

N° Q1617189

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

M D...

C/

PG près la cour d'appel d'Orléans

M. Ingall-Montagnier, premier avocat général

AVIS
de l'avocat général

Audience du 21 mars 2017

= **Rejet** =

Le requérant reproche à l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans en date du 22 mars 2016 d'avoir, contrairement au jugement qu'il infirme, rejeté sa demande tendant à la rectification de son acte de naissance par substitution à la mention de son sexe masculin d'une nouvelle mention pouvant être: "**sexe neutre**", ou bien: "**intersexe**".

A l'appui de son pourvoi, il fait valoir en substance :

-- Que le respect de la vie privée suppose le respect de l'identité personnelle dont fait partie l'identité sexuée, laquelle résulte principalement de la perception que chacun a de son sexe; que c'est en violation des articles 8 de la CESDHL et 99 du code civil que la cour d'appel a considéré que sa demande était en contradiction avec son apparence physique et son comportement social alors qu'il était biologiquement intersexué, comme cela résultait de ses examens médicaux et dosages biologiques et qu'il ne se sentait pas plus de sexe masculin que de sexe féminin.

-- Que, de même, la cour d'appel ne pouvait, sans violer les textes susvisés, subordonner la modification à l'état civil de la mention de son sexe à la condition que celui-ci ne corresponde ni à son apparence physique, ni à son comportement en société, alors que ces deux aspects n'excluaient pas pour autant que le maintien de la mention d'un sexe masculin pour ce qui le concerne portait atteinte à son identité sexuée et, donc, à sa vie privée.

A ces deux questions fondamentales, le requérant ajoute :

- Qu'en outre, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations en retenant qu'il présentait une apparence physique masculine alors qu'elle relevait en même temps différents facteurs physiques démontrant son ambiguïté sexuelle;
- que cette cour n'a pas répondu au moyen selon lequel son apparence masculine résultait d'un traitement médical nécessaire à sa santé et ne pouvait donc entrer en ligne de compte pour apprécier ce qu'il ressentait quant à son identité sexuée profonde;
- qu'elle s'était de plus déterminée par un motif inopérant en se fondant pour rejeter sa demande de rectification d'État civil sur le fait que le requérant était marié et avait adopté un enfant, alors que la différence de sexe n'est ni une condition du mariage , ni de l'adoption;
- que c'est à tort qu'elle s'était bornée à retenir que le requérant avait un comportement social masculin, sans tenir compte des nombreuses attestations aux termes desquelles son comportement social n'apparaissait ni masculin ni féminin;
- que l'article 57 du Code civil ne fait qu'imposer la mention du sexe de l'enfant dans les actes de naissance, sans pour autant énoncer de façon limitative le contenu des mentions pouvant être portées à la rubrique « sexe »;
- que le juge, tenu de garantir l'effectivité des droits et libertés fondamentaux , se devait en l'espèce d'assurer le respect de son identité sexuée en rectifiant son État civil en conséquence.

* *

Ce pourvoi soulève pour la première fois **le problème du contenu des mentions qu'il est possible de porter en face de la rubrique "sexe" sur les actes d'État civil.**

* *

1) La dualité du sexe et sa mention à l'état-civil:

L'on sait que la mention du **sexe constitue une part intégrante, substantielle et obligatoire de l'identité des personnes**, tel que cela résulte de l'article **57** du Code civil.

Les instructions ministérielles relatives à l'état-civil (Circulaire Chancellerie du 28/X/2010 , complétant l'Instruction Générale relative à l'Etat-Civil) prévoient qu'au cas d'incertitude sur le sexe d'un enfant à sa naissance , il convient de retenir, sur avis médical, "le sexe le plus probable". En cas d'impossibilité de détermination du sexe, il peut être sursis à statuer, sur autorisation du Parquet, pendant un délai d'un à deux ans, jusqu'à ce que le corps médical soit en mesure de se prononcer ,le cas échéant à la suite d'un traitement.

En tout état de cause, **le sexe ne saurait demeurer indéfiniment indéterminé** et , passé le délai sus-indiqué, il y a toujours lieu de saisir le tribunal aux fins de faire compléter l'acte de naissance en portant la mention la plus proche du "sexe vraisemblable".

Si l'article 57 du Code civil ne fait pas mention de la dualité des sexes , il n'en est pas moins que **l'ensemble des dispositions normatives** dans lesquelles l'appartenance sexuelle est concernée **vise les deux sexes masculin et féminin, à l'exclusion de toute autre référence.**

C'est ainsi que l'on retrouve cette appartenance sexuelle féminine ou masculine, en tant que moyen courant d'identification administrative et sociale, sur les pièces d'identité, comme dans l'ensemble des documents administratifs ou privés comportant l'identité d'une personne. On la retrouve de même dans nombre de dispositions normatives spéciales visant l'appartenance sexuelle quand cela est nécessaire, par exemple quand il s'agit de protéger particulièrement un sexe, ou de lutter contre les discriminations entre les deux sexes.

Cette **dualité sexuelle**, bien que ne faisant pas l'objet d'une définition légale en tant que telle, fait ainsi l'objet **d'une prise en compte généralisée aux plans coutumier et normatif.**

2) L'Immutabilité et l' indisponibilité de l'état-civil en regard du droit à la vie privée :

L'état-civil obéit à un principe de **sécurité** et **d'immutabilité** (tempérée) ainsi qu'à un principe **d'indisponibilité**. Pas plus que les autres éléments concourant à la définition de l'état-civil, les indications relatives au sexe ne sont donc susceptibles de modifications inconditionnées.

Cela **n'exclut pas** que, sous des conditions strictes et avec l'autorisation du juge, un **changement de sexe** puisse être porté à l'état-civil, afin de le mettre en conformité avec la réalité physique, psychologique et sociale pour la personne considérée et de conférer ainsi à cette dernière un état correspondant au mieux à son identité sexuée, laquelle fait l'objet d'un droit reconnu à l'auto-détermination (CEDH 10/03/2015).

L'identification sexuelle, élément constitutif de l'identité de la personne, participe du droit pour chacun d'établir et détenir les détails de son identité d'être humain (CEDH, 11/07/1992), composante des droits à la vie privée protégés par l'article 8 de la CESDHL.

Pour autant, **le droit à la protection de sa sphère personnelle ainsi qu'à une identité n'est pas le droit de se voir conférer un genre et une appellation inédits au gré de chacun.**

Cette faculté, prévue dans le but exprès de permettre à chacun d'être doté du sexe correspondant le mieux à son identité profonde ne **saurait**, de ce fait, **exister qu'à l'intérieur des catégories existantes et reconnues** et quand des motifs sérieux et légitimes sont établis.

-- Il est en l'état difficile de s'inspirer **d'exemples externes**, récents et restreints:

Si une recommandation du commissaire européen aux droits de l'homme incite les Etats à évoluer sur la reconnaissance d'un genre non féminin -non masculin, il n'existe à ce jour **,au plan européen comme au plan mondial**, qu'un très faible nombre d'exemples en ce sens.

->Au plan européen, aucun pays ne retient actuellement la mention de "sexe neutre" ou "intersexe":

Le Portugal et la Finlande n' imposent pas de délai limite à l'enregistrement du sexe à l'état -civil, lorsque celui-ci n'est pas clairement identifiable.

Depuis une loi du 7 mai 2013, l'Allemagne admet que le champ réservé au sexe dans le registre des naissances ne soit pas renseigné au cas d'indétermination conduisant à établir un diagnostic de « désordre du développement sexuel ».

Plus récemment, comme indiqué ci-dessus, le commissaire européen aux droits de l'homme a relevé en Juin 2015 dans un document thématique consacré aux personnes inter-sexe que dans toute l'Europe le sexe de l'enfant est précisé dans l'acte de naissance, ce sexe ne pouvant être que féminin ou masculin. Il est recommandé par le Commissariat aux droits de l'homme de faciliter la reconnaissance des personnes inter-sexe et de permettre de procéder de façon souple à l'assignation ainsi qu'au changement de sexe dans les documents officiels. Il est enfin recommandé d'offrir aux personnes concernées la possibilité de ne pas choisir entre un marqueur de genre masculin ou féminin, les Etats étant en outre incités à s'interroger sur la nécessité de maintenir l'indication du genre dans les documents officiels.

->Au plan mondial, Il a été relevé l'exemple de l'Australie, dont la haute cour a autorisé en 2014 l'inscription d'une personne à l'état- civil sous la mention « *non-spécific* » en ce qui concerne son sexe.

La même année, la cour suprême indienne a ordonné au gouvernement et à l'ensemble des Etats du pays d'identifier les personnes "transgenre" comme un troisième genre neutre, éligible aux mêmes droits et aides sociales que les autres "groupes minoritaires".

3) La non référence à un troisième genre neutre apparaît justifiée :

En cet état, le fait de ne pas reconnaître un sexe intermédiaire, constitutif d'une **ingérence de l'autorité publique** prévue à l'**article 8 -2°** de la CESDHL **apparaît légitime** en ce que une telle ingérence:

- résulte de la loi (ici par "incompétence négative" , pour employer une terminologie de la jurisprudence constitutionnelle);

- poursuit des objectifs légitimes : précision dans l'identification des personnes au regard de critères prêtant le moins possible à interprétation ou incertitude ; prise en compte du sexe masculin ou féminin comme déterminant un certain nombre de situations de droit, notamment dans des domaines d'ordre public tels la filiation;

- est proportionnée au regard de la finalité majeure d'ordre public de cohérence et sécurité de l'état-civil garantissant une identification fiable des personnes;

- intervient dans le cadre d'une absence de consensus des Etats -membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en cause ou sur les meilleurs moyens de le protéger. Comme on le sait, la marge d'appréciation de chaque État n'en est donc dans une telle situation que plus importante.

4) Incompétence de l'Autorité judiciaire :

L'absence de définition ou de référence à la binarité des sexes, autre que de façon indirecte dans les lois et règlements ou dans la jurisprudence, **ne saurait pour autant permettre de créer de nouvelles catégories *ex nihilo* par voie prétorienne:**

- Si il incombe en effet au juge de statuer en regard du droit existant, ou évincé de principes supérieurs qu'il met en évidence, il ne lui appartient en revanche pas de créer de nouvelles catégories juridiques de personnes.

- A défaut, il **excéderait manifestement ses pouvoirs** et violerait l'article 34 de la Constitution, étant en outre rappelé qu'il ne tient pas plus une telle prérogative d'un traité international ou, spécialement ,de la CESDHL.

De tels enjeux de société imposent en réalité un large débat démocratique et une expertise approfondie et diversifiée , qui , comme l'ont parfaitement indiqué le procureur général d'Orléans ainsi que les chambres réunies de cette cour d'appel, **ne ressortissent pas de l'office du juge.**

* *

Les autres branches du moyen, visant des griefs formels, ne paraissent pas plus de nature à entraîner la cassation.

- Pour l'ensemble de ces motifs, il sera conclu au **rejet du pourvoi.**

* * * *