



ACTE DE L'ÉTAT CIVIL

> L'affaire du sexe neutre : une illustration de la régression des droits humains en Europe

par Benjamin Moron-Puech, Professeur à l'Université Lumière Lyon 2 (CERCRID et transversales), Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris-Panthéon-Assas), Secrétaire général de l'association Alter Corpus (tierce intervenante dans cette affaire)

Ce 31 janvier 2023, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu une décision révélant au grand jour non seulement la fragilité du dispositif de protection des droits humains des minorités en Europe, mais plus généralement les régressions contemporaines du contrôle des droits humains qu'elle exerce sur les États membres.

400

Cette décision concerne la requête d'une personne intersexuée qui souhaitait être reconnue comme telle dans ses documents d'état civil, alors que jusqu'à présent cette information ne figurait que dans son dossier médical. Elle demandait pour cela l'inscription à l'état civil d'une mention sexe « neutre » ou « intersexe », ce qui lui avait été refusé par la Cour de cassation en 2017. Rappelons que, selon les Nations unies, les personnes intersexes sont celles « nées avec des caractéristiques sexuelles (génitales, gonadiques ou chromosomiques) qui ne correspondent pas aux définitions binaires types des corps masculins ou féminins » (Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies, *Intersexe*, note d'information, Programme « Libres & Égaux », 2015). Par six voix contre une, la requête fut rejetée.

La raison politique de ce rejet tient à la « réserve » dont la Cour estime devoir « faire preuve en l'espèce » (§ 90 de l'arrêt). Pour les six juges favorables au rejet, il appartient non à la Cour mais aux États de « déterminer jusqu'à quel point il convient de répondre aux demandes des personnes intersexuées » (*idem*). Pas de « droits humains » donc, mais de simples « demandes » qui doivent être adressées non à la Cour mais aux États, en pratique les Parlements nationaux, qui seraient les plus à même de statuer sur un « sujet de société qui se prête au débat voire à la controverse » (§ 77). La Cour ne serait donc pas un lieu de maturation du débat. Peu importe pour la Cour que les chances des personnes intersexuées de faire entendre leurs arguments dans ce débat soient minimales, puisque ces dernières ne représentent qu'entre 0,05 et 1,7 % de la population mondiale, si l'on reprend le chiffre cité par la Cour elle-même (§ 33) et

que reprend l'opinion concordante (§ 5). Peu importe aussi qu'aient à ce jour échoué en France toutes les tentatives des personnes intersexuées pour être reconnues à l'état civil, que ce soit lors de l'examen en 2016 de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ou lors de celui de la loi de bioéthique en 2021. Peu importe tout cela, la Cour leur demande de réessayer. Certes, si rien n'est fait par le législateur français et plus généralement les États membres, elle ouvre la porte à une action de sa part – et l'opinion concordante y insiste également –, au motif que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est un « instrument vivant ». Néanmoins, prévient-elle, il faudra qu'il y ait eu d'ici cette prochaine saisine une « évolution de la société et de l'état des consciences » (§ 91). Autrement dit, si l'opinion publique accepte majoritairement cette reconnaissance de l'intersexuation, alors la Cour y contraindra les États, mais pas avant, et la Cour de s'appuyer sur le précédent des droits des personnes transgenres à obtenir la rectification de leur état civil, refusé en 1986, mais finalement accepté en 2001 (mais sous condition médicale). Est-ce cependant cela l'État de droit : la protection des droits humains des minorités, seulement lorsque ces dernières ne sont plus des « sujets de débat » pour la majorité parlementaire ou celle de l'opinion publique ? À nos yeux, c'est là une régression inquiétante de l'État de droit.

L'arrêt illustre également deux autres régressions, concernant non plus la raison politique qui le motive, mais les instruments techniques mis en œuvre pour justifier le rejet de la requête. Le premier instrument où une régression est à l'œuvre est celui de l'« obligation positive » (sur celles-ci V. F. Sudre, *Les obligations positives* dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, RTDH 1995. 363-384 ; N. Petermann, *Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, Stämpfli Éditions, 2014). « Découvertes » une première fois par la Cour européenne, à propos du droit à l'instruction, dans

l'affaire *Linguistique belge* rendue en 1968, deux ans après la signature du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ces obligations prennent leur essor en 1979, dans les arrêts *Marckx c/ Belgique* et *Airey c/ Irlande*, trois ans cette fois après l'entrée en vigueur du Pacte international précité. Antérieurement à leur apparition, la Convention était perçue comme ne comprenant que des obligations, qualifiées plus tard de « négatives », obligeant avant tout les États à respecter certains droits civils et politiques (droit à la vie privée, droit de vote, etc.). Néanmoins, dans les années 1960 et 1970, dans un contexte où se développent aux Nations unies puis en Europe les projets et instruments internationaux protégeant les droits économiques, sociaux et culturels et où le suivi de ces nouveaux droits est confié à des comités et non à des juridictions internationales (V. not. la Charte sociale européenne, Partie 4, art. 25 renvoyant à un comité d'expert), la Cour européenne décide d'accroître son office afin d'éviter tout « décrochage » de la Convention dont elle a la charge par rapport au développement international des droits humains. D'où l'affirmation par la Cour, dans l'affaire *Airey* précitée (§ 26), que « si [la Convention] énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social ». Il est donc clair que la création de la notion d'obligation positive a été historiquement liée au souci d'étendre le niveau de protection des droits de la Convention, en y incorporant les droits économiques et sociaux. Depuis lors, la doctrine a proposé d'harmoniser réellement le niveau de contrôle de ces obligations (V. F. Sudre préc. et B. Moron-Puech, L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c/ France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées, *Rev. dr. homme, ADL*, mai 2017), mais sans succès à ce jour. La Cour continue ainsi à considérer implicitement que ces obligations positives n'étant que des « prolongements » non contenus dans le texte même de la Convention, elle doit faire preuve à leur égard de réserve. Ainsi, dans les obligations positives, pas d'exigence de base légale, pas de but légitime limitativement énuméré quand une telle liste existe (comme pour l'art. 8, al. 2) et une marge d'appréciation de l'État toujours plus ample par rapport aux obligations négatives. Dans le même temps, depuis un certain nombre d'années, en particulier pour les personnes transgenres hier et dans cette affaire pour les personnes intersexuées, on voit poindre dans la jurisprudence de la Cour une utilisation régressive des obligations positives, non pas pour rendre effectif un droit civil en le

prolongeant par des droits de nature économique ou social, mais, au contraire, pour le rendre ineffectif, en l'amputant des éléments du contrôle de conventionnalité qui n'existent pas dans le contrôle des obligations positives par rapport à celui des obligations négatives (V. *supra*). Ainsi, dans notre affaire, où la qualification d'obligation négative était aussi sérieusement défendable que celle d'obligation positive et où il ne s'agissait pas d'un droit économique ou social, mais bien d'un droit civil (droit au respect de la vie privée), il aurait fallu retenir la qualification d'obligation négative et appliquer le contrôle de conventionnalité « standard ». Ce n'est pourtant pas ce que fait la Cour. D'où une autre régression.

Enfin, dernière régression, à propos cette fois de cet instrument technique qu'est la « marge nationale d'appréciation ». Rappelons que cette notion sert à la Cour pour savoir s'il faut, dans la mise en balance des intérêts, donner plus de poids aux intérêts du requérant ou à ceux défendus par l'État, sachant qu'à la fin de la pesée, si la balance pèse du côté du requérant, alors l'État sera condamné, sinon la requête sera rejetée. Alors que ces dernières années la Cour avait développé des instruments qui permettaient, dans la détermination de cette marge d'appréciation, de protéger correctement les minorités, elle en fait ici totalement fi. Ainsi, rien sur le caractère particulièrement « vulnérable » du groupe concerné, critère utilisé pourtant en 2010, dans l'affaire *Alajos Kiss*, comme un élément restreignant la marge d'appréciation. Rien non plus sur le consensus international, pourtant écrasant sur ce sujet, alors même que la Cour accepte de le prendre en compte depuis 2008. Ici, au contraire, la Cour s'en tient à un consensus strictement interne, basé sur une simple analyse quantitative (combien d'États admettent un sexe neutre ?), alors même que, depuis une dizaine d'années, elle avait opté pour une méthode qualitative, reposant plutôt sur la recherche d'une tendance au sein des États s'étant récemment saisi du sujet. Ici, à nouveau, régression : ni méthode qualitative ni consensus international, alors même que ceux-ci auraient conduit à un résultat inverse que celui auquel parvient la Cour.

Toutes ces régressions inquiètent. Reste à espérer que la Cour en prenne conscience, peut-être grâce à sa Grande chambre qui pourrait être saisie des « graves questions » soulevées par cet arrêt, non seulement pour la protection des minorités en Europe, mais aussi celle de l'État de droit.