HAL open science

Le droit des personnes intersexuées – Chantiers à venir – 1re partie

Benjamin Moron-Puech

▶ To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. Le droit des personnes intersexuées – Chantiers à venir – 1re partie. Socio - La nouvelle revue des sciences sociales, 2017, 8. hal-01325272

HAL Id: hal-01325272
https://hal.science/hal-01325272v1

Submitted on 3 Jun 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Le droit des personnes intersexuées
Chantiers à venir – 1re partie[1]

Respecting rights of intersex persons
Next steps – 1st part

Benjamin Moron-Puech[2]
Chercheur CNRS à l'IDEMEC de l'Université Aix-Marseille et associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas

Résumé

Quelles règles doivent être mises en place pour que soit respecté en France le droit des personnes intersexuées, en particulier le droit à la vie protégé notamment par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'hommes et des libertés fondamentales ? C'est à cette question que le présent article essaye de répondre, en montrant que le respect de ce droit impliquerait tout d'abord la reconnaissance du caractère non binaire de l'identité sexuée. Compte tenu des contraintes politiques et juridiques actuelles, il est probable que cette reconnaissance soit le fait d'une coutume jurisprudentielle, par laquelle les juges français entendraient se conformer à l'article 8 précité, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Ensuite, le respect du droit à la vie privée des personnes intersexuées impliquerait de limiter les cas dans lesquels ces personnes se trouvent contraintes de révéler leur identité sexuée. Ceci impliquerait notamment de rendre la mention du sexe facultative sur les titres d'identité, mais non nécessairement à l'état civil.

Abstract

Which rules should be established in France in order that the rights of intersex personns be respected, especially right to privacy expressed in article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ? This is the question this article is trying to answer to, by showing, that the respect of this right for intersex persons implies first to adopt a non binary conception of sex. Considering current political and legal constraints it is likely that this adoption will be the work of a jurispruential custom, by which French judges will conform to the article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as it is interpreted by the European court of human

[1] Ce travail est réalisé en partie dans le cadre du groupe de recherche *État civil de demain et transidentité*, notamment financé par la Mission Justice et Droit.
[2] L'auteur tient à remercier Marie-Xavière Catto, Clément Cousin, Guillaume Drouot, Vincent Guillot, Mathieu le Mentec et Mila Petkova pour les avis qu'ils ont pu lui donner sur les questions ici traitées ou leur relecture. Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur.

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

rights. Second, the right to privacy of intersex persons implies to limit the situations in which those persons have to reveal their gender identity.

Mots-clefs *: personne intersexuée – vie privée – document d'identité – état civil – mentions du sexe*

Keywords *: intersex person – privacy – identity document – civil status – gender markers*

1. Le 20 août 2015, le tribunal de grande instance (TGI) de Tours a ordonné la rectification de l'état civil d'une personne intersexuée[3], afin que soit substituée à la mention « sexe masculin », figurant à son état civil, la mention « sexe neutre »[4]. Si la décision a été partiellement infirmée par la cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016[5], cette dernière juridiction n'en a pas moins admis l'existence d'un troisième sexe — certes innommé. Par là, ces décisions ont reconnu le droit d'une personne intersexuée à exister dans l'ordre juridique français, sans avoir à se rattacher aux sexes masculin et féminin.

2. Ces décisions n'ont cependant, nous le verrons, qu'une portée individuelle et ne remettent pas en cause l'état actuel du droit français où aucune norme générale ne reconnaît les personnes intersexuées pour ce qu'elles sont : ni homme, ni femme. Certes, le n° 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation accepte, à certaines conditions[6], qu'un enfant intersexué ne soit pas rattaché aux sexes masculin et féminin. Cependant, cette possibilité n'est que provisoire. À terme, ce texte incite[7] les parents à inscrire leur enfant comme étant de sexe masculin ou féminin[8]. Mieux, ce texte incite les parents à procéder à des « traitements appropriés », autrement dit à des actes chirurgicaux permettant d'assigner le jeune enfant dans le sexe masculin ou féminin (CATTO, p. 35-39). Ce faisant, ce texte, édicté par le ministère de la justice, révèle qu'aux yeux de l'ordre juridique les personnes intersexuées ne sont que des « erreurs de la nature », ne remettant pas en cause la binarité des sexes. Cette idée, déjà exprimée par des juristes du siècle dernier (BEUDANT, 1936 : n° 521), transparaît aussi dans le texte à nature réglementaire qu'est la classification commune des actes médicaux et qui liste les actes médicaux donnant lieu à une prise en charge par les organismes d'assurances maladie. Or, font partie des actes pris en charges, ceux visant à la « correction des ambiguïtés sexuelles » (§ 8.7.2.). Où l'on aperçoit que, d'une manière générale, aux yeux de l'ordre

[3] Une personne intersexuée est une personne dont l'identité sexuée, à la fois biologique, psychique et sociale, ne correspond pas aux standards masculins et féminins. Naguère, ces personnes étaient désignées par le terme maladroit d'hermaphrodite.

[4] Sur cette décision, cf. not. VIALLA, 2015 ; LIBCHABER, 2016.

[5] Sur cette décision, cf. not. VIALLA, 2016 ; MORON-PUECH, 2016.

[6] « 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 ».

[7] Nous écrivons « incités » et non « obligés », car l'interdiction pour les personnes intersexuées d'être reconnues comme telles dans l'ordre juridique français n'est contenue dans aucune norme juridique. Certes, de nombreuses sources témoignent d'une conception binaire du sexe, mais aucune n'envisage la situation des personnes intersexuées pour refuser à ces personnes le droit d'être reconnues comme étant d'un sexe autre que les sexes masculin et féminin. Dès lors, il est discutable de s'appuyer sur ces textes pour en déduire, au moyen d'une interprétation *a contrario* dont les juristes connaissent les limites logiques, que les personnes intersexuées n'auraient pas le droit d'être inscrites à l'état civil comme étant d'un sexe autre que les sexes masculin et féminin. Il paraît plus rigoureux de considérer que l'état du droit est sur cette question pour l'instant incertain.

[8] *Adde* la réponse ministérielle du 2 septembre 2014, répondant à la question n° 48696 du député du Gwendal Rouillard (JO Assemblée nationale, 2 août 2014, p. 7440).

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

juridique français, l'intersexuation est aujourd'hui appréhendée comme une erreur de la nature à corriger.

3. Les deux décisions de justice précitées, même si elles ne valent que dans un cas donné, suggèrent néanmoins que ce regard sur les personnes intersexuées cille. Un changement se dessine. Au lieu d'être perçues comme des erreurs de la nature, que l'on pourrait corriger dans leur chair et dans leur esprit, ces personnes pourraient être demain perçues comme des êtres humains normaux, dont la condition physique manifesterait une variation de l'espèce humaine qui, par sa rareté, appellerait une attention particulière. Il est remarquable à cet égard que pour désigner l'intersexuation, les magistrats orléanais utilisent le terme de « variation du développement sexuel ». Quoi qu'il en soit, cette évolution du regard porté par le droit français sur les personnes intersexuées est cependant loin d'être achevée. Pourtant, aux yeux du juriste, cette évolution est très probable puisque seule pourrait l'arrêter un changement des normes juridiques au fondement de notre société. En effet, cela sera démontré, les droits fondamentaux à la vie privée et à l'intégrité physique impliquent nécessairement un tel changement du regard sur les personnes intersexuées.

4. Dans le présent article, nous voudrions présenter les différentes réformes par lesquelles ce changement de regard devrait progressivement s'opérer. Faute de place, nous nous concentrerons ici sur les seules réformes impliquées par le droit à la vie privée, en réservant pour une autre contribution les réformes découlant du droit à l'intégrité physique. S'agissant donc du seul droit à la vie privée, la concrétisation de ce droit pour les personnes intersexuées implique la création d'une norme générale rejetant la binarité de l'identité sexuée (1). En outre, le droit à la vie privée implique une réforme tendant à limiter les situations dans lesquelles les personnes intersexuées sont obligées de révéler leur identité sexuée (2).

1. Le rejet d'une construction binaire du sexe en droit

5. Empêcher les personnes intersexuées qui le souhaiteraient d'être rattachées à une catégorie sexuée autre que le masculin ou le féminin constitue une atteinte à leur vie privée, en ce sens que cela les empêche d'établir les détails de leur identité. Conscients de cette difficulté, le TGI de Tours et la cour d'appel d'Orléans ont théoriquement reconnu, sur le fondement du droit à la vie privée, la possibilité pour une personne intersexuée de n'être pas rattachée aux sexes masculin et féminin. Pour autant, cette reconnaissance théorique n'a aucune portée générale. En effet, par application de l'article 5 du code civil, la décision d'un juge judiciaire ne peut par principe produire qu'une norme individuelle, qui n'a donc pour destinataire que les seules parties à l'instance judiciaire. Voilà pourquoi, aujourd'hui, il n'est pas possible de dire qu'une construction non binaire du sexe serait véritablement reconnue par ces décisions. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait qu'existe une règle générale, à même de protéger cet aspect du droit à la vie privée des personnes intersexuées.

Deux questions vont ici nous retenir : qui pourrait, en droit interne[9], créer cette règle (1.1) et quelles seraient les conséquences du rejet de la binarité sur les autres normes de notre ordre juridique (1.2) ?

[9] Plusieurs organisations internationales ont déjà rejeté le système de la binarité. Voyez, pour l'ONU, le rapport de 2015 du Conseil des droits de l'homme, intitulé *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, § 79, (i) ; pour le Conseil de l'Europe, les résolutions n°s 1728 (2010), § 16.11.2 et 2048 (2015), § 6.2.4. ; pour l'Union Européenne, le « focus » produit en 2015 par l'Agence des droits fondamentaux et intitulé *The fundamental rights situation of intersex people*, p. 8 ; pour la Commission internationale de l'état civil, les conventions n° 25, annexe 2, § 3.4.3 et n° 34 annexe 3, § 12, c) non

1.1. Identification de l'auteur de la reconnaissance d'une construction non binaire

~~6.~~ Plan – En France, la reconnaissance du caractère non binaire de l'identité sexuée pourrait être techniquement opérée par les trois pouvoirs de notre société : législatif, exécutif ou judiciaire. Cependant, pour des raisons politiques, il est probable que celle-ci sera le résultat non pas des pouvoirs législatifs et exécutifs, mais du pouvoir judiciaire, comme cela s'est d'ailleurs produit dans la majorité des pays étrangers ayant adopté un modèle non binaire[10].

7. Une reconnaissance peu probable par les pouvoirs législatif et exécutif – Le droit pour le législateur de rejeter le caractère binaire de l'identité sexuée ne fait guère de doute dans la mesure où aucun texte à valeur supra-législative n'interdit formellement cette reconnaissance. Certes, la Constitution indique dans son article 3 que sont électeurs les personnes des deux sexes, mais ce serait surinterpréter ce texte que d'y voir la volonté du constituant d'interdire la reconnaissance d'une construction non binaire de l'identité sexuée.

8. La reconnaissance d'un tel droit au pouvoir exécutif est en revanche moins évidente. En effet, à première vue, la question des mentions du sexe à l'état civil relève de l'état des personnes, de sorte que seul le législateur est compétent pour l'encadrer (article 34 de la Constitution). Ce serait néanmoins occulter que le Conseil d'État a reconnu au Gouvernement le pouvoir d'empiéter sur la compétence du Législateur s'il s'agissait de permettre l'application des normes supra-législatives que le législateur avait pour sa part failli à mettre en œuvre[11]. Or, dans la mesure où, comme nous le verrons[12], le rejet de la binarité découle d'une norme supra-législative (l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), le Gouvernement nous semble tout à fait en droit, compte tenu du silence actuel du législateur sur ce point, d'affirmer le caractère non binaire de l'identité sexuée.

9. Bien que le Législateur et le Gouvernement aient le pouvoir de rejeter la binarité de l'identité sexuée, il est très peu probable que ceux-ci édictent une telle norme avant plusieurs années. L'adoption, le 17 mai 2013, de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a suscité d'importantes résistances au sein d'une partie de la population française et le

---

ratifiées par la France (comp. antérieurement les conventions n°s 1 [art. 3], 15 [art. 7] et 16 [art. 5]). Bien qu'aucun de ces textes n'ait d'effet direct en droit interne, il doit être relevé que, depuis 2008 (CEDH, gr. ch., 12 nov. 2008, *Demir et Baykara*, § 76), la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur une question de droit, se sert de l'ensemble de normes internationales, notamment pour rechercher s'il existe un consensus entre les États (COHEN-JONATHAN et FLAUSS, 2009). Elle l'a notamment fait en 2015, dans un contentieux relatif aux conditions du changement d'état civil d'une personne transsexuée (CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, n° 14793/08, § 29-34 et § 110). Or, compte tenu de la grande influence de la CEDH sur notre ordre juridique interne, ces normes internationales ne sauraient être totalement ignorées.

[10] La reconnaissance est judiciaire au Népal (Cour Suprême du Népal, 21 déc. 2007, *Sunil Babu Pant and Others v Nepal Government and Others*), au Pakistan (Cour Suprême du Pakistan, 23 déc. 2009), en Australie pour l'état civil (Haute Cour d'Australie, 2 avril 2014, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* et le commentaire : MORON-PUECH, 2014), en Inde (Cour Suprême Indienne, 15 avr. 2014, *National Legal Services Authority v Union of India and others*), au Kenya (Haute Cour du Kenya, 5 déc. 2014, *Baby 'A' (Suing through the Mother E A) & another v Attorney General & others*, n° 266). Elle est en revanche législative en Allemagne (Parlement allemand, *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz - PStRÄndG)*, 7 mai 2013, art. 1, al. 6) ou à Malte (Parlement maltais, *Gender identity, gender expression and sex characteristics act*, 14 avr. 2015) et gouvernementale en Australie, pour les passeports, ou au Bangladesh (Décision du Premier ministre Bengali, 11 novembre 2011).

[11] CE, Ass., 7 juill. 1950, *Dehaene* : Rec. CE 1950, p. 426 et, plus récemment, CE, 30 nov. 1998, *Rosenblatt*.

[12] *Infra* n° 12.

Gouvernement et le Législateur ne semblent nullement prêts à réactiver ces résistances, à quelques mois des élections présidentielles (rappr. BYK, 2015 : p. 185).

10. Une reconnaissance probable par le pouvoir juridictionnel – La création par les juges d'une norme générale reconnaissant le caractère non binaire du sexe peut *a priori* paraître impossible au regard de l'article 5 précité qui interdit « aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Cependant, ce qu'aucun juge ne peut faire seul, la communauté des juges peut le faire, au travers d'une pratique coutumière (DROUOT, 2014, n° 267-270). En effet, la coutume, qui traduit l'existence d'une norme générale, peut résulter d'une accumulation de pratiques individuelles lorsque les auteurs de ces pratiques ont la conviction qu'ils n'avaient pas la possibilité d'agir autrement qu'ils ne l'ont fait. Or, justement, ces deux éléments — la *répétition suffisante* de la pratique (DEUMIER, 2002, n° 142) et la croyance par les membres de la communauté dans le *caractère obligatoire* de cette pratique — pourraient à l'avenir être caractérisés s'agissant du rejet de la binarité des sexes.

S'agissant du premier élément de caractérisation de la coutume — la répétition suffisante —, celui-ci ne semble pas pour l'instant rempli. Certes, l'idée d'un rejet de la binarité sexué, posé par le TGI de Tours, a été reprise par la cour d'appel d'Orléans. Cependant, d'une part, cette répétition n'a pas semble-t-il l'ancienneté nécessaire pour pouvoir être considérée comme une répétition *suffisante* : avant 2015 il n'existait aucun équivalent d'une telle décision juridictionnelle en France[13]. D'autre part, les deux juridictions n'ont pas adopté exactement la même pratique : la première a retenu la possibilité d'inscrire la mention sexe neutre dans l'acte de naissance ; la seconde, de manière critiquable (MORON-PUECH, 2016), a seulement admis la possibilité de n'inscrire aucune mention. Cette première condition n'est donc pas pour l'instant remplie. Elle pourrait néanmoins l'être rapidement, surtout si la Cour de cassation, saisie dans la même affaire, rejetait elle aussi dans un attendu de principe l'idée de la binarité de l'identité sexuée.

11. Quant à la seconde condition caractérisant la coutume — la croyance dans le caractère obligatoire — il faudrait, pour qu'elle soit vérifiée, que les juges considèrent que lorsqu'une personne intersexuée leur demande à être rattachée à un sexe autre autre que féminin ou masculin, ils sont obligés de répondre positivement à cette demande. Cela pourrait-il être le cas ? Une réponse positive paraît s'imposer à la lecture des raisons avancées par les deux juridictions ayant rejeté la binarité sexuée. Pour le magistrat tourangeau, la possibilité d'inscrire un sexe neutre à l'état civil d'une personne intersexuée résulte des « dispositions de l'article 8 alinéa 1er de la Convention Européenne des Droits de l'Homme [*sic*], qui prime sur toute autre disposition du droit interne, et qui prévoit que "toute personne a droit au respect de sa vie privée" ». Quant aux sept magistrats orléanais, ils ont considéré que les personnes intersexuées (« personnes présentant une variation du développement sexuel ») avaient, en vertu du même article 8, le droit « d'obtenir […] que leur état civil ne mentionne aucune catégorie sexuelle ».

L'ensemble de ces propos révèlent que les auteurs de ces décisions judiciaires, tenus de respecter le droit à la vie privée tel que compris par la Cour européenne des droits de l'homme, ont cru qu'ils étaient obligés de rejeter la binarité de l'identité sexuée. Or, un tel raisonnement nous paraît suffisamment convaincant pour qu'il soit permis de penser que

[13] Rappr. les propos tenus dans cette affaire par le ministère public au journal *20 minutes*, le 14 octobre 2015 : « Je me suis aventuré à essayer de voir quelles pouvaient être les décisions antérieures qui auraient été prononcées sur la question, j'en ai très peu trouvé, pour ne pas dire pas du tout ».

d'autres magistrats, dans des affaires similaires, se sentiront également obligés de l'adopter. Expliquons brièvement pourquoi[14].

12. Si ce raisonnement juridique est obligatoire — et donc susceptible de satisfaire la deuxième condition d'existence d'une coutume —, c'est parce qu'il repose sur le droit européen que le juge français est tenu de respecter. Plus précisément, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le droit à la vie privée, tiré de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDHLF), implique le droit pour chacun « d'établir les détails de son identité »[15], ce que la Cour de cassation a implicitement admis en reconnaissant la possibilité pour une personne *transsexuée*[16] de changer de sexe à l'état civil[17]. Or, une classification binaire des individus selon leur sexe porte atteinte au droit à la vie privée des personnes intersexuées, puisqu'elle leur empêche d'établir les détails de leur identité. Surtout, cette atteinte paraît illicite, car les trois conditions auxquelles l'article 8 § 2 de la CSDHLF subordonne la licéité d'une telle atteinte à la vie privée — **1°** une atteinte prévue par la loi, **2°** poursuivant un but légitime et **3°** nécessaire dans une société démocratique — ne sont pas remplies en l'espèce.

13. La méconnaissance de ces conditions est particulièrement nette pour l'exigence de proportionnalité de l'atteinte[18]. En effet, en raisonnant par analogie avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux personnes transsexuées[19], il apparaît que constituerait assurément une atteinte disproportionnée à la vie privée, le fait d'exiger d'une personne intersexuée qu'elle se rattache à des identités sexuées masculine ou féminine qui ne lui correspondent pas et ce alors que la reconnaissance de cette identité ni masculine ni féminine ne nuit nullement aux droits des autres personnes. La décision précitée du TGI de Tours relève discrètement cette disproportion en indiquant que le sexe masculin jusqu'à présent inscrit sur l'état civil du demandeur est une « pure fiction » imposée à cette personne sans son consentement et contredisant son « sentiment profond »[20] (p. 3).

Par conséquent, serait inconventionnelle toute interprétation d'un texte français — notamment l'article 57 du code civil — considérant que ce texte implique une construction binaire du sexe. Voilà pourquoi, si d'autres magistrats se voient poser la question de savoir si le sexe est

---

[14] Une démonstration plus complète peut être trouvée dans MORON-PUECH, 2010 : n°s 117-120.

[15] CEDH, 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, § 90.

[16] L'adjectif « transsexué » est utilisé en lieu et place du terme « transsexuel », afin de souligner qu'il n'est pas question ici de sexualité (comme par exemple dans l'expression « orientation sexuelle »), mais d'identité sexuée.

[17] Cass., AP, 11 déc. 1992, n° 91-11.900.

[18] Des difficultés se posent également pour les deux autres conditions : une atteinte prévue par la loi et une atteinte poursuivant un but légitime. S'agissant de la présence d'une atteinte posée par la loi, le rejet d'une classification non binaire n'est posée formellement par aucun texte. Quant à la jurisprudence — laquelle peut, à certaines conditions, être qualifiée de loi au sens de l'article 8 al. 2 de la CSDHLF — celle-ci est assez « maigre », ancienne et émanant qui plus est de juges du fond, ce qui ne permet pas d'y voir une loi, au sens de l'article 8 de la CSDHLF (cf. les arrêts cités *in* MORON-PUECH, 2010 : p. 13, note 2). Quant à la condition d'un but légitime, il paraît également difficile d'imaginer quel but, parmi ceux énumérés à l'article 8 § 2 de la CSDHLF, pourrait être invoqué pour rejeter la binarité des sexes ; étant précisé que l'on ne saurait seulement se prévaloir de souci de « protection de l'intérêt général » (CEDH, 10 mars 2015, précité, § 76).

[19] CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France, n° 13343/87*, et CEDH, 11 juill. 2002 précité. Cf. en dernier lieu : CEDH, 10 mars 2015 précité où les juges semblent restreindre encore d'avantage qu'en 2002 la marge d'appréciation nationale des États (MORON-PUECH, 2015 : n° 84).

[20] Cette dernière expression est malvenue car la fiction ne se résume pas au « sentiment », autrement dit à une donnée psychique ; elle est avant tout physique. L'expression est manifestement empruntée au contentieux transsexuée où elle est régulièrement employée.

binaire, ils seront obligés, selon nous[21], de répondre par la négative. L'admission d'un sexe autre que le masculin et le féminin pour une personne intersexuée est donc pour les juges une obligation. Ainsi, demain, lorsque se seront multipliées les décisions reconnaissant des sexes autres que masculin et féminin, il sera possible de dire qu'il existe en droit français une norme générale rejetant la binarité de l'identité sexuée. Reste alors à savoir quelles conséquences tirer du rejet de cette binarité ; binarité dont le vice-Procureur de Tours, dans l'affaire précité, a pu indiquer, de manière quelque peu excessive, qu'elle heurtait « le corpus législatif et réglementaire tel qu'on en dispose actuellement et tel qu'on l'applique »[22].

1.2. Les conséquences de la reconnaissance d'une construction non binaire

14. Plan – Les conséquences du rejet de la binarité du sexe dépendent de la place occupée par l'identité sexuée dans la norme qui y recourt : une condition d'application de la norme — une présupposition aurait dit H. Motulsky (1948 : n° 16) — ou un effet de la norme.

15. L'identité sexée, condition d'application d'une norme – S'agissant d'abord des normes où l'identité sexuée est une condition d'application de la norme — normes dont le nombre ne cesse de décliner[23] mais qui, du fait de la discrimination positive, ne devraient cependant pas disparaître de si tôt[24] — deux solutions sont possibles. Tantôt il convient, par le biais de l'analogie, de conférer à la personne intersexuée les droits spécialement attribués au sexe masculin[25] ou féminin[26]. Tantôt, lorsque l'analogie ne fonctionne pas, il y a lieu de créer une ou plusieurs autres nouvelles catégories[27], voire de modifier les contours des catégories existantes[28]. En l'absence de volonté du législateur de se saisir globalement du problème de l'intersexuation, il appartiendra à chacun — et, en cas de désaccord, au juge — d'appliquer aux personnes intersexuées les règles de droit sexuées au moyen de la méthode qui vient d'être énoncée.

16. L'identité sexuée, effet d'une norme – L'identité sexuée peut également constituer un effet d'une norme. Ceci survient toutes les fois où une norme impose à une personne de communiquer à autrui son identité sexuée, laquelle sera alors bien souvent consignée dans un *registre* d'identité (une base de données personnelles dirait-on aujourd'hui). Le meilleur

---

[21] Indiquons, par transparence, que cette opinion est peut-être biaisée, puisque nous avons directement contribué à la rédaction de la requête du demandeur comprenant cet argumentaire.

[22] *20 minutes*, 14 oct. 2015. Un semblable argument avait été invoqué devant la Haute Cour d'Australie pour s'opposer à la demande d'un requérant demandant à ce que soit inscrite à son état civil la mention « sexe non spécifique ». Elle a été rejetée avec vigueur par cette Cour qui a considéré que cet argument n'était pas pertinent dès lors que, « la plupart du temps, le sexe des individus n'a aucune importance dans les relations juridiques » (Haute Cour d'Australie, arrêt précité, § 42).

[23] Cf., en dernier lieu, l'adoption par le Parlement français, le 17 mai 2013, de la *loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe*.

[24] Sur ces règles, cf. MORON-PUECH, 2010 : n°s 98 s.

[25] Tel serait le cas pour la présomption de paternité (art. 312 c. civ.), dans l'hypothèse où la personne intersexuée serait le conjoint de la mère. Il semble ici qu'il faille traiter la personne intersexuée comme une personne de sexe masculin et appliquer aux personnes intersexuées, par analogie, l'article 6-1 c. civ.

[26] Tel serait le cas pour les règles instaurant une discrimination positive en faveur des femmes. En effet, compte tenu de la finalité de ces règles, celles-ci devraient être également applicables aux personnes intersexuées qui sont autant si ce n'est plus discriminées que les personnes de sexe féminin.

[27] Tel serait le cas pour la séparation des individus selon leur sexe en prison (art. D. 248 c. proc. pén.).

[28] C'est par exemple ce qu'a fait l'Association internationale des fédérations d'athlétisme en 2011, en changeant les règles des tests de féminité et en recourant désormais à un test mesurant le taux de testostérone (cf., déjà, MORON-PUECH, 2010 : n° 106). Ce recours à la testostérone comme critère de distinction a néanmoins été récemment suspendu par le Tribunal arbitral du sport : TAS, 17 juill. 2015, *Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & The International Association of Athletics Federations (IAAF)*, n° 2014/A/3759.

exemple de cette obligation réside sans doute dans l'article 57 du code civil qui oblige les parents à déclarer le sexe de leur enfant, lequel sera alors inscrit sur un registre d'identité, le registre des actes de naissances. Peuvent également être cités les normes particulières, émanant tant de personnes publiques que privées, et faisant obligation aux individus de déclarer leur identité sexuée pour bénéficier d'un service. Rentre notamment dans cette catégorie les normes relatives à l'obtention de *titre* d'identité, puisque la délivrance d'un tel titre implique de communiquer son identité sexuée, laquelle y sera alors en outre inscrite.

Pour l'ensemble de ces normes relatives aux registres ou aux titres d'identité, l'adoption d'un système non binaire de l'identité sexuée implique d'admettre d'autres possibilités que les seuls sexes masculin et féminin. *A minima*, et conformément aux revendications des personnes intersexuées[29], une autre mention devrait être admise. Celle-ci devrait être désignée par le terme « autre » ou « neutre », ce dernier signifiant étymologiquement ni l'un ni l'autre (*ne uter*). Le choix de cette terminologie s'avère préférable aux mentions « non spécifique » ou « indéterminée » qui nous semblent quelque peu péjoratives. Cette troisième identité sexuée ne devrait cependant être ouverte qu'aux personnes aptes à la demander, compte tenu des lourdes conséquences qu'implique le choix d'une telle mention. Concrètement, ceci signifierait qu'à la naissance ne seraient indiqués que les sexes masculin ou féminin ; le sexe « autre » étant pour sa part inscrit ultérieurement par le biais d'une action en rectification — et non en changement — d'état civil (MORON-PUECH, 2010, n°s 78 et s.).

La reconnaissance de ces trois possibilités impliquerait par exemple de modifier les textes relatifs aux registres d'état civil, en particulier le n° 55 de la circulaire précitée relative à l'état civil qui ne prévoit qu'imparfaitement ces trois possibilités. De même, devrait être modifié le texte régissant le numéro d'inscription répertoire national d'identification des personnes physiques (NIR) géré par l'INSEE, lequel repose explicitement sur une logique binaire[30]. Les textes sur les titres d'identité ne nécessiteraient en revanche guère de modifications puisque le sexe mentionné sur les titres d'identité est en pratique établi à partir de l'extrait du registre d'acte de naissance du bénéficiaire du titre.

17. Soulignons que la solution ici proposée s'écarte de celle retenue par la cour d'appel d'Orléans. En effet, les juges orléanais ont refusé d'admettre l'existence de la mention sexe « neutre », notamment afin d'éviter la stigmatisation des personnes mineures qui auraient une telle mention inscrite sur leurs documents d'identité[31]. Si le but poursuivi par la Cour est louable, les moyens pour y parvenir ne sont pas appropriés. En effet, l'absence d'une telle mention du sexe, dès lors qu'elle est réservée aux personnes intersexuées, n'empêche nullement le risque de stigmatisation : en l'absence d'une telle mention, les tiers avertis sauront néanmoins que la personne dont ils consultent le titre fait partie du groupe minoritaire des personnes non rattachées aux sexes masculin et féminin.

---

[29] *Conclusion du 3e Forum International Intersexe de l'ILGA*, 1er déc 2013 : « Tous les adultes et mineurs capables devraient pouvoir choisir entre femme (F) et homme (M), non binaire ou plusieurs options ».

[30] Les différents textes régissant ce répertoire, en particulier l'article 4 du décret n° 82-103 du 22 janv. 1982, exigent seulement la mention d'un sexe, sans préciser les sexes susceptibles d'être inscrits. La consultation d'un document interne à l'INSEE, consultable sur http://xml.insee.fr/schema/nir.html#NIR-description révèle que seules deux valeurs sont possibles pour le sexe : « 1 pour les hommes, 2 pour les femmes ». Comp., pour les passeports, où il existe trois possibilités : « *F = female ; M = male; < = unspecified* » (OACI, Documentation 9303, 4e partie, 7e éd. 2015 p. 19).

[31] « [L]es personnes présentant une variation du développement sexuel doivent être protégées pendant leur minorité de stigmatisations, y compris de celles que pourraient susciter leur assignation dans une nouvelle catégorie » (p. 8 de l'arrêt précité).

Pour autant, l'argument retenu par la Cour mérite qu'on s'y arrête. Il pose en effet la question de savoir s'il est vraiment nécessaire d'obliger les individus à révéler leur sexe en l'inscrivant éventuellement sur des documents d'identité. Comme nous allons le montrer à présent, le respect du droit à la vie privée commande également de limiter les normes qui imposeraient aux personnes de communiquer leur identité sexuée, afin notamment de l'inscrire sur des documents d'identité.

2. L'affirmation de limites à l'obligation de révéler son identité sexuée

18. Le respect du droit à la vie privée, énoncé notamment dans l'article 8 de la CSDHLF, n'implique pas seulement l'adoption d'un système non binaire de l'identité sexuée afin de respecter la réalité des êtres intersexués. Il implique également de reconnaître pleinement que l'identité sexuée appartient à la vie privée, de sorte que les normes qui obligeraient une personne à révéler son identité sexuée doivent respectées les limites posées dans l'article 8 précité. Après avoir précisé *in abstracto* les limites dans lesquelles il peut être exigé d'un individu qu'il communique son identité sexuée (2.1), il conviendra ensuite, *in concreto*, d'en tirer les conséquences sur le droit français (2.2).

2.1. Identification des limites à l'obligation de révéler son identité sexuée

19. Une atteinte à la vie privée – Le fait d'obliger un individu à révéler son identité sexuée, notamment afin de l'inscrire sur des documents d'identité, est susceptible de constituer une atteinte à sa vie privée, dès lors que cette inscription vient faciliter l'accès des tiers à une information que l'individu pourrait préférer conserver. Si, sans doute, la plupart des individus consentent à cette atteinte sans difficulté, tel n'est pas le cas des personnes intersexuées qui peuvent préférer conserver secrète leur identité sexuée, ce que ne permettent généralement pas les différentes législations. Par exemple, en droit français, une telle information ne pourrait pas être gardée secrète puisque le sexe doit notamment figurer sur l'acte de naissance (article 57 du code civil), ainsi que sur de très nombreux autres documents, tels le passeport[32] ou la carte nationale d'identité (CNI)[33].

20. Une atteinte illicite ? – Pour autant, cette atteinte est-elle suffisamment grave pour constituer une atteinte *illicite* à la vie privée ? La question se pose dans la mesure où le droit ne vient généralement sanctionner les atteintes à la vie privée que lorsqu'elles ont certain niveau de gravité. Comme le dit par exemple la Cour de cassation française, la révélation de faits anodins ne constitue pas une atteinte illicite à la vie privée[34]. Pour déterminer à partir de quand une atteinte à la vie privée est illicite, il est possible de se tourner vers l'article 8 de la CSDHLF, lequel ne tolère les atteintes des autorités publiques à la vie privée que sous trois conditions : **1°** l'atteinte est prévue par la loi, **2°** elle poursuit un but légitime et **3°** elle est nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire que les avantages retirés de cette atteinte par la société sont proportionnés au regard des inconvénients subis par les personnes dont la vie privée est affectée. Cette dernière condition dépendant de la nature concrète de l'atteinte, il convient de la préciser dans l'hypothèse où une personne serait obligée d'indiquer son identité sexuée. Pour ce faire, recherchons les avantages que retirent les membres de la société d'une information sur l'identité sexuée d'autrui et vérifions si ces avantages sont proportionnés aux inconvénients qu'induit cette information pour la personne intersexuée.

---

[32] Décret n° 2005-1726 du 30 déc. 2005, art. 1.
[33] Décret n° 80-609 du 31 juill. 1980 portant création d'un système de fabrication des cartes nationales d'identité au ministère de l'intérieur, art. 3.
[34] Cass., Civ. 1re, 3 avr. 2002, n° 99-19.852, *Bull.*, n° 110, p. 85.

21. D'une manière générale, l'obligation faite à une personne de révéler une information personnelle peut poursuivre deux intérêts : identifier la personne pour la distinguer des autres ou bien appliquer à cette personne les normes dépendant de cette information personnelle. Ainsi, lorsqu'un agent de police demande à un individu de décliner son identité, il cherche à identifier son interlocuteur. En revanche, lorsqu'un entrepreneur demande l'âge de la personne lui ayant demandé un service, il le fait en particulier pour savoir si cette personne est mineure et donc limitée dans sa capacité à contracter avec lui.

22. Si l'on revient à présent à l'identité sexuée, l'obligation de révéler celle-ci n'a guère d'utilité pour ce qui est d'identifier un individu. En effet, le nombre de mentions du sexe possibles est très faible, en comparaison d'autres éléments d'identification qui comprennent des centaines, des milliers, voire des millions de possibilités (la nationalité, le prénom, la date de naissance, le lieu de naissance, etc.).

Ce faible avantage contraste fortement avec les difficultés que cette mention génère pour les personnes intersexuées. D'abord, des difficultés peuvent survenir en cas de discordance entre l'identité sexuée indiquée sur des documents officiels d'identité et l'identité sexuée perçue par les tiers. En effet, dans la mesure où il n'est pas toujours possible ou aisé pour une personne intersexuée d'obtenir que figure sur ses documents d'identité une mention du sexe correspondant à ce que perçoivent les tiers, il peut y avoir une discordance entre le sexe indiqué et le sexe perçu. Or, compte tenu de cette discordance, cette personne risque d'être considérée comme ayant usurpé l'identité d'autrui, d'où, ensuite, des difficultés à accéder aux services publics ou privés. En effet, à chaque fois qu'une pièce d'identité mentionnant le sexe sera demandée à cette personne intersexuée par un prestataire de ces services, ce dernier pourra avoir un doute sur l'identité de la personne et hésiter en conséquence à lui fournir le service qu'elle demande.

Ensuite, même lorsque l'identité sexuée de la personne intersexuée correspond au sexe perçu, ceci peut être source de difficulté pour la personne intersexuée si celle-ci se rattache au sexe neutre. En effet, la connaissance de la neutralité de son identité sexuée par les tiers peut amener ces derniers à se conduire différemment avec la personne intersexuée et à la discriminer[35]. Ce risque, aperçu par la cour d'appel d'Orléans après d'autres[36], n'est pas seulement hypothétique. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe relevait par exemple encore récemment que les personnes intersexuées faisaient l'objet de discriminations dans l'accès aux soins ou au sport (COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 2015 : p. 45-46).

Si l'on fait à présent le bilan des avantages et des inconvénients, il ne fait guère de doute que les inconvénients l'emportent ici et qu'exiger la mention du sexe aux seules fins d'identifier un individu n'est pas nécessaire dans une société démocratique et est donc prohibé par l'article 8 de la CSDHLF. Soulignons bien ici la portée de cette affirmation qui s'applique à l'ensemble des personnes et non aux seules personnes intersexuées. Il ne serait pas possible par exemple de supprimer la mention du sexe d'une pièce d'identité pour les seules personnes

[35] Rappr. Cour constitutionnelle de Colombie, 12 mai 1999, Sentencia SU-337/99 et 2 août 1999, *Sentencia* T-551/99 reconnaissant que les personnes intersexuées encourent de sérieux risques de discriminations.

[36] MORON-PUECH, 2010 : n° 123 et les références citées ou BYK, 2015 : p. 188, reprenant ces mêmes références. *Adde* l'avis du Comité d'éthique suisse sur l'intersexuation : CNE, 2012 : p. 16. Le problème avait déjà été aperçu par les juristes s'étant interrogés sur le rattachement des personnes transsexuées à un troisième sexe. Cf. not. CARBONNIER, 2004 : n° 270, où l'auteur craint la création d'une catégorie de « parias ».

intersexuées. En effet, l'absence d'une telle mention permettrait aux tiers de déduire l'identité intersexuée du titulaire du document, puisqu'ils sauraient que cette possibilité est réservée aux personnes intersexuées.

23. Si l'obligation de révéler son identité sexuée est sans réel intérêt lorsqu'il s'agit d'identifier les individus, elle est en revanche plus pertinente lorsqu'elle a pour but d'appliquer une norme dépendant de cette identité sexuée. Par exemple, si une norme réserve le mariage aux couples de sexes différents, il est normal d'obliger les individus à révéler leur identité sexuée avant de pouvoir se marier. À l'inverse, l'on ne voit guère d'intérêt à exiger d'un individu formant une demande de logement social qu'il révèle son identité sexuée si cela n'a aucune influence dans la procédure d'attribution des logements[37]. Dans les hypothèses où l'obligation est en lien avec une norme sexuée, la personne intersexuée pourrait certes souffrir de cette révélation. Cependant, cette personne retirerait néanmoins un avantage à cette divulgation qui permettrait à la norme sexuée de s'appliquer à elle[38]. Dès lors, une telle obligation paraît pouvoir être jugée comme nécessaire dans une société démocratique.

Ajoutons qu'afin d'anticiper sur d'éventuelles difficultés de mise en œuvre des normes sexuées, il peut être utile de consigner cette information personnelle dans un document officiel tel, en France, le registre des naissance, dont l'organisme gestionnaire pourra reproduire des extraits faisant foi jusqu'à inscription de faux. Pourvu que l'accès à ce registre soit quelque peu encadré, il ne semble pas que la personne intersexuée souffre outre mesure de l'inscription de son identité sexuée dans ce registre d'identité ; d'autant plus que ce registre lui est utile toutes les fois où elle veut établir de manière incontestée son identité sexuée. Par conséquent, tant qu'il existe des règles de droit sexuée, l'obligation de déclarer son identité sexuée aux gestionnaires d'un tel registre paraît être elle aussi nécessaire dans une société démocratique.

Ayant ainsi précisé *in abstracto* le cadre qu'impose l'article 8 de la CSDHLF aux normes obligeant les individus à révéler leur identité sexuée, confrontons à présent le droit français à ces limites.

2.2. Mise en œuvre de ces limites en droit français

24. Plan – L'identité sexuée est très présente dans l'ordre juridique français et il existe nombre de situations dans lesquelles les individus sont tenus de révéler leur identité sexuée. Ceci commence à la naissance tout d'abord, puisque l'article 57 du code civil impose aux parents de mentionner le sexe de leur enfant et cela se poursuit ensuite tout au long de la vie lorsque les personnes ont à présenter un titre d'identité — tels la carte nationale d'identité, le passeport ou le livret de famille — sur lequel figure le plus souvent leur identité sexuée ou lorsqu'elles remplissent des formulaires d'inscription à un service public ou privé où cette information est requise. Si l'obligation de mentionner le sexe à la naissance semble satisfaire les limites posées par l'article 8 de la CSDHLF au regard des observations précédentes[39], tel

[37] Comp. formulaire *cerfa* n° 14069*02 (https://www.formulaires.modernisation.gouv.fr/gf/cerfa_14069.do) exigeant de connaître une telle information.

[38] Relevons que si d'aventure la personne intersexuée estimait l'application de cette norme défavorable, il lui serait toujours possible de se plaindre d'une atteinte à la vie privée en se plaçant non plus sur le terrain du caractère nécessaire de l'atteinte, mais sur celui du but légitime. Assurément, l'obligation de révéler son identité sexuée ne répondrait pas à un but légitime si elle était exigée afin d'appliquer une norme discriminant les personnes intersexuées.

[39] *Supra* n° 23. Comp. BORRILLO, 2010 : p. 282 et le conte philosophique *Sexus nullus, ou l'égalité* (HOQUET, 2015), lesquels proposent plus radicalement de supprimer le sexe des actes d'état civil.

n'est pas le cas pour les obligations de mentionner le sexe sur les titres d'identité ou sur les formulaires de souscription de services. Dans ces deux derniers cas, il apparaît donc nécessaire de modifier le droit français.

25. La modification des textes sur les titres d'identité – Pour mettre en conformité avec l'article 8 de la CSDHLF les textes imposant la mention du sexe sur les titres d'identité, deux solutions sont *a priori* envisageables : supprimer le sexe des titres légaux d'identité (GUEZ, 2015 : n° 20) ou rendre simplement sa déclaration facultative.

S'agissant tout d'abord de la suppression, rappelons qu'il ne peut s'agir que d'une suppression générale, puisqu'une suppression cantonnée aux personnes intersexuées n'empêcherait pas les tiers de découvrir l'identité intersexuée de la personne[40]. Cette suppression générale est-elle la solution optimale ? Si cette mesure pourrait convenir aux personnes intersexuées souhaitant garder leur identité secrète, ainsi qu'aux personnes de sexe masculin et féminin qui souhaiteraient ne pas être identifiées au moyen de ce critère, elle ne satisferait en revanche sans doute pas les personnes pour qui la mention du sexe sur le titre d'identité a une importance symbolique, en ce qu'elle est la marque que l'État reconnaît cette partie de leur identité et qu'il lui donne suffisamment d'importance pour l'inscrire sur le titre d'identité. Si, sans doute, les personnes attachées à la présence de cette mention du sexe sur le titre d'identité seront le plus souvent de sexe masculin et féminin, il n'est pas impossible que des personnes intersexuées partagent ce sentiment. Or, il serait pour le moins critiquable qu'une loi destinée à protéger la minorité intersexuée en vienne elle-même à créer une solution peu respectueuse des souhaits d'une partie des personnes intersexuées. Dans ces conditions, le système de la suppression générale ne paraît pas souhaitable.

La solution consistant à rendre facultative pour tous l'inscription du sexe sur les titres d'identité n'encourt pas le même reproche. Cette solution conviendrait sans doute en effet au plus grand nombre puisque chacun, selon sa volonté, pourrait ou non décider de révéler aux tiers consultant sa pièce d'identité une part de son intimité. En outre, cette solution conviendrait aux personnes intersexuées en particulier, lesquelles sont généralement assez hostiles à l'idée d'une réglementation qui leur serait propre, ce qui ne serait pas le cas de cette dernière solution qui, soulignons-le une nouvelle fois, serait applicable à l'ensemble des individus.

26. Relevons par ailleurs que, sur un terrain théorique, le fait de rendre facultative la mention du sexe sur les documents d'identité ne présenterait aucune difficulté. En effet, il existe d'ores et déjà des mentions facultatives sur les titres d'identité — tel le nom d'usage prévu par la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985. Par conséquent, rendre la mention du sexe facultative sur ces documents ne viendrait nullement perturber le fonctionnement général des titres d'identité.

De plus, le fait que le titre d'identité ne reprenne pas la mention du sexe figurant pourtant à l'état civil n'est pas non plus théoriquement problématique. En effet, en l'état du droit positif, les documents d'identité ne reproduisent pas toujours les mentions figurant sur les actes d'état civil et inversement. Par exemple, la taille et la couleur des yeux ne figurent pas sur l'état civil, alors qu'ils figurent sur certains titres d'identité. À l'inverse, le nom des parents ne figure pas sur la carte nationale d'identité ou le passeport alors qu'il figure sur l'acte de naissance, qui est l'un des actes d'état civil. Où l'on voit qu'il n'y aurait aucun problème

[40] *Supra* n° 22.

théorique à ce que, demain, le sexe mentionné sur l'acte de naissance ne soit pas repris sur les titres d'identité.

Enfin, cette disparition du sexe sur les pièces d'identité ne serait pas non plus une rupture historique. En effet, comme le rappelait par exemple Philippe Guez, l'absence de la mention du sexe existait naguère également pour la carte nationale d'identité (GUEZ, 2015 : n° 20)[41]. En outre, elle existe également encore aujourd'hui pour les permis de conduire. En effet, la demande de permis de conduire ne contient aucune référence au sexe[42], de sorte que le titre de conduite, délivré sur le fondement de cette demande, ne mentionne pas non plus cette exigence[43]. Enfin, on relèvera que, sur le livret de famille — qui, peut parfois servir de titre d'identité tant pour les parents que pour les enfants[44] — le sexe des parents n'est désormais plus mentionné[45].

Tout ceci permet donc de conclure que, théoriquement, le sexe n'est pas perçu comme un élément indispensable à l'identification des personnes[46] devant être reproduit sur tous les titres permettant à la personne de prouver son état civil. Aucun obstacle théorique ne s'oppose donc à ce que le sexe devienne une mention facultative sur les titres d'identité. Reste à indiquer concrètement comment mettre en œuvre cette réforme obligatoire au regard de l'article 8 de la CSDHLF.

27. Pour que le sexe ne soit plus un élément obligatoirement inscrit sur les titres d'identité, il faudrait que soient modifiés les textes régissant ces documents officiels d'identité. Ces textes étant tous de nature réglementaire[47], le Gouvernement devrait *a priori* avoir le pouvoir de les modifier seul — et il pourrait d'ailleurs le faire en profitant d'une question ministérielle[48] qui lui a été récemment posée sur la portée de l'article 57 du code civil, à la suite de la décision précitée du TGI de Tours. Pour procéder à ces modifications, le Gouvernement devrait donc indiquer dans ces différents textes réglementaires que la mention du sexe sur les documents que ces textes régissent est facultative.

En outre, il serait bon d'indiquer dans le texte procédant à ces modifications que la volonté ou le refus d'indiquer son sexe sur un document d'identité n'empêche pas son auteur de faire un choix différent pour un autre document d'identité. Par exemple, une personne intersexuée, qui

---

[41] Les mentions devant figurer sur la carte nationale d'identité n'étaient pas précisés dans l'art. 1er du décret n° 55-1397 du 22 oct. 1955 créant cette carte. La liste de ces mentions a été précisée par une instruction générale du 1er déc. 1955. Or, cette liste ne comprend nulle trace du sexe. Cette mention ne sera introduite que par l'article 3 du décret n° 80-609 du 31 juill. 1980 portant création d'un système de fabrication des cartes nationales d'identité au ministère de l'intérieur.

[42] Arrêté du 20 avr. 2012 fixant les conditions d'établissement, de délivrance et de validité du permis de conduire, art. 1, II, al. 4.

[43] Celle-ci figure en revanche dans le système national des permis de conduire qui est un fichier de traitement informatisé de données personnelles relatives au permis de conduire (arrêté du 29 juin 1992 portant création du Système national des permis de conduire, art. 3, I, 1°).

[44] L'instruction générale 1er déc. 1955 précitée indique que le livret de famille « constitue une collection de pièces d'état civil et comporte la même valeur probante que les extraits qui y sont reproduits ».

[45] Décret n° 74-449 du 15 mai 1974, art. 12.

[46] Rappr. l'art. 3 du décret du 31 juill. 1980 précité qui, explicitement, n'incluait pas le sexe dans la catégorie « état civil ».

[47] Principalement, pour les copies et extraits d'acte de naissance le décret n° 62-921 du 3 août 1962, pour la carte nationale d'identité le décret n° 55-1397 du 22 oct. 1955, pour le passeport le décret n° 2005-1726 du 30 déc. 2005 et pour le livret de famille le décret n° 74-449 du 15 mai 1974. *Adde*, pour la carte d'assurance l'art. R. 161-31, al. 2, 1° CSS qui prévoit que celle-ci mentionne, en « données visibles », le NIR, dont le premier chiffre correspond au sexe de l'individu (décret n°82-103 du 22 janvier 1982, art. 4).

[48] R. MAZUIR, Question n° 18533, JO Sénat, 29 oct. 2015.

n'aurait pas souhaité que son identité sexuée soit indiquée sur sa carte nationale d'identité ou son passeport, pourrait néanmoins demander que lui soit adressée une copie intégrale de son acte de naissance mentionnant cette identité sexuée, notamment pour lui permettre, en une occasion donnée, de pouvoir prouver son identité sexuée.

Relevons pour finir qu'une difficulté pratique se posera pour les passeports, dans la mesure où le décret les régissant met en œuvre des dispositions d'une convention internationale. En effet, la mention du sexe sur le passeport résulte de la documentation 9303 de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), laquelle est reprise *in extenso* en droit de l'Union européenne[49]. Dès lors, pour que le sexe devienne une mention facultative sur les passeports, il conviendrait que la documentation 9303 soit également modifiée. Certes, en droit, un passeport français devrait pouvoir être délivré sans aucune mention du sexe, car le droit à la vie privée a également une valeur constitutionnelle. Cependant, pour éviter l'ineffectivité d'un tel passeport[50] et protéger ainsi la liberté de circulation des personnes qui viendraient à n'inscrire aucun sexe sur leur passeport, il serait souhaitable que la France, pays sur le territoire duquel l'OACI a son siège, fasse en sorte que cette documentation soit également modifiée. La documentation 9303 étant techniquement une annexe à la Convention relative à l'aviation civile internationale, celle-ci pourrait être modifiée par une décision prise par les deux tiers des membres du Conseil de l'OACI (article 90 de la convention précitée). Dans la mesure où, parmi les trente-et-un membres de ce Conseil, neufs sont également membres du Conseil de l'Europe et donc soumis à la même obligation de protection des personnes intersexuées que la France, l'adoption d'une telle décision ne paraît pas impossible[51].

28. L'encadrement des révélations obligatoire de l'identité sexuée – Si les modifications proposées ci-avant permettent d'éviter aux personnes intersexuées de souffrir d'une atteinte à leur vie privée lorsque des tiers ont accès à leur pièce d'identité, elles ne les protègent nullement des nombreuses hypothèses où des tiers leur demanderait de communiquer leur identité sexuée, sous peine de ne pas bénéficier d'une prestation de service. Pour éviter une telle atteinte à la vie privée, la création d'une nouvelle disposition s'impose en vertu de l'obligation positive pesant sur la France de protéger la vie privée des personnes intersexuées[52].

Concrètement, devrait être édictée une norme interdisant à toute personne (publique ou privée) d'exiger d'autrui la connaissance de son identité sexué, lorsque cette révélation n'est pas rendue nécessaire par un but légitime. Cette interdiction pourrait par ailleurs être

[49] Cf. l'annexe au règlement du Conseil n° 2252-2004 du 13 déc. 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres.

[50] Le titulaire de ce passeport risque d'éprouver des difficultés à voyager car l'autorité étrangère, susceptible de vérifier son passeport à la frontière, pourrait décider de ne pas laisser entrer cette personne sur son territoire, au motif que son passeport n'est pas un titre valide, en ce qu'il ne correspond pas aux normes en vigueur de l'OACI.

[51] Elle l'est d'autant moins, si l'on tient compte de ce que la plupart des autres États membres du Conseil sont également parties à des conventions régionales de protection des droits de l'homme, dotés d'une Cour régulatrice et protégeant le droit à la vie privée des individus (Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 11 et Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 5 relatif au droit à la dignité et à la reconnaissance de la personnalité).

[52] D'après la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 8 de la CSDHLF « ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences [dans le droit à la vie privée] : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale […]. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux » (CEDH, 26 mars 1985, *X. et Y. c/ Pays-Bas*, § 23).

utilement assortie d'une sanction pénale édictée par le gouvernement ou le législateur selon la gravité de la sanction choisie[53].

Si les obligations de révéler son identité étaient ainsi limitées, ceci permettrait d'éviter tout risque de stigmatisation des personnes intersexuées en raison de la rareté de leur condition physique. Où l'on voit bien comment la concrétisation du respect du droit à la vie privée contribue effectivement à appréhender l'intersexuation comme une variation de l'identité sexuée laquelle doit donc être pleinement reconnue — d'où le rejet de la binarité — et, compte tenu de sa rareté, protégée — d'où la limitation de l'obligation de révéler cette identité sexuée.

Paris, le 13 mai 2016

[53] D'après l'article 34 de la Constitution de 1958, la détermination des crimes et délits relève du pouvoir législatif. *A contrario* et par application de l'article 37 de ladite Constitution, la détermination des contraventions relève du pouvoir exécutif.

Sous licence Creative Commons (CC-BY-NC-ND)

Bibliographie

BEUDANT Ch., 1936. Cours de droit civil français, 2nde édition, Tome II

BORRILLO D., 2010. « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Meritum*, vol. 5, déc. 2010, p. 289-321 [http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4056854.pdf]

BYK Ch., 2015. « Quelle place pour un "troisième sexe" en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, LGDJ, p. 171-192

CARBONNIER J., 2004. *Les personnes*, PUF, Thémis, 1re éd. Quadrige

CATTO M.-X., 2014. « La mention du sexe à l'état civil », *in* HENNETTE VAUCHEZ (S.), PICHARD (M.) et ROMAN (D.), *La loi et le genre*, CNRS, p. 29-47

COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F., 2009. « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 55, p. 765-780 [http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4095]

COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, 2015. *Droits de l'homme et personnes intersexes*, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/IssuePaper(2015)1&Language=lanFrench&Ver=original]

CNE, 2012. *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'intersexualité* [http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/fr/NEK_Intersexualitaet_Fr.pdf]

DROUOT G., 2014. *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, thèse Université Panthéon-Assas, Cl. BRENNER (dir.)

GUEZ Ph, 2015. « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil », *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015 [http://revdh.revues.org/1660]

HOQUET T., 2015, *Sexus nullus, ou l'égalité*, éd. iXe, 2015

de LAUBADERE A., 1965. « Décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, févr., n° 17

LIBCHABER R., 2016, « Les incertitudes du sexe », *D.*, 2016, p. 20-21

MORON-PUECH B., 2010. *Les intersexuels et le droit*, mémoire de Master 2, D. FENOUILLET (dir.), éd. Panthéon-Assas [http://www.u-paris2.fr/adminsite/objetspartages/liste_fichiergw.jsp?OBJET=DOCUMENT&CODE=1298364063721&LANGUE=0]

MORON-PUECH B., 2014. « Création d'un sexe "non spécifique" par la Haute Cour d'Australie », *La revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés*, avr. 2014 [http://revdh.revues.org/64]

MORON-PUECH B., 2015. « 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 », *La revue des droits de l'homme. Actualité Droits-Libertés*, mars 2015 [http://revdh.revues.org/1076]

MORON-PUECH B., 2016. « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme », *Rec. Dalloz*, p. 904-905

MOTULSKY H., 1948. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, ROUBIER P (dir.), thèse Université de Lyon, Recueil Sirey, 1948

REIGNE Ph., 2015, « Appartenance sexuelle et droit au respect de la vie privée », *Rec. Dalloz*, p. 1875-1878

VIALLA F., 2015, « Substitution à l'état civil de la mention "sexe neutre" à celle de "sexe masculin" », *D.*, p. 2295 s.

VIALLA F., 2016, « La neutralité rejetée », *JCP G*, 25 avr. 2016, commentaire n° 492