour : 14 Août 2014.

⁴⁷ Article précité.

large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe" (CEDH, arrêt du 10 mars 2015, n° 14793/08, YY c. Turquie, § 102).

Comme l'explique F. Sudre⁴⁸, le "consensus", ou "dénominateur commun", est - avec la nature du droit ou des activités en jeu et le but de l'ingérence - *"un des critères du contrôle de proportionnalité que pratique la Cour et, partant, de l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'État dans la balance des intérêts - intérêt général et intérêts de l'individu, ou intérêts privés concurrents - qu'il effectue [...]". L'interprétation consensuelle implique que la présence de principes juridiques communs réduit la marge d'appréciation de l'État et qu'inversement, l'absence d'un « dénominateur commun » aux systèmes juridiques nationaux laisse à l'État partie une « grande » ou une « large » marge d'appréciation quant à la nécessité de la mesure restrictive".*

A cet égard, deux éléments semblent devoir être pris en considération : d'un côté, le caractère "essentiel" ou "intime" des droits en cause, de nature à restreindre la marge d'appréciation des États, de l'autre, le consensus des États parties pour reconnaître la dualité des sexes.

4.5 - Les éléments de droit comparé

Il résulte des éléments qui ont pu être recueillis, notamment, par le Bureau du droit comparé du SDER⁴⁹ que seule l'Australie et, dans une moindre mesure, la Nouvelle-Zélande, l'Inde et le Népal, disposent d'une classification à trois termes.

Depuis l'adoption, le 1^{er} juillet 2013, de "lignes directrices", relatives aux modifications de mention du sexe et/ou du genre sur les registres de l'état civil, l'Australie autorise en effet les options "M", "F" ou "X, i.e indéterminé/intersexe/non-spécifié", cette catégorie permettant le choix du terme pour "s'auto-identifier" ("*self-identify*").

Il est ainsi possible de s'identifier "non-binaire", "androgyn", "inter-genre", ou encore comme "fille-soeur" ("*sistergirl*") ou "fils-frère" ("*brotherboy*"), termes employés par certains peuples Aborigènes ou habitants du Détroit de Torres.

La réponse des administrations aux demandes de rectification de la mention du sexe et ou/du genre dans les documents d'identité doit intervenir dans un délai de 30 jours et la concordance de l'ensemble des documents d'identité est encouragée mais une personne s'identifiant comme de sexe X peut opter pour un passeport mentionnant un sexe déterminé pour prévenir d'éventuelles difficultés à l'étranger.

⁴⁸ F. Sudre, "La mystification du "consensus" européen", JCP n° 50, 7 décembre 2015, p. 2293.

⁴⁹ V. la note du Bureau du droit comparé du SDER du 25 janvier 2017 relative aux "Éléments de droit comparé sur l'intersexualité".

En outre, par un arrêt du 31 mai 2013⁵⁰, avant même l'adoption de ces textes, la Cour d'appel de Nouvelle Galle du Sud avait admis la mention "non-spécifique" sur les registres de l'état civil, considérant que le terme "sexe" n'avait pas à être interprété selon une distinction strictement binaire.

Cette décision a été confirmée par un arrêt du 2 avril 2014 de la Haute Cour d'Australie⁵¹, plus haute juridiction australienne.

Comme l'explique B. Moron-Puech, la Cour écarte l'argument du service de l'état civil qui dénonçait les dangers d'une conception non binaire du sexe en relevant que, "*dans la plupart des cas, le sexe des individus concernés n'est nullement pris en compte dans les relations juridiques*" (§ 42).

Elle tient donc, conclut cet auteur, "*pour non pertinent l'argument selon lequel l'introduction d'un troisième sexe viendrait gravement perturber les règles de droit reposant sur une conception binaire du sexe. D'autant que, comme le relève les magistrats, le service de l'état civil ne donne aucun exemple concret des risques de grave confusion que produirait l'admission de ce sexe « non spécifique ». Au terme de cet argumentaire, la Haute Cour va donc admettre, pour la première fois dans sa jurisprudence, la possibilité d'inscrire la mention « non spécifique » pour le sexe*".

En Nouvelle-Zélande, il est également possible d'inscrire la mention d'un sexe indéterminé sur le permis de conduire, ainsi que, de façon exceptionnelle, sur l'acte de naissance de l'intéressé, lorsque la preuve est rapportée qu'un sexe a été assigné à la naissance de manière inexacte, en présence d'un sexe en réalité indéterminé.

De son côté, la Cour suprême indienne a, par une décision du 15 avril 2014, ordonné au gouvernement de l'Inde et aux États du pays d'identifier les transgenres comme un "troisième genre" neutre et de leur donner droit aux mêmes aides sociales et à des emplois réservés, comme les autres groupes minoritaires⁵².

⁵⁰ Supreme Court of New South Wales (Court of Appeal), *Norrie v NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages* [2013] NSWCA 145 (31 May 2013).

⁵¹ High Court of Australia, *NSW Registrar of births, deaths and marriages v. Norrie*, case n° S273/2013, arrêt commenté par B. Moron-Puech, "*Création d'un sexe « non spécifique » par la Haute Cour d'Australie*", *La revue des droits de l'homme*, avril 2014 ; V. également les articles du Monde des 2 et 3 avril 2014, "*L'Australie reconnaît le genre neutre pour les personnes*".

⁵² "*Transgender persons' right to decide their selfidentified gender is also upheld and the Centre and State Governments are directed to grant legal recognition of their gender identity such as male, female or as third gender*" (Point 2 du dispositif de la décision, Supreme Court of India Civil Original Jurisdiction Writ Petition (Civil) n° NO.400 OF2012 National Legal Services Authority Versus Union of India and others).

En 2007, la Cour suprême népalaise a également admis que les personnes du “troisième genre” pouvaient jouir des droits humains fondamentaux garantis à tous les citoyens, annulant ainsi un règlement qui leur refusait la possibilité de s’enregistrer sous un sexe autre que masculin ou féminin. Conformément à cette décision, le gouvernement népalais délivre désormais des certificats de citoyenneté faisant mention du troisième genre (à noter qu’en 2011, cette possibilité n’avait été utilisée que deux fois)⁵³.

En revanche, en Europe, aucun Etat ne permet à ce jour de mentionner un sexe “neutre” ou “intersexe” sur les actes de naissance.

Comme le précise le document précité du Commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe, *“dans toute l’Europe, le sexe de l’enfant doit être précisé dans l’acte de naissance. Seuls deux sexes sont reconnus : « F » et « M ». Cette obligation repose sur la conviction que le sexe d’une personne « fait partie des marqueurs essentiels de son identité » et que toute personne peut être rangée, sans doute possible, dans l’une ou l’autre de ces catégories”*.

De même, dans la plupart des pays, une fois le sexe enregistré, il est difficile, voire légalement impossible, de le modifier.

Le Commissaire aux droits de l’homme émet la recommandation suivante (Recommandation n° 4) :

“Les États membres devraient faciliter la reconnaissance des personnes intersexes devant la loi en leur délivrant rapidement des actes de naissance, des documents d’état civil, des papiers d’identité, des passeports et autres documents personnels officiels tout en respectant le droit de ces personnes à l’autodétermination. L’assignation et le changement de sexe/genre dans les documents officiels devraient être effectués selon des procédures souples et offrir la possibilité de ne pas choisir un marqueur de genre spécifié, « masculin » ou « féminin ». Les États membres devraient examiner la nécessité d’indiquer le genre dans les documents officiels”.

A cet égard, l’Allemagne fait figure de précurseur puisque, dès 2009, l’instruction générale sur l’état civil a permis de ne pas préciser le sexe/genre d’un nouveau-né intersexuel jusqu’à ce qu’il soit déterminé (il était alors impossible de produire un acte de naissance pendant cette période).

Depuis, la loi sur l’état civil du 7 mai 2013, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2013, permet de ne pas renseigner le champ relatif au sexe en présence d’enfants

⁵³ Source : *“Droits de l’homme et personnes intersexes”*, Document thématique publié en juin 2015 par le Commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe précité.

intersexuels : *“lorsque l’enfant ne peut être assigné ni au sexe féminin ni au sexe masculin, la naissance sera inscrite sans une telle mention dans le registre”*.

Le champ réservé au sexe dans le registre des naissances est donc laissé vide, les intéressés pouvant ensuite faire le choix d’un sexe masculin ou féminin au cours de leur vie ou garder la mention du sexe non renseignée.

En revanche, il n’est pas possible de porter une mention de sexe “inter” ou “divers” sur les actes d’état civil. En effet, dans une décision du 22 juin 2016, le Tribunal fédéral (*Bundesgerichtshof*) a rejeté la demande d’une personne intersexuelle tendant à l’inscription au registre des naissances d’un sexe “inter” ou “divers”.

Dans cette décision⁵⁴, le *Bundesgerichtshof* énonce que:

“1. C’est à bon droit que le Oberlandesgericht a rejeté une modification de la mention du sexe dans le registre des naissances pour y faire figurer les termes « inter » ou « divers », une telle modification n’étant pas possible en application du droit en vigueur.

11 a) Cela résulte en premier lieu de la lettre, dépourvue d’ambiguïté, des paragraphes 21 et 22 de la Loi sur l’état civil.

12 Selon le paragraphe 21 al. 1^{er} n° 3 de la loi sur l’état civil, le sexe de l’enfant fait l’objet d’une certification dans le registre des naissances. Selon le paragraphe 22 al. 3 de cette Loi, dans sa version en vigueur à compter du 1^{er} novembre 2013 [...] la naissance doit être inscrite dans le registre des naissances sans mention du sexe lorsque l’enfant ne peut être assigné ni au sexe féminin ni au sexe masculin. L’inscription « inter » ou « divers » n’est en revanche pas prévue par cette loi. [...]

Selon le paragraphe 1^{er} al. 1^{er} 1^{ère} phrase de la loi sur l’état civil, l’état civil est la situation, au regard des critères du droit de la famille, d’une personne au sein de l’ordre juridique. Les inscriptions dans les registres de l’état civil n’ont pour cette raison qu’une fonction subordonnée; elles comportent des indications qui, selon les règles du droit de la famille, présentent des conséquences au plan du statut juridique. [...] L’ordre juridique, notamment le droit de la famille, part du principe d’un système binaire de sexes.

Au demeurant, les travaux préparatoires de cette loi font aussi apparaître que le législateur entendait, non pas créer un nouveau sexe concernant les intéressés, mais au contraire les protéger en raison de leur « identité sexuelle » [...].

⁵⁴ Le rapporteur remercie vivement Mme Lisa Stankewitz, doctorante, magistrat en formation au TGI de Cologne (Allemagne), stagiaire en Bureau du droit comparé du SDER, qui a procédé à sa traduction.

16 *Le législateur, bien qu'il ait pris en compte l'existence de personnes qui ne peuvent pas être assignées aux sexes connus par l'introduction du nouvel alinéa 3 du paragraphe 22 de la Loi sur l'état civil [...], n'en a pas pour autant créé un nouveau sexe [...]. Pour cela, il manque au surplus les dispositions juridiques de fond s'y rapportant, comme par exemple en matière de filiation et de partenariat enregistré [...].*

17 *bb) Les travaux législatifs parlementaires font, en outre, apparaître que le législateur n'a pas entendu créer un nouveau sexe.*

18 [...] *Une nouvelle législation supposerait au préalable une enquête approfondie auprès des personnes concernées et des experts. Elle impliquerait aussi de déterminer les modifications d'autres lois devant être effectuées dans une recherche de coordination législative. [...]*

Selon la jurisprudence du Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale) sur la transsexualité invoquée à l'appui du pourvoi, la dignité humaine en combinaison avec le droit général de la personnalité, au sens de l'art. 2 al. 1er combiné avec l'art. 1er al. 1er de la loi fondamentale, imposent au législateur de se saisir du droit à l'autodétermination de la personne concernée et de reconnaître juridiquement l'identité sexuelle éprouvée afin de lui permettre de vivre selon son sexe éprouvé sans être dévoilée dans sa sphère intime en raison de l'opposition entre son apparence conforme à son sexe éprouvé et son traitement juridique. Il appartient au législateur d'aménager l'ordre juridique de sorte que ces exigences soient remplies et notamment que la possibilité d'assignation juridique au sexe éprouvé durablement ne soit pas subordonnée à des conditions intolérables

27 *Cependant, cette jurisprudence ne peut pas être transposée telle quelle au cas de l'intersexualité. Si la transsexualité concerne le changement de l'assignation entre les deux sexes reconnus de l'ordre juridique, au demeurant les personnes intersexuées ne peuvent faire l'objet d'une assignation ni au sexe masculin ni au sexe féminin. Contrairement à l'assignation à un sexe existant, la création d'un autre sexe aurait un effet d'une ampleur plus importante pour les intérêts de l'État. En outre, la question de savoir si les intérêts des personnes intersexuées sont suffisamment pris en compte reste discutée entre les intéressés et entre les experts consultés par le Conseil d'éthique allemand".*

Le *Bundesgerichtshof* relève donc que :

- les mentions sur les registres de l'état civil ont des conséquences sur le statut juridique des personnes ;
- l'ordre juridique, notamment en droit de la famille, part du principe d'un système binaire des sexes ;
- l'intention du législateur n'a pas été de créer un "troisième sexe" ;
- de ce fait, il manque dans la loi les dispositions juridiques qui seraient nécessaires, comme par exemple en matière de filiation et de partenariat enregistré ;
- une nouvelle législation impliquerait sur ce point des études et enquêtes poussées;

- la jurisprudence relative au transsexualisme ne peut être transposée au cas de l'intersexualité car, contrairement à l'assignation à un sexe existant, la création d'un autre sexe aurait des conséquences plus importantes pour les intérêts de l'Etat.

Par un arrêt du 30 mars 2007, la Cour suprême des Pays Bas a également rejeté la demande d'inscription au registre d'état civil de la mention "*n'appartenant à aucun sexe*", après examen des dispositions légales prévoyant la rectification des actes de l'état civil et la modification de la mention du sexe en cas de transsexualisme, ainsi qu'au regard de l'article 8 de la Convention EDH.

Enfin, en Belgique, la loi prévoit que, si un enfant naît avec une ambiguïté sexuelle, ses parents disposent d'un délai de trois mois pour faire inscrire son sexe sur l'acte de naissance (lié au temps nécessaire pour obtenir les résultats d'une analyse caryotype), mais l'acte de naissance doit toujours mentionner le sexe de l'enfant⁵⁵.

Il résulte donc de ces éléments qu'à l'exception des Cours suprêmes d'Inde et d'Australie - peut-être du Népal, la notion de "*certificat de citoyenneté*" étant imprécise -, aucune juridiction n'a admis la mention d'un "sexe neutre" ou "indéterminé" à l'état civil.

4.6 - L'analyse du moyen

La **première branche** du moyen, prise d'un grief de manque de base légale au regard des articles 8 de la Convention EDH et 99 du code civil, reproche à la cour d'appel d'avoir retenu, pour rejeter la demande de rectification d'état civil présentée par M. D..., que cette demande était "*en contradiction avec son apparence physique et son comportement social*", sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la mention "de sexe masculin" figurant sur son acte de naissance n'était pas en contradiction avec son sexe psychologique.

Il est fait valoir qu'en excluant toute atteinte au droit de M. D... au respect de sa vie privée, au seul motif qu'il aurait une apparence physique et un comportement social masculin, la cour d'appel aurait perdu de vue la prépondérance du sexe psychologique. À supposer que M. D... ait eu une apparence physique et un comportement social masculin - ce qui ne serait pas le cas, selon lui - cette circonstance ne permettrait pas, en tout état de cause, d'exclure qu'il soit, d'un point de vue psychologique, intersexué.

⁵⁵ C. Byk, "*Quelle place pour un 3^e sexe en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé*", in Mélanges C. Neirinck, LexisNexis 2015, p. 186.

C'est l'analyse de P. Le Maigat⁵⁶, pour qui la solution retenue par la cour d'appel n'est pas satisfaisante car, *“avec comme finalité de ne pas remettre en cause la summa divisio du droit interne, elle n'appréhende pas l'intersexualisme dans toutes ses dimensions cliniques et psychologiques”*.

La **deuxième branche**, prise d'un grief de violation des mêmes textes, reproche à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs inopérants en subordonnant la modification de la mention du sexe portée à l'état civil à la condition que le sexe mentionné ne soit pas en correspondance avec l'apparence physique et le comportement social de l'intéressé.

La **troisième branche**, prise du même grief, reproche à la cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences de ses propres constatations, dès lors qu'elle constatait elle-même que *“qu'en l'absence de production d'hormone sexuelle, aucun caractère sexuel secondaire n'est apparu, ni de type masculin ni de type féminin, le bourgeon génital embryonnaire ne s'étant jamais développé, ni dans un sens ni dans l'autre de sorte que si D... dispose d'un caryotype XY c'est-à-dire masculin, il présente indiscutablement et encore aujourd'hui une ambiguïté sexuelle”*, ce dont il résultait que M. D... ne présentait pas une *“apparence physique masculine”*.

La **quatrième branche**, prise d'un grief de violation de l'article 455 du code civil, reproche à la cour d'appel de ne pas avoir répondu aux conclusions de M. D..., dans lesquelles il faisait valoir que les éléments d'apparence masculine (barbe, voix grave) étaient uniquement la conséquence d'un traitement médical destiné à lutter contre l'ostéoporose et ne pouvaient donc *“être pris en considération pour déterminer son ressenti”* quant à son identité sexuée.

Dans ses conclusions d'appel (p. 9), M. D... soutenait qu'il était aujourd'hui perçu comme un homme mais uniquement à cause du traitement médical à base de testostérone pour soigner l'ostéoporose, ce qui n'était pas conforme à son ressenti intérieur, que cette apparence masculine était purement artificielle et ne pouvait être prise en considération pour déterminer son ressenti.

C'est l'analyse de F. Vialla⁵⁷, pour qui, *“l'apparence physique, rappelons-le, est dans le cas d'espèce notamment due au traitement hormonal pris un temps par la personne afin de traiter un problème d'ostéoporose ! Le choix ayant été opéré pour elle à sa naissance, M. X a tenté de s'y conformer par son comportement social, il s'est marié*

⁵⁶ *“Rencontres du troisième sexe : le juge et l'hermaphrodite ou les incertitudes du genre”*, La Revue des droits de l'homme, juin 2016.

⁵⁷ F. Vialla, *“La neutralité rejetée”*, JCP, éd. G, 27 avril 2016, p. 492.

et le couple a adopté un enfant. L'acceptation contrainte tout au long de sa vie d'une apparence se retourne donc contre le requérant”.

Selon le moyen, la cour d'appel n'aurait pas répondu à ce moyen déterminant, une apparence purement artificielle ne pouvant être prise en compte pour déterminer le sexe.

La **cinquième branche**, prise d'un grief de violation des articles 8 de la Convention EDH et 99 du code civil, reproche à la cour d'appel de s'être déterminée par un motif inopérant en affirmant que M. D... s'était marié et avait, avec son épouse, adopté un enfant, alors que, depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, la différence de sexe n'est pas une condition du mariage et de l'adoption.

M. D... soutient que la circonstance qu'il soit marié et ait adopté, avec son épouse, un enfant, n'était pas de nature à établir qu'il aurait adopté un comportement social masculin.

La **sixième branche**, prise d'un grief de violation de l'article 455 du code de procédure civile, reproche à la cour d'appel de s'être bornée à énoncer, pour retenir que M. D... avait un « comportement social » masculin, qu'il s'était marié et avait, avec son épouse, adopté un enfant, sans analyser, même sommairement, les attestations qu'il produisait certifiant que son comportement social n'était ni celui d'un homme, ni celui d'une femme.

Il est soutenu, dans le mémoire ampliatif, que tant les médecins que son frère, ses amis ou ses patients (M. D... est psychologue) attestaient de façon unanime qu'il avait des traits, notamment de caractère, à la fois masculins et féminins, et qu'il ne pouvait en aucune façon, sans artifice, être rattaché à l'un de ces sexes.

Selon le moyen, ces attestations concordantes et circonstanciées appelaient un examen.

Il est régulièrement rappelé par la Cour de cassation que *“les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions”* (2^e Civ., 10 décembre 1988, n° 96-22.023, Bull. n° 297 ; 3^e Civ., 21 novembre 2000, n° 98-22.768 ; 1^{re} Civ., 27 avril 2004, n° 01-03.448 ; Soc., 28 septembre 2005, n° 04-47.523 ; 3^e Civ., 8 juin 2010, n° 09-13.034 et 09-12.968 ; Soc., 22 juin 2011, n° 08-40.455 ; Soc., 5 mars 2014, n° 12-25.035 et 12-25.059 ; 3^e Civ., 1^{er} juillet 2014, n° 13-16.739 ; 1^{re} Civ., 5 février 2014, n° 12-29.824 ; 4 février 2015, n° 13-27.123).

Toutefois, ils ne sont pas tenus de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'ils décident d'écarter (1^{re} Civ., 11 octobre 1989, n° 88-11.186, Bull. n° 316 ; 3^e Civ., 8 juin 2006, n° 04-19.069, Bull. n° 145 ; 31 janvier 2007, n° 05-21.071, Bull. n° 16 ; 18 février

2009, n° 08-11.114, Bull. n° 42 ; 1^{re} Civ., 12 juillet 2001, n° 99-15.943 ; 1^{re} Civ., 25 juin 2002, n° 00-12.607 ; 1^{re} Civ., 6 juillet 2005, n° 04-12.798 ; 1^{re} Civ., 3 janvier 2006, n° 03-19.737 ; 2^e Civ., 7 juin 2006, n° 04-20.450 ; 3^e Civ., 17 septembre 2013, n° 12-20.842 ; 1^{re} Civ., 12 février 2014, n° 12-35.036 ; Com., 11 mars 2014, n° 12-35.107 ; Soc., 18 juin 2014, n° 12-35.064), ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation (1^{re} Civ., 14 mars 2006, n° 04-20.352, Bull. n° 155 ; 3^e Civ., 4 janvier 2006, n° 04-13.489, Bull. n° 1 ; 1^{re} Civ., 25 novembre 2009, n° 08-20.406 ; Soc., 2 décembre 2009, n° 07-43.202 ; 1^{re} Civ., 5 mars 2014, n° 13-13.442).

La **septième branche**, prise d'un grief de violation de l'article 57 du code civil, ensemble le point 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes d'état civil, reproche à la cour d'appel d'avoir affirmé *“qu'en l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, 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”*, alors que l'article 57 du code civil impose seulement que l'acte de naissance énonce “le sexe de l'enfant”, sans prévoir de liste limitative des sexes pouvant être mentionnés pour son application.

Selon le mémoire ampliatif, les textes, par eux-mêmes, n'excluent nullement la mention d'un sexe “neutre”.

Enfin, la **huitième branche**, prise d'un grief de violation des articles 5 et 99 du code civil et 8 de la Convention EDH, reproche à la cour d'appel d'avoir, pour refuser de faire droit à la requête de M. D..., affirmé que celle-ci posait des questions délicates relevant de la seule appréciation du législateur, alors que saisie, au cas d'espèce, de la situation d'une personne intersexuée biologiquement et psychologiquement, il lui appartenait d'assurer le respect du droit de cette personne au respect de sa vie privée, et notamment de son identité sexuée, ce qui impliquait la mise en concordance de son état civil avec sa situation personnelle.

Selon le mémoire, l'affirmation de la cour d'appel traduit une méconnaissance de son office, celle-ci s'étant abstenue de statuer alors qu'elle était tenue de trancher cette question sans pouvoir se défaire sur le législateur.

Le mémoire affirme qu'il appartient au juge de garantir le respect effectif des droits et libertés fondamentaux reconnus à chacun, en particulier par les conventions internationales auxquelles la France est partie, lesquelles ont, dans les conditions posées par l'article 55 de la Constitution, une valeur supérieure à celle des lois.

Il ajoute que le respect pour les justiciables des droits qu'ils tiennent des conventions internationales, et notamment de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne saurait être différé au prétexte de la complexité des questions et de la lourdeur des enjeux sociétaux que soulève le différend.

* *

*

Dès lors qu'il est médicalement établi que certaines personnes n'appartiennent ni à un sexe ni à l'autre, il est possible de s'interroger sur la pertinence du maintien d'une dualité des mentions sexuées de l'état civil.

On sait en outre que ces mentions ne sont pas sans incidence sur la vie des intéressés, l'acte de naissance servant à établir de nombreux documents d'identité utilisés quotidiennement (carte d'identité, passeport, permis de conduire etc...). Les personnes intersexuelles dénoncent une discrimination et des difficultés insurmontables dans leur vie quotidienne.

Afin de remédier à ces difficultés, l'Allemagne a choisi d'autoriser les personnes concernées à ne pas renseigner le champ relatif au sexe dans les actes de l'état civil.

Faut-il pour autant, pour paraphraser J. Hauser⁵⁸, créer une "*case supplémentaire*" à l'état civil ?

Surtout, appartient-il au juge de créer une nouvelle catégorie juridique, qui remettrait en cause la binarité des sexes ?

Comme le reconnaît la doctrine, la reconnaissance d'une éventuelle nouvelle catégorie sexuelle soulève de nombreuses interrogations d'ordre biologique, moral, éthique, voire religieux et remettrait profondément en cause les fondements de notre droit⁵⁹.

Peut-on envisager de renverser de façon prétorienne ce "*butoir ultime de la pensée*"⁶⁰ que constitue la catégorisation binaire des sexes ?

⁵⁸ J. Hauser, "*Le mystère du chevalier d'Eon*", JCP G, n° 44, 26 octobre 2015, 1157.

⁵⁹ P. Le Maigat, "*Rencontres du troisième sexe : le juge et l'hermaphrodite ou les incertitudes du genre*", La Revue des droits de l'homme, juin 2016 précité.

⁶⁰ F. Héritier, "*Masculin-Féminin I. La pensée de la différence*", Éd. Odile Jacob, 2002, p. 19, cité par B. Moron-Puech, article précité.

5 - Orientation proposée : FS

Nombre de projet(s) préparé(s) : 2