



**HAL**  
open science

## La difficulté d'exister du sexe neutre

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La difficulté d'exister du sexe neutre. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2017, 04, pp.947. halshs-02250073

**HAL Id: halshs-02250073**

**<https://shs.hal.science/halshs-02250073>**

Submitted on 26 Jun 2023

**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.

## La difficulté d'exister du sexe neutre

M. Gobert, *Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister*, JCP 2017. 922

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Dans son étude, Michelle Gobert argumente résolument en faveur de la consécration d'un sexe neutre par les juges en regrettant que l'arrêt rendu par la Cour de cassation sur une personne de sexe indéterminé n'ait pas franchi le pas (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2017, n° 16-17.189, D. 2017. 1399, et les obs., note J.-P. Vauthier et F. Vialla ; *ibid.* 1404, note B. Moron-Puech; AJ fam. 2017. 354, obs. J. Houssier ; *ibid.* 329, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2017. 607, obs. J. Hauser). Michelle Gobert retrace pour cela l'histoire du transsexualisme qui a conduit à infléchir la rigidité des catégories du masculin et du féminin dans l'état civil. Elle appelle alors le juge à jouer son plein office normatif en s'adaptant à la réalité sociale comme il l'a fait jadis pour l'enrichissement sans cause ou la responsabilité du fait des choses. Michelle Gobert détaille ensuite les catégories médicales des personnes de sexe indéterminée relevant que « chaque cas est individuel, aucune généralisation n'est possible » (p. 1222) ce qui appellerait à respecter le droit de la personne à son auto-détermination en application du respect de la vie privée. En ce sens, l'auteur cite de nombreux pays qui ont mis en place une procédure déclarative de changement de sexe faisant écho à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît « la liberté de définir son sexe » (p. 1226). On ne saurait donc faire trop de cas des renvois par la Cour d'appel d'Orléans et la Cour de cassation à l'office du législateur. D'autant plus que la Haute juridiction a justement une fonction normative. Or la jurisprudence peut intervenir plus rapidement, au besoin en prenant comme fondement l'égalité des citoyens et « la liberté d'exister en étant différent » (p. 1228).

L'analyse de Michelle Gobert nous paraît très intéressante en raison des arguments développés. Le premier, assez classique, est celui des rapports entre le juge et le législateur. Le deuxième, inscrit en filigrane, est celui de la fonction du droit. Le troisième enfin tient au rapport entre les catégories juridiques et le réel. Nous allons expliquer pour chacun d'eux pourquoi la prudence est selon nous de mise dans leur utilisation.

Premièrement, le juge ne saurait se substituer au législateur. C'est l'une des évidences de la primauté de la loi comme source du droit, de l'autorité relative de la chose jugée et de l'interdiction des arrêts de règlement. Avant la loi sur le mariage pour tous, les hauts magistrats avaient renvoyé la charge de dire le droit au législateur, approuvés plus tard en cela par le Conseil constitutionnel (n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, § 22, D. 2013. 1643, chron. F. Dieu; *ibid.* 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot; *ibid.* 954, obs. REGINE; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; AJ fam. 2013. 332, étude F. Chénéde; RFDA 2013. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* 936, étude G. Drago ; RDSS 2013. 908, note L. Brunet ; Constitutions 2013. 166, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *ibid.* 381, chron. A.-M. Le Pourhiet ; *ibid.* 555, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2013. 579, obs. J. Hauserqui y voyait une question sur laquelle il ne pouvait se substituer au parlement. C'est ici un autre acte du même drame qui se joue pour le sexe neutre. Le pouvoir créateur du juge invoqué par Michelle Gobert nous paraît inapte à justifier la consécration d'une troisième catégorie. La comparaison avec l'enrichissement sans cause, la responsabilité du fait des choses ou l'obligation naturelle n'est pas parfaitement adéquate. D'abord, ces arrêts relèvent de l'avoir et non de l'être, sujet autrement fondamental. Ensuite, les arrêts évoqués avaient tous une base textuelle plus ou moins pertinente pour asseoir l'audace des juges. L'enrichissement sans cause a consisté dans la généralisation de la répétition de l'indu et de la gestion d'affaires, la responsabilité du fait des choses est une généralisation des cas limités de responsabilité du fait des animaux et des bâtiments et l'obligation naturelle dit simplement qu'il existe des zones de non-droit dans les relations humaines, thème très cher à Carbonnier. La tendance à vouloir faire du juge l'arbitre des conflits de valeurs et des questions de société pose d'ailleurs la question de sa légitimité qui, pour l'heure, ne provient pas de l'élection démocratique.

Deuxièmement, la fonction du droit est-elle de répondre à la souffrance ? Sans le dire, Michelle Gobert use volontiers

de cet argument de façon plus ou moins directe. Le vocabulaire utilisé est révélateur : « torture psychologique », « difficulté à vivre », « les bannies de la société », « traumatismes suffisants à gâcher une vie », « mal vécu », « victime d'un système », « horrible erreur ». La souffrance comme moteur de l'évolution de la responsabilité civile est un thème bien connu à travers le problème de l'hyper-indemnisation. La souffrance serait-elle un moteur général de l'évolution du droit ? Faut-il établir qu'on souffre pour avoir des droits ? La réponse à cette question est loin d'aller de soi. Le juge, par définition, dit le droit et tranche des litiges. Doit-il apporter un soulagement à des personnes en proie à des difficultés physiques et psychologiques ? Cette fonction serait totalement nouvelle dans la liste historique de celles que le droit a assumé (F. Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016, p. 17). Admettre que le droit joue un rôle dans la (re)construction psychologique des individus est une innovation dont la portée est considérable et ne saurait prendre les airs d'une fausse évidence.

Troisièmement, les catégories juridiques doivent-elles refléter le réel ? Doivent-elles, comme dans le cas d'espèce, se soumettre aux catégories médicales et les transposer ? Non seulement ce serait nier l'autonomie du droit mais ce serait de surcroît donner au droit une fonction d'enregistrement d'un savoir externe. En exigeant du juge qu'il constate la réalité, l'argument invoqué est paradoxalement jusnaturaliste : c'est une version inattendue du *ex facto jus oritur* où le fait est chargé de normativité. Aussi, l'argument pourrait tout aussi bien se retourner car la binarité des sexes est une donnée naturelle et générale difficilement contestable. Dès lors, l'idée de sexe neutre fait figure d'exception, si ce n'est de non-droit. N'y aurait-il pas inversion à raisonner à partir des exceptions et non du principe ?

En tout état de cause, le rôle du sexe dans le droit ne relève pas seulement de la vie privée. L'identification des personnes et les règles qui leur sont applicables exigent de structurer les rapports humains sur la base de l'élément le plus répandu. L'égalité invoquée en ultime argument n'est pas une égalité devant la loi mais « l'égalité d'exister juridiquement, conformément à ce que l'on est » (M. Gobert, préc., p. 1228). Autant dire qu'un certain état biologique et factuel serait l'ordre du droit lui-même. Puisque la situation existe, il faudrait la traiter mais conformément au fait et non au droit.

Pour autant, nous ne renions pas l'idée que le droit est libre de ses catégories et qu'il pourrait très bien consacrer toute une variété de sexes nommés différemment. Cependant, les nuances factuelles sont infinies, les situations toutes différentes. Si chacun devait avoir son droit, l'émiettement serait inévitable. Le droit simplifie et généralise. Il ne prétend pas à la vérité - si tant est qu'elle fût connaissable. Que le sexe neutre ait une difficulté d'exister est ainsi inévitable. C'est la difficulté inhérente aux personnes qui sont dans cette situation compliquée. Le droit se contente des apparences, de l'ordre social, il ne va pas plonger son regard au fond des choses. L'idée vaut à plus forte raison pour le juge. C'est sans doute là l'une des formes de sa sagesse, l'audace proprement juridique de s'en tenir aux apparences.