

Cour européenne des droits de l'homme - « Sexe neutre » à la Cour européenne : l'art du syllogisme inversé ? - Libres propos par Julie Mattiussi et Benjamin Moron-Puech

La Semaine Juridique Edition Générale n° 07, 20 février 2023, act. 232

« Sexe neutre » à la Cour européenne : l'art du syllogisme inversé ?

Libres propos par Julie Mattiussi université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992), chercheuse associée au Centre de droit privé fondamental (université de Strasbourg)

et Benjamin Moron-Puech CERCRID UMR 5137 (CNRS et universités Lyon 2 et Saint-Étienne), chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique (université Panthéon-Assas) et à Transversales (université Lyon 2)

Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme, après l'affaire M. contre France du 19 mai 2022, refuse à nouveau de protéger les droits des personnes intersexuées, ici leur droit à exister dans les documents d'état civil plutôt que les documents médicaux. La solution apparaît comme un syllogisme inversé, motivé par le renvoi aux législateurs nationaux. La Cour y renoue notamment avec la « mystification » ou « l'instrumentalisation » du consensus, pour conclure ici à son absence à propos de la non-binarité des mentions du sexe à l'état civil.

[CEDH, 31 janv. 2023, n° 76888/17, Y. c/ France](#)

Le temps de la reconnaissance de l'identité des personnes intersexes n'est pas venu. La « Cour européenne des droits de l'homme » (ci-après la Cour européenne), le 31 janvier 2023, dans l'affaire Y contre France, n'a pas saisi l'occasion qui lui était donnée de condamner la France, préférant renvoyer la balle au législateur et laisser passer le temps ([CEDH, 31 janv. 2023, n° 76888/17](#)). Un temps qui peut être long ; on se souvient des 35 ou 31 longues années qu'ont respectivement attendues les personnes homosexuelles pour voir leur liberté sexuelle respectée et les personnes transgenres pour obtenir le respect de leur droit à définir les détails de leur identité de genre.

L'intersexuation de la personne requérante a été identifiée dès sa venue au monde et les examens réalisés ensuite ont confirmé que biologiquement, elle « ne relève ni de la catégorie " masculin " ni de la catégorie " féminin " » (§ 43). Pourtant, la personne requérante a été mentionnée comme étant de sexe masculin sur son acte de naissance. Elle a ensuite grandi en se forgeant une identité ni féminine, ni masculine, malgré une apparence masculine acquise de façon subie, à la suite d'un traitement qui lui fut prescrit.

En 2014, la lecture d'un article en ligne du *Point* sur les droits des personnes intersexes conduit cette personne, alors proche de la retraite et mariée avec une femme, à demander en justice la rectification de la mention de sexe « masculin » par « neutre ». Le tribunal de grande instance de Tours, le 20 août 2015, répond par l'affirmative en soulignant qu'il ne s'agit pas de créer une troisième catégorie, mais seulement de délivrer un document d'identité. Une victoire inattendue car inédite, mais solidement soutenue par une interprétation littérale de l'[article 57 du Code civil](#), combinée à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention EDH).

La cour d'appel d'Orléans, saisie par une parquière générale soucieuse de faire « remonter » l'affaire, infirme le jugement le 22 mars 2016 (n° 15/03281). Délaissant l'approche au cas par cas du premier juge et repositionnant la requête autour de la création en général d'une troisième catégorie, la cour délaisse l'interprétation littérale de l'article 57 au profit d'une interprétation systémique, assise sur « l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur », et selon laquelle « le sexe » de l'article 57 serait exclusivement masculin ou féminin. Pour la cour « admettre la requête [...] reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la création relève de la seule appréciation du législateur », solution confirmée le 4 mai 2017 par la Cour de cassation qui va affirmer quant à elle que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin » ([Cass. 1re civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189 : JurisData n° 2017-008231](#) - V. aussi M. Gobert, *Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister : JCP G 2017, doctr. 716* - B. Moron-Puech, *Le rejet du sexe neutre : une « mutilation juridique ? » : D. 2017, p. 1404*).

Entre l'approche au cas par cas du premier juge et l'approche générale des autres juges, la Cour européenne choisit la seconde. Pour elle « le grief tiré de l'article 8 ne tend pas à se plaindre d'un acte d'une autorité publique à l'encontre du requérant mais à dénoncer une lacune du droit français qui aurait entraîné une situation attentatoire à sa vie privée ». Il suffit pourtant de lire la requête pour s'apercevoir que n'est pas demandée la création d'une troisième catégorie, mais seulement l'émission d'un document d'identité conforme à la « réalité biologique ». La Cour préfère néanmoins juger que cette affaire porte sur la création d'une nouvelle « catégorie de sexe », et en conclut que l'affaire doit s'analyser au prisme des obligations positives (§ 69). L'enjeu est de taille puisque, quoi qu'en dise la Cour dans une formule souvent répétée mais qui n'en est pas moins erronée, les principes applicables aux obligations positives ne sont nullement « comparables à ceux régissant l'appréciation de ses obligations négatives » (§ 71). Le contrôle de ces premières obligations est en effet bien plus léger, l'idée étant que lorsqu'il s'agit d'imposer aux États des actions positives, il faut faire preuve de retenue. Ce choix initial, au « cœur de l'argumentation juridique » de la Cour européenne (*Opinion dissidente*, § 9), va entraîner une triple réduction du niveau de protection des droits. D'abord, la suppression de l'exigence de base légale pour l'ingérence dont se plaignait la personne requérante et qu'il aurait été difficile de trouver en droit français. Ensuite, la possibilité de justifier l'atteinte par un but d'intérêt général non compris dans la liste de l'article 8 de la Convention. Enfin, une méthode du contrôle de proportionnalité bien plus favorable à l'État qu'à la personne requérante. Dès ce stade, l'hypothèse d'un syllogisme inversé peut être posée. Elle se trouve confortée par la façon dont la Cour oriente ensuite chacune de ces appréciations sur les deux étapes du contrôle de proportionnalité que sont la détermination de la marge nationale d'appréciation et la pesée des intérêts.

Sur la première étape, qui consiste à régler le curseur de la balance pour avantager l'un ou l'autre des plateaux avant de les charger, la Cour va conclure à l'existence d'une marge d'appréciation large. Elle s'appuie pour cela sur quatre éléments qui ne suffisent pas, selon elle, à contrebalancer un autre élément qui orientait vers une marge d'appréciation plus étroite : le caractère fondamental de « l'identité sexuelle » dans le droit au respect de la vie privée (§ 75). Ces quatre

éléments apparaissent néanmoins artificiellement « gonflés » par la Cour, donnant ce faisant du crédit à l'hypothèse d'un syllogisme inversé, guidé par le souci de la Cour de se retrancher derrière l'appréciation du législateur.

Primo, la Cour avance que la question porte « sur un sujet de société qui se prête au débat voire à la controverse » (§ 77). Il s'agit là d'une extension notable du critère de l'existence de « questions morales et éthiques délicates ». Ce gonflement n'est sans doute pas indifférent à l'argumentation de la première tierce intervention (§ 61) selon laquelle il n'y avait ici nulle question éthique ou morale délicate. L'argument semble avoir fait mouche, mais au lieu de conduire la Cour à considérer que cela ne pouvait pas orienter vers une marge d'appréciation étendue, cela l'a conduit à élargir le critère de la nature de la question, suivant la voie entrouverte dans l'affaire S.A.S. contre France du 1er juillet 2014 (CEDH 1er juill. 2014, n° 43835/11 : *JurisData* n° 2014-015213). Ce critère est non seulement plus large, mais surtout pratiquement impossible à contredire, la Cour se refusant à indiquer les bases empiriques et sociologiques permettant d'identifier de telles questions.

Secundo, l'idée d'une large marge d'appréciation est soutenue par le critère du consensus, qui serait en l'espèce absent. S'appuyant sur une étude de droit comparé non soumise au débat des parties, la Cour affirme que « la grande majorité de ces États prévoit la spécification du genre sur les certificats de naissance ou les documents d'identification, sans donner la possibilité d'opter pour l'inscription d'un autre marqueur de genre que " masculin " ou " féminin " ». Cette étude de droit comparé est néanmoins biaisée, non seulement car le terme de « genre » n'est utilisé que par de très rares ordres juridiques, mais surtout parce que dans la plupart des États étudiés, la question ne s'est jamais posée. La Cour européenne gonfle donc le nombre d'États qui refuseraient de sortir de la binarité des mentions de sexe en se reposant sur les seuls silences des législations. Elle marginalise en outre les décisions de justice nationales (Belgique [Conseil constitutionnel, 19 juin 2019], Allemagne [Tribunal fédéral constitutionnel, 10 oct. 2017], Autriche [Cour constitutionnelle, 15 juin 2018], Pays-Bas [Haute Cour, 4 mars 2022] notamment) acceptant d'écarter la binarité des mentions de sexe à l'état civil. Même lorsque ces décisions se fondent expressément sur la Convention, la Cour n'en dit mot et se contente de dire que dans les États où elles ont été rendues « la reconnaissance non binaire du genre a récemment été ou est à l'étude dans certains [États] » (§ 77). À l'inverse, lorsqu'une décision mobilise la Convention pour refuser un dépassement de la binarité, la Cour s'y arrête longuement, même lorsque les affaires ne sont pas comparables car, s'agissant des décisions anglaises citées (§ 36), celles-ci concernaient un passeport, dont les juges avaient souligné le coût important nécessaire à son édition avec un marqueur X (plusieurs millions de livre en comparaison des centimes que coûte la feuille de papier sur laquelle rédiger l'acte de naissance) et en sus une personne qui n'entendait pas renoncer à son état civil féminin, ce qui fragilisait considérablement son argumentaire de neutralisation du genre. Certes, reconnaissons que les États où cette binarité a été dépassée sont minoritaires, mais la Cour nous a pourtant habitué à une méthode qualitative et non quantitative de droit comparé, la simple « tendance » suffisant à caractériser le consensus. La méthode est ici laissée de côté, tout comme le recours aux instruments internationaux récents, pourtant en l'espèce tous favorables à l'abandon de la bi-catégorisation de sexe à l'état civil. En définitive, la détermination du consensus repose ici sur une étude de droit comparé non contradictoire, biaisée, partielle et partielle, constituant un bel exemple de « mystification » ou d'« instrumentalisation » du consensus, selon les mots popularisés par le professeur Sudre ([JCP-G 2015, doctr. 1369](#)) ou la juge Tulkens (in D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité* : Dalloz, 2015).

Enfin, *tertio* et *quarto*, la Cour gonfle la liste des critères déterminant le curseur de la balance en y ajoutant deux éléments habituellement étrangers à celle-ci : l'existence d'un intérêt général poursuivi et le fait qu'il s'agisse d'une obligation positive ou négative. La recherche d'un intérêt général est en principe, dans le contentieux des obligations positives, une condition autonome, sorte d'ersatz du contrôle du but légitime qu'on connaît dans les obligations négatives. Quant au fait qu'il s'agisse d'une obligation positive, c'est, nous l'avons vu, un élément qui détermine le niveau d'intensité du contrôle. Il ne devrait pas surgir à nouveau tel quel pour accroître la marge. C'est pourtant ce que fait la Cour européenne.

Ayant ainsi caractérisé une marge nationale d'appréciation étendue, la Cour va, dans un second temps, charger la balance pour peser les intérêts. La Cour reconnaît que la personne requérante est placée dans une situation « de nature à provoquer chez [elle] souffrance et anxiété », formule qui rappelle celle utilisée dans l'arrêt *Goodwin* (CEDH, *gde ch.*, 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni* : *JurisData* n° 2002-400023 § 77) à propos des personnes transgenres. C'est cependant tout pour le plateau du requérant. Ne viendront ainsi pas s'y ajouter l'intérêt que la reconnaissance d'un sexe neutre pourrait présenter pour l'arrêt des mutilations génitales, argument retenu dans l'opinion dissidente (§ 8), ni le fait que cela permettrait d'assurer une identification appropriée. À l'inverse, l'autre plateau de la balance est excessivement chargé. La Cour européenne reprend à son compte l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle l'organisation juridique française serait fondée sur cette binarité (§ 84), « oubliant » qu'aucun texte de la Constitution française ne nie l'existence des personnes intersexuées et que la référence à l'homme et à la femme dans une Constitution n'a pas empêché certaines juridictions, tel le Tribunal fédéral constitutionnel allemand dans sa décision précitée, de reconnaître l'existence de ces personnes. De même, la Cour européenne s'approprie l'argument de la cohérence, pourtant écarté par des juridictions étrangères (la Haute Cour d'Australie dans sa décision du 2 avril 2014, notamment) ou par l'opinion dissidente, soulignant pour cette dernière, d'une part, l'incohérence actuelle du droit français, permettant déjà de sortir de cette binarité, et, d'autre part, le caractère limité de la demande qui ne visait pas ici à la création d'un statut pour un troisième sexe/genre (*Opinion dissidente*, § 6, 7 et 9). Enfin, on ne peut qu'être surpris de voir ressurgir dans la pesée des intérêts les arguments qui avaient déjà servi à gonfler la marge nationale d'appréciation : l'existence de buts d'intérêt général (« principe de l'indisponibilité de l'état des personnes », « nécessité de préserver la cohérence et la sécurité des actes de l'état civil », *but encore répété à la phrase suivante*, et « nécessité de préserver [...] l'organisation sociale et juridique du système français »), d'un choix de société ou d'absence de consensus (§ 89 à 91). Comme à court d'arguments, la Cour réutilise les mêmes, mais pour une autre étape du raisonnement.

In fine, tout ceci permet à la Cour européenne de conclure au rejet de la requête, concédant tout juste à la personne requérante, d'une part, que la Cour de cassation a eu tort d'approuver la cour d'appel qui avait pris en compte l'apparence de la personne requérante au stade de la pesée des intérêts et, d'autre part, que la Cour pourrait la prochaine fois parvenir à une conclusion contraire, si rien n'était fait par la France alors que la société, elle, évoluerait.

Sur la première concession, l'arrêt rappelle l'importance que peut revêtir la conformité de la mention du sexe juridique à l'identité biologique pour les personnes. Sont ainsi relevés les propos d'un psychopraticien évoquant une « blessure identitaire » (§ 83) liée au fait d'avoir dû vivre dans une identité masculine ne correspondant pas à l'identité vécue. Dans la continuité de ce raisonnement, la Cour affirme ne pas souscrire à l'un des arguments des juges internes, lequel mettait en avant la correspondance entre l'apparence masculine de la personne requérante et son sexe d'état civil. Ériger l'apparence physique générale en critère d'accès à la rectification du sexe est effectivement discutable. D'abord, l'apparence physique est subjectivement interprétée du côté de la personne qui

paraît, comme du côté de celle qui perçoit. Cela en fait un élément insuffisamment fiable pour être un critère. Ensuite, l'apparence physique peut être subie ; c'était d'ailleurs le cas en l'espèce. Dans ce cas, refuser la mention « sexe neutre » en raison d'une apparence physique masculine semblait relever d'une ironie cruelle.

Pour autant, la distance prise par la Cour européenne avec cet argument peut surprendre. D'une part, elle se fait plus sévère que les juges internes, qui entrouvreraient une porte : celle de la possibilité d'une mention de sexe neutre si l'apparence physique de la personne était « neutre ». D'autre part, les dernières évolutions juridiques sur les droits des personnes transgenres visaient précisément à délaissier la réalité biologique au profit d'une concordance entre apparence et état civil. Or, pour qui sait que ces évolutions ont été influencées par le droit européen et la crainte d'une condamnation de la France - effectivement survenue -, cela est pour le moins étonnant ! La Cour tente de dissiper par avance cet étonnement en prétendant séparer la situation des personnes transgenres et celles des personnes intersexes où il ne serait pas « *question de l'autodétermination de genre* » (§ 44). L'argument ne convainc cependant guère, tant la démarche de la personne requérante était aussi liée à sa volonté de voir reconnue son identité de genre intersexe et pas seulement ses caractéristiques physiques intersexuées.

La clé de compréhension de ce développement sur l'apparence réside dans la conception retenue par la Cour de la « réalité biologique ». En rejetant le critère d'apparence physique dans la présente situation, la Cour marque son attachement à la « réalité biologique » telle qu'elle est classiquement saisie par le droit pour l'établissement de la mention du sexe à l'état civil, à savoir l'apparence externe des organes génitaux à la naissance. Il faut alors considérer qu'obtenir une mention du sexe, conforme à la réalité biologique lorsque celle-ci traduit une ambiguïté sexuelle dès la naissance, relève du droit au respect de la vie privée. Si, malgré l'atteinte caractérisée en l'espèce à ce droit, la mise en balance des intérêts conduit au rejet du recours, ces éléments n'en seraient pas moins à prendre en compte dans la perspective d'une intervention législative.

La seconde concession faite à la personne requérante, à savoir qu'une condamnation pourrait à l'avenir intervenir mais que pour l'instant la Cour doit faire preuve de réserve, mérite d'être commentée. D'abord, il faut relever, avec le Professeur Sudre, la proximité de la formule ici utilisée avec celle présente dans l'affaire *Rees contre Royaume-Uni*, relativement au changement d'état civil d'une personne transgenre, où la Cour, après y avoir aussi conclu à l'absence d'obligations positives, avait indiqué qu'il fallait « *laisser à l'État défendeur le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels* », en concédant néanmoins que « *[l]a Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles* » (CEDH, 17 oct. 1986, n° 9532/81, § 47). Ensuite, la référence expresse à la « réserve » dont devrait faire preuve la Cour ne se trouve à notre connaissance que dans l'arrêt S.A.S contre France précité (ou ceux équivalents contre la Belgique). Rappelons que dans cette affaire, relative à l'interdiction du voile intégral dans l'espace public français, la Cour avait aussi auto-limité son pouvoir, avec les résultats qu'on connaît : un désaveu par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies dans l'affaire Yaker contre France décidée le 17 juillet 2018 (no 2747/2016). Ce refus de s'autolimiter en présence d'une minorité faisant certes l'objet de controverses (les femmes musulmanes en l'espèce), avait non seulement conclu à l'absence de proportionnalité de la mesure (§ 8.9 à 8-12), mais encore à la discrimination indirecte et croisée (§ 8.13 à 8.17). Pour notre part, on ne peut qu'adhérer à ce refus de l'autolimitation en présence d'une minorité dont la situation se prêterait « *au débat voire à la controverse* », pour reprendre les mots de la Cour européenne (§ 77). Car, en effet, si ces minorités, dont l'histoire a hanté la création du Conseil de l'Europe et plus généralement des institutions de protection des droits humains au sortir de la seconde guerre mondiale, ne voient plus aujourd'hui leurs droits élémentaires protégés, le rôle de ces institutions mérite d'être questionné. La « réserve » dans le présent arrêt, conduit à remettre la question entre les mains du législateur au nom « *du principe de séparation des pouvoirs sans lequel il n'y a pas de démocratie* » (§ 89). Mais une condamnation aurait-elle privé le législateur français de la possibilité de légiférer ? Certainement pas. Nul doute, en revanche, qu'il y aurait été plus fermement incité...

Mots clés : Cour européenne des droits de l'homme. - Droit au respect de la vie privée et familiale. - Refus des autorités nationales d'inscrire la mention « neutre » ou « intersexe » sur l'acte de naissance d'une personne intersexuée à la place de « masculin ». - Non-violation de Conv. EDH, art. 8.

[Note 1](#) NDLR : Benjamin Moron-Puech a été associé, de manière bénévole et dans le cadre du développement de ses recherches, à la rédaction des requêtes de la personne requérante, à la préparation des tierces interventions évoquées dans la décision (à l'exception de celle de l'Equality Law Clinic), à celles des sources internes citées par la Cour, y compris le rapport de recherche et à celle de la résolution 2191 (2017) de l'APCE.