



HAL
open science

”Homme et femme, la Cour créa”

Marie-Xavière Catto, Laurence Brunet

► To cite this version:

Marie-Xavière Catto, Laurence Brunet. ”Homme et femme, la Cour créa”. La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales, Mare&Martin, 2021, 978-2-84934-539-9. ⟨halshs-05349860⟩

HAL Id: halshs-05349860

<https://shs.hal.science/halshs-05349860v1>

Submitted on 5 Nov 2025

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.



HAL Authorization

« HOMME ET FEMME, LA COUR CRÉA ».
NOTE SOUS CASS. 1^{re} CIV., 4 MAI 2017, N° 16-17.189*

Laurence BRUNET

*Chercheure en droit privé associée à l'Institut national
d'études démographiques (UR14)
et à l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (ISJPS)
UMR 8103, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – CNRS*

et

Marie-Xavière CATTO

*Maîtresse de conférences en droit public
Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (ISJPS)
UMR 8103, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – CNRS*

« Le Code civil a tort de n'admettre que deux catégories d'individus, car dans la Société, il en existe, à titre d'exception, c'est vrai, mais il n'en existe pas moins trois catégories : les hommes, les femmes et... ceux qui ne sont ni l'un ni l'autre »¹.

« Si l'enfant ne peut être rattaché ni au sexe féminin ni au sexe masculin, l'état civil peut ne comprendre aucune mention du sexe ou être complété par la mention "divers" »².

Des propositions médicales en faveur d'un troisième sexe

Charles Debierre, médecin exerçant à la fin du XIX^e siècle, constatait que l'article 57 du Code civil ne faisait exister juridiquement que deux catégories d'individus, alors que, biologiquement, à la naissance, tous ne peuvent entrer dans

* Cette contribution a été rédigée, pour l'introduction et la première partie, par Marie-Xavière CATTO, pour la seconde partie, par Laurence BRUNET.

1. C. DEBIERRE, *L'hermaphrodisme : structure, fonctions, état psychologique et mental, état civil et mariage, dangers et remèdes*, Paris, J.-Baillièrre et fils, 1891, p. 146.

2. Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, du 18 décembre 2018 (entrée en vigueur le 22 décembre 2018) – *JO BGBl. I S. 2635* (Nr. 48) qui modifie le § 22, alinéa 3, de la loi sur l'état civil (Personenstandgesetz).
Merci à Laurie MARGUET de l'avoir traduite pour nous.

celles-ci. Ce fait était bien connu par les médecins de l'époque, qui n'envisageaient alors pas d'opérer les parties génitales des enfants immédiatement à la naissance pour façonner leur corps conformément à la binarité supposément exigée par l'article 57 du Code civil. Partageant les présupposés, valeurs et normes de leur époque, nombreux étaient les médecins qui pensaient que reconnaître un troisième sexe aurait permis d'assumer l'incertitude du sexe de certains enfants³. Il faudrait, dans leur perspective, en attendant que le sexe se détermine, singulariser les sujets de sexe douteux par une mention explicite à l'état civil, afin d'éviter les mariages contre nature. Ainsi, modifier l'article 57 et créer un troisième sexe permettrait de contourner les difficultés occasionnées par une interrogation plus tardive sur le sexe.

La résistance du droit à la stigmatisation proposée par les médecins

Deux registres de justifications ont conduit à rejeter la mention stigmatisante proposée par les médecins.

Le premier relève de la volonté de maintenir les unions matrimoniales alors contestées. Le divorce ayant été aboli au cours du XIX^e siècle, reconnaître la nullité du mariage constituait la seule possibilité de se séparer. Des unions ont ainsi été contestées sur le fondement de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne : l'autre époux n'étant pas de l'autre sexe, la logique binaire conduisait à avancer l'identité de sexe des époux. Mais l'examen des corps ne conduisait pas à établir soit l'altérité soit l'identité de sexe des époux, révélant par là des cas d'intersexuation. Or il n'était pas question à l'époque d'autoriser les mariages des personnes intersexuées avec des hommes ou avec des femmes : l'idée de complémentarité des sexes les aurait exclus de l'institution. Par conséquent reconnaître cette troisième catégorie aurait conduit à interdire le mariage à certaines personnes ou à rendre contestables les unions par quiconque tout au long de la vie. Afin d'éviter ces effets, le sexe déclaré pertinent dans le cadre du mariage n'a pas été le sexe réel de l'individu, mais le sexe déclaré à l'état civil sur la base de l'examen des organes génitaux externes à la naissance⁴.

3. Parmi les médecins favorables à la création de cette troisième catégorie : A. LEBLOND, « Du pseudo-hermaphrodisme comme empêchement médico-légal à la déclaration du sexe dans l'acte de naissance », in *Annales de gynécologie et d'obstétrique*, Paris, G. Steinheil, 1885, t. 24, p. 35 ; A. LACASSAGNE, *Les actes de l'état civil : étude médico-légale de la naissance, du mariage, de la mort*, Bibliothèque scientifique de l'avocat et du magistrat, Lyon, Paris, 1887, p. 92-93 ; J. CHEVALIER, *L'inversion sexuelle*, Lyon, A. Strork, G. Masson Éditeurs, 1893, p. 485-486 ; J.-N. LOIR, *Des sexes en matière d'état civil. Comment prévenir les erreurs résultant de leurs anomalies*, Paris, Cotillon Éditeur, Librairie du Conseil d'État, 1854, p. 28 ; GENTE et LANDES, « Pseudo-hermaphrodisme et déclaration de naissance », *Journal de médecine de Bordeaux*, 31 mai 1908, cité par les auteurs du résumé de l'article publié dans la *Revue de médecine légale*, janv. 1909, p. 214, qui mentionnent également Garnier.
4. M.-X. CATTO, « La mention du sexe à l'état civil », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN, *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 42-45.

Le second registre de justification relève de la défense des personnes, également invoquée, celles-ci n'étant pas réductibles, comme leurs unions, à des instruments propres à la consommation d'autrui : « Le mariage est [...] l'union de deux personnes intelligentes et morales ; [...] il doit être contracté entre un homme et une femme ; [...] cette condition est nécessaire et suffit à son existence : [...] la femme ne peut être abaissée, au point de ne la considérer que comme un appareil sexuel, et de ne voir en elle qu'une organisation propre à faire des enfants et à satisfaire les passions du mari ; [...] la possibilité de la procréation d'enfants et d'une cohabitation charnelle n'est pas absolument essentielle à l'existence du mariage »⁵.

La revendication des médecins a été écartée principalement afin de protéger les personnes intersexuées : protégées contre la volonté médicale de les stigmatiser, de les désigner comme sujets de « sexe douteux » ; protégées contre l'éventuelle contestation de leur union par toute personne, proches et conjoints inclus, qui interrogerait leur sexe. L'invisibilisation civile était alors l'instrument de leur respect. Tel n'est plus aujourd'hui la perspective adoptée par les normes imposant encore cette binarité alors que le contexte juridique et politique a changé.

Le retournement de l'invisibilisation

Entre-temps, deux évolutions se sont produites : les opérations systématiques des personnes intersexuées dès la naissance à partir du début des années 1950 ; la création d'un mouvement militant revendiquant la reconnaissance de leur existence en tant qu'intersexués à la fin du XX^e siècle⁶. Il n'est donc plus certain que la bicatégorisation des sexes à l'état civil soit nécessaire pour protéger les personnes contre les discriminations, même si l'argument reste régulièrement invoqué⁷. Le risque de stigmatisation a encore été rappelé, pour défendre des solutions différentes, par le TGI de Tours (qui justifiait ainsi le choix du « sexe neutre » plutôt que la mention « intersexe »)⁸, et par la cour d'appel d'Orléans⁹, qui l'invoquait pour rejeter une troisième mention afin de protéger les mineurs intersexués, hypothèse pourtant étrangère au cas d'espèce (puisque le requérant était né en 1951).

5. Caen, 23 mars 1882, *S.* 1882, 2, p. 108.

6. C. Chase fonde l'Intersex Society of North America en 1993 et C. Hinkle l'Organisation internationale des intersexes (OII) dix ans plus tard. Sur la naissance du mouvement, v. J.-A. GREENBERG, *Intersexuality and the law*, New York University Press, 2012, chap. 8.

7. Par ex., L. LEVENEUR, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit*, Pierre Téqui Éditeur, 2002, p. 79, qui reprend l'argument de J. CARBONNIER, *Droit civil, I*, PUF, 2004, n° 271, p. 503 ; C. BYK, « Quelle place pour un 3^e sexe en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé », in *Mélanges C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 187-188.

8. TGI Tours, 20 août 2015, n° 2015-022399.

9. CA Orléans, 22 mars 2016, n° de RG 15/03281.

La Cour de cassation n'a pas repris cette idée. Il était difficile d'invoquer pour le requérant un risque de stigmatisation alors qu'il demandait pour lui seul, et à 63 ans, de faire porter cette mention sur son acte de naissance. Voyant se poser devant elle une question « inédite »¹⁰, la Cour rejette la possibilité d'une troisième mention du sexe. Dans le contexte où cette mention est refusée à une personne majeure qui en forme la demande, l'invisibilisation des personnes intersexuées n'est plus opérée en leur nom pour les protéger. La Cour fonde son rejet sur des arguments d'ordre public, après un contrôle de proportionnalité pour le moins superficiel.

Un contrôle de proportionnalité superficiel

Du côté du numérateur, la requête fait apparaître une personne qui se revendique de sexe neutre. Or elle « a l'apparence et le comportement social d'une personne de sexe masculin », donc c'est un homme, ce qui est en outre conforme « à l'indication portée dans son acte de naissance ». La décision nous présente donc un individu de sexe masculin qui a l'apparence et le comportement social d'un homme, il est perçu comme tel. Il est alors difficile d'entendre sa requête.

En face, du côté du dénominateur, la Cour n'oppose rien de moins qu'un élément « nécessaire à l'organisation sociale et juridique », un « élément fondateur »¹¹. Pour le Conseil d'État, le « fondement du pacte social » repose sur les articles 1, 2 et 3 de la Constitution¹². Pour la Cour de cassation, c'est sur « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil »¹³. Elle substitue à l'argument d'ordre public de protection de l'état des personnes, dans les motifs de la cour d'appel d'Orléans¹⁴ un nouveau standard dont elle fait ici son premier usage.

La formule n'apparaît pas dans les arrêts de la Cour de cassation antérieurs. Ici la Cour reprend exactement les termes du procureur général de la cour d'appel d'Orléans¹⁵. La doctrine repoduisant ces propos en avait admis le principe¹⁶, et ceux-ci ont pu prospérer puisque le gouvernement français avançait une formule

10. R. LE COTTY, Rapport sur Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189, p. 4, p. 14.

11. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

12. CE, ass., avis, 30 juill. 2015, n° 390268, sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : « les articles 1^{er}, 2 et 3 qui affirment les principes constitutionnels mentionnés dans la décision du Conseil constitutionnel du 15 juin 1999 et sont un fondement du pacte social dans notre pays ».

13. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

14. « La protection de l'état des personnes qui est d'ordre public », CA Orléans, 22 mars 2016, p. 7.

15. CA Orléans, 22 mars 2016, n° de RG 15/03281, p. 4.

16. C. SIFFREIN-BLANC, note sous CA Orléans, 22 mars 2016, *AJ. fam.* 2016, p. 262.

exactement identique, entre les deux arrêts, devant la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Nicot et Garçon c. France*¹⁷.

Ce qui est visé par ce principe, personne ne s'y trompera, c'est une organisation sociale et juridique qui divise l'humanité en deux catégories d'êtres pensés comme complémentaires¹⁸, donc faites l'une pour l'autre. Or, dans sa décision, la Cour nie l'existence de quelque problème que ce soit car, comme l'a constaté la cour d'appel, l'individu correspond précisément à ce modèle.

Conclusion

La Cour estime donc que les critères posés à l'article 8, alinéa 2, de la Convention européenne qui peuvent justifier l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée sont remplis :

1 – l'ingérence est prévue par une loi : sans préciser quelle loi, la Cour l'affirme ;

2 – son but est légitime : rien de moins que l'ordre social est en jeu ;

3 – l'atteinte est proportionnée : un individu sans problème veut bouleverser les fondements de l'ordre social et juridique. La Cour n'aurait-elle pas dû répondre aux arguments avancés, qui prouvaient le contraire ? La réponse est négative : le rapport rappelle une jurisprudence constante de la Cour de cassation en vertu de laquelle les juges « ne sont pas tenus de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'ils décident d'écartier »¹⁹.

*
* *
*

Il nous semble néanmoins que le rejet de cette requête ne s'imposait pas. Les arguments avancés relevant de la compétence ou de l'ordre public nous semblent pouvoir être interrogés : accueillir la requête était, à l'évidence, une décision que la Cour pouvait prendre (I). En outre, il semble possible de se demander si la dénaturation et la superficialité du contrôle de proportionnalité ne masquent pas le refus de s'y confronter, quand l'article 8 paraissait exiger d'opérer un tel contrôle. L'attention à l'espèce présentée devant la Cour et l'application rigoureuse d'un contrôle de proportionnalité de l'atteinte à la vie privée auraient dû conduire à accéder à la requête singulière qui lui était soumise (II).

17. Cour EDH, 6 avr. 2017, *A. P., Nicot et Garçon c. France*, n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13, § 105 : « Il s'agit de conserver à l'identité sexuelle son rôle nécessaire et structurant au sein de l'organisation sociale et juridique ».

18. Le rapport de R. Le Cotty cite ainsi la phrase de J.-P. Branlard en vertu duquel le sexe « marque l'appartenance à l'une des deux moitiés du genre humain » (p. 4) et, dans le même sens, les écrits de J. Carbonnier. Or deux moitiés se complètent, elles ne forment un tout qu'ensemble.

19. R. LE COTTY, Rapport sur Cass. 1^{re} civ. 4 mai 2017, préc., p. 31.

I. UNE DÉCISION QU'ELLE POUVAIT PRENDRE

La Cour, sur le strict plan de sa compétence, aurait pu accéder à la demande du requérant (A), mais rejette sa requête au nom d'un ordre social et juridique exigeant la seule reconnaissance de deux sexes, ordre pourtant difficilement justifiable (B).

A. Une compétence difficilement contestable

La Cour de cassation pouvait prendre cette décision car elle en a parfaitement la compétence, ce dont sa décision témoigne et qu'elle reconnaît (1), mais elle décide, de manière surprenante, de s'autolimiter (2).

1. Une compétence reconnue

Le rattachement à « la loi ». Dans son premier attendu, la Cour affirme, dans la continuité de la cour d'appel d'Orléans²⁰, 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 ». La Cour avait déjà visé une telle « loi française », sans référence explicite, dix ans plus tôt, au sujet de la différence des sexes entre époux, en affirmant que, « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme »²¹. En 2017, la Cour ne cite pas la loi à laquelle elle se réfère puisque l'article 57, qui n'en dit rien, permet d'autres mentions²², ce que l'avocat général

20. La cour d'appel n'avait pas précisément répondu sur ce point, estimant simplement « au surplus » qu'« en l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, il n'est pas envisagé la possibilité de faire figurer, à titre définitif, sur les actes d'état civil, une autre mention que sexe masculin ou sexe féminin » (p. 8 de l'arrêt).

21. Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 05-16627. C'est M. MESNIL qui fait cette remarque et met en perspective les deux décisions, « La binarité des sexes à l'épreuve de l'intersexuation », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie* 2017, n° 17, p. 45-46.

22. Comme cela est rappelé par R. LE COTTEY, Rapport sur Cass. 1^{re} civ., p. 5, et admis par le TGI de Tours qui estimait que « rien ne s'oppose en droit interne à ce que la demande de ce dernier soit accueillie favorablement ». Ce point a été souligné de longue date par la doctrine. Comme le remarquait E. WILHEM, « L'hermaphrodite et le droit », *Archives d'anthropologie criminelle* 1911, p. 277 (« À mon avis, la loi n'exige pas absolument l'inscription du sexe masculin ou féminin. Elle veut que la nature du sexe soit mentionnée : si donc la nature en est hermaphrodite ou indéterminable, il sera plus conforme à la vérité, à l'esprit de la loi et à l'intérêt de l'individu d'en faire mention dans l'acte de l'état civil, par exemple par une formule englobant toutes les sortes d'hermaphrodisme ; telle l'indication "sexe ambigu" ou "sexe hermaphrodite" »). V. dans le même sens M.-L. RASSAT, « Sexe, médecine et droit », *Mélanges P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 660 ; et, plus récemment, M. GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP* 2017, 716, n° 25, p. 1224 et p. 1227. V. égal. la décision de la Cour constitutionnelle allemande

reconnaît en affirmant que la norme résulte de la loi « ici par “incompétence négative” »²³ du législateur. Sans doute le législateur aurait-il dû le prévoir ; mais il ne l’a pas fait. Aussi, la Cour déclarant que « la loi française » énonce cette binarité exclusive des sexes interprète la loi, puisqu’elle aurait aussi bien pu dire précisément le contraire, cette loi ne disposant pas d’un sens unique²⁴.

Une affirmation déduite des dispositions législatives. La Cour prétend pourtant se soumettre aux dispositions législatives, auxquelles elle doit évidemment se conformer. Le rapport rappelle neuf de ces dispositions qui affirment l’existence de deux sexes en droit. Celles-ci précisent, à chaque fois, que la norme est applicable à « l’un ou l’autre sexe » ou aux « deux sexes ». Certes, il est possible d’en déduire que, selon le législateur, il y a deux sexes, mais ces affirmations sont historiquement marquées : c’est bien dans la mesure où l’absence de mention des femmes dans les textes, ou la mention du seul sexe masculin, a longtemps signifié que les dispositions ne leur étaient pas applicables, qu’il a fallu le préciser. Pour ne prendre qu’un exemple, l’article 980 du Code civil cité par le rapport dispose : « Les témoins appelés pour être présents aux testaments pourront être “de l’un ou l’autre sexe” »²⁵. Or l’article, dans sa version de 1804, affirmait que « les témoins appelés pour être présents aux testaments, devront être mâles, majeurs, républicoles, jouissant des droits civils »²⁶. Cette même logique est autrement formulée à l’article 37, qui précisait dans sa version de 1804 que « les témoins produits aux actes de l’état civil ne pourront être que du sexe masculin », et qui désormais vise toute personne « sans distinction de sexe ».

Tout ce que ces normes énoncent, c’est que le législateur a entendu les appliquer universellement, non pour exclure une quelconque autre possibilité, mais pour inclure toutes les personnes sans égard pour leur sexe. *Leur marque historique est celle de l’inclusion, non du rejet.* La Cour constitutionnelle allemande a, quelques mois plus tard, explicitement répondu ainsi au même argument, en affirmant que la Constitution n’impliquait pas l’existence de deux sexes seulement, car : « Certes, la première phrase de l’article 3(2) se réfère aux “hommes” et aux “femmes”. Néanmoins, il ne s’ensuit pas que l’on doive en conclure que les sexes soient seulement féminins et masculins. Il fait suite aux exigences de reconnaissance des droits égaux et à l’élimination des discriminations liées au sexe posées par l’article 3(2) GG. L’objet de cette disposition est principalement

selon laquelle l’exigence de la mention d’un sexe par la Constitution n’implique pas seulement deux sexes, *BvR* 2019/16, 10 Oktober 2017, Rn. 59.

23. P. INGALL-MONTAGNIER, Premier avocat général, avis sous Cass., 4 mai 2017, *JCP* 2017, p. 1208.

24. Dans le même sens, pour souligner l’absence de motivation, B. MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une “mutilation juridique” ? », *D.* 2017, p. 1406.

25. R. LE COTTY, Rapport sur Cass. 1^{re} civ., préc., p. 5.

26. Code civil des Français : éd. originale et seule officielle, Imp. de la République (Paris), 1804, art. 980.

d'éliminer les discriminations contre les femmes, non d'inscrire l'identité de genre à l'état civil ou de faire obstacle à la reconnaissance d'une autre catégorie »²⁷.

À l'inverse, il est possible de rappeler que ce n'est pas parce que les dispositions juridiques ne mentionnent pas précisément leur applicabilité aux deux sexes qu'elles ne sont pas applicables aux femmes. Lorsque la norme se réfère, par exemple dans le premier article du Code du travail, « aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés » (art. L. 1111-1), elle est applicable quel que soit le sexe, sans que cela soit énoncé. Par conséquent « il n'y a pas de lien nécessaire entre le fait qu'un énoncé juridique désigne ou non un sujet de droit sexué et la détermination des destinataires de la règle »²⁸. Toutes ces normes, pourtant rédigées au masculin, n'excluent pas les femmes, et la Cour de cassation ne s'en est évidemment pas tenue à la lettre des textes qui ne mentionnent que le masculin. Par conséquent, l'interprétation qui y préside est téléologique.

Les neuf articles cités par le rapporteur de la Cour de cassation où il est fait mention des « deux sexes » ou de « l'un ou l'autre sexe » et qui servent d'argument pour justifier le refus d'un troisième sexe visent toutes les personnes. Il suffirait donc d'y substituer, sans atteindre l'intention du législateur, la formule « quel que soit le sexe ».

L'argument de l'incompétence fondé sur l'état des personnes. Sur un plan formel, la Cour de cassation était juridiquement compétente pour trancher la décision. Elle ne retient pas, dans ses motifs, l'argument avancé par la cour d'appel qui estimait que cela allait « au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la seule création relève du législateur »²⁹, argument repris par l'avocat général³⁰ et par le rapport³¹, en vertu duquel l'article 34 de la Constitution, qui dispose que « la loi fixe les règles concernant [...] l'état et la capacité des personnes », ferait obstacle à son examen. Le fait même qu'elle se prononce montre qu'elle s'estime compétente. Si la Cour s'était effectivement estimée incompétente au sens strictement juridique, elle aurait jugé que la requête

27. *BvR* 2019/16, 10 Oktober 2017, Rn. 50 (notre traduction, basée sur la traduction en anglais par la Cour constitutionnelle allemande).

28. L. CAMAJI, I. ODOUL-ASOREY, J. PORTA, « "Travailleuse, travailleur" : une lecture du code du travail au prisme du genre », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN, *La loi et le genre. Études critiques de droit français, op. cit.*, p. 188.

29. CA Orléans, 22 mars 2016, n° de RG: 15/03281, p. 8.

30. P. INGALL-MONTAGNIER, Premier avocat général, avis sous Cass., 4 mai 2017, *JCP* 2017, p. 1208.

31. « Rappelons également qu'en tout état de cause, en application de l'article 34 de la Constitution, l'état des personnes relève de la seule compétence du législateur », R. LE COTTY, Rapport sur Cass. 1^{re} civ. préc., p. 7. Dans le même sens, J.-R. BINET, « Sexe neutre : un refus catégorique », *Dr. famille* juill-août 2017, étude 9, p. 10 ; M. PERON, « Intersexualisme, l'admission d'un troisième genre au regard des exemples étrangers », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 8|2015, § 25.

du demandeur était soit irrecevable, car insusceptible de pourvoi, soit – pour une incompétence qui n’aurait pas relevé de l’article 34 – que la décision était du ressort de la compétence des juges du fond qui auraient « souverainement constaté que... ». Dans cet arrêt, la Cour se prononce sur le fond. Elle énonce une règle de droit. Elle rejette, car en droit la demande ne lui paraît pas fondée, exactement comme l’avaient fait les juges du fond : les premiers, sur le fondement de l’article 8, admettant un possible sexe neutre³², les seconds, sur ce même fondement, reconnaissant la possibilité de ne mentionner « aucune catégorie sexuelle »³³. La Cour, sans le dire explicitement, n’invoque la loi et « les limites de son office »³⁴ que parce qu’elle estime qu’aucune norme supérieure ne s’impose, les États disposant d’une marge d’appréciation³⁵. Mais sa soumission à la loi est seconde, car elle avait le pouvoir de casser si son interprétation avait été contraire.

Selon l’avocat général, la Cour excéderait son pouvoir parce qu’il ne lui appartient pas de « créer de nouvelles catégories juridiques de personnes »³⁶. Pourtant, il convient de rappeler que la Cour de cassation a posé un certain nombre de normes en matière d’état des personnes³⁷. En matière de transsexualisme, la Cour l’a fait, sans intervention aucune du législateur. L’ensemble des décisions permettant aux personnes trans de changer de sexe à l’état civil a été critiqué de longue date par la doctrine précisément pour cette raison³⁸. Le fait que le rapport sur l’arrêt, dans cette affaire, invoque l’incompétence du juge en matière d’état des personnes est donc un classique³⁹.

32. TGI Tours, 20 août 2015, n° 2015-022399.

33. CA Orléans, 22 mars 2016, n° de RG : 15/03281, p. 8. Émettre l’éventualité de ne pas mentionner le sexe était pourtant clairement contraire à l’article 57, ce qui n’était pas le cas de la mention du sexe neutre.

34. Au sujet de cette décision, Cour de cassation, *Étude annuelle 2018. Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Direction de l’information légale et administrative, Paris, 2018, p. 10.

35. *Ibid.*, p. 138.

36. P. INGALL-MONTAGNIER, Premier avocat général, avis sous Cass., 4 mai 2017, *JCP* 2017, p. 1208.

37. V., pour d’autres exemples de jurisprudence innovante de la Cour de cassation, notamment en matière de responsabilité civile, M. GOBERT, « Le sexe neutre ou de la difficulté d’exister », *JCP* 2017, 716, n° 25, p. 1224-1225.

38. Même par les procureurs, qui ne savaient pas quelle incidence une telle admission avait sur le reste des dispositions législatives en matière d’état des personnes, par ex. TGI Paris, 24 nov. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, jur., p. 510 ; TGI Paris, 24 nov. 1981, *JCP* 1982, 19792 (1^{re} espèce – qui n’est pas la même). Pour la doctrine, G.-M. FAURÉ, « Transsexualisme et indisponibilité de l’état des personnes », *RDSS* 1989, p. 14 ; F. FURKEL, « La loi allemande du 10 septembre 1980 sur le transsexualisme : source d’inspiration pour le législateur français ? », in *Mélanges Huet-Weiller*, PU Strasbourg, 1994, p. 166-167 ; G. COHEN-JONATHAN, « Progrès scientifique et technique et droits de l’homme », in *Mélanges Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 123 et s.

39. R. LE COTTY, Rapport sur Cass. 1^{re} civ. préc., p. 7.

De son côté, la Cour européenne, en condamnant la France en 1992, constatait que « rien n'aurait empêché, après jugement, d'introduire dans l'acte de naissance de Mlle B., sous une forme ou une autre, une mention destinée [...] à refléter la situation présente de l'intéressée »⁴⁰, mais elle ne l'imposait pas. Elle constatait simplement que la fréquence avec laquelle chacun devait révéler aux tiers son sexe dans la vie quotidienne constituait une violation du droit à la vie privée⁴¹. La France devait donc mettre fin à cette violation de l'article 8, mais disposait de plusieurs solutions à cette fin⁴² : soit supprimer cette mention d'un certain nombre de documents, soit maintenir cette mention, mais dans ce cas permettre le changement de sexe. Or selon l'avocat général devant la Cour de cassation, en 1990, permettre le changement de sexe « est de nature à faire vaciller les bases sur lesquelles repose une société »⁴³.

Dans le cadre de la première branche de l'alternative, le pouvoir compétent, pour nombre de ces documents, aurait été réglementaire⁴⁴. Dans la seconde, l'article 34 de la Constitution confère au législateur cette compétence. Le droit français n'a pourtant pas suivi cette dernière voie, et c'est la Cour de cassation, faute d'intervention du législateur, qui a mis fin aux violations de la vie privée constatées par la Cour européenne en s'octroyant cette compétence en matière d'état des personnes.

En outre, rappelons qu'avant les décisions de 1992, aucun texte ne permettait de dissocier le sexe du prénom porté sur l'acte de naissance, même si aucun texte ne lie explicitement les deux (ce qui n'est que présupposé et donc imposé par les interprètes officiels)⁴⁵. Or, en 1975, la Cour l'a fait, lorsqu'elle a refusé de modifier le sexe sur l'état civil du requérant tout en lui permettant un changement

40. Cour EDH, 25 mars 1992, *B c. France*, n° 13343/87, § 55.

41. Cour EDH, *ibid.*, § 60 et 63. La Cour ne faisait pas le même constat vis-à-vis de l'Angleterre, qui refusait de permettre le changement de sexe (comme la France), v. Cour EDH, ass. plén., 10 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81. Ce n'est qu'en 2002 que le changement de sexe s'impose, mais auparavant ce n'était pas le cas, v. Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 100.

42. En ce sens par ex. J.-P. MARGUÉNAUD, *D.* 1993, Jur., p. 107 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., 2015, § 10, p. 186.

43. Conclusions de F. FLIPO sous Cass, 1^{re} civ., 21 mai 1990, *Gaz. Pal.* 17 janv. 1991, p. 36.

44. Notamment pour la composition du NIR, créé par le décret n° 82-103 du 22 janvier 1982 relatif au Répertoire national d'identification des personnes physiques, dont la composition est précisée par les articles 3 et 4, le sexe étant le premier chiffre (1 ou 2).

45. Sauf le § 78 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, *BOMJL* n° 2011-11 du 30 novembre 2011, formulé sur le mode du conseil. V. sur ce point F. LE DOUJET-THOMAS, « Les normes relatives au prénom : une perméabilité aux stéréotypes de genre ? », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN, *La loi et le genre. Études critiques de droit français, op. cit.*, p. 85-86 (pour cette affirmation) et le reste de l'article (pour les interprétations des acteurs).

de prénom afin qu'il soit conforme au sexe vécu⁴⁶. Nulle habilitation législative à le faire : elle en décide.

Enfin, deux années après la loi du 1^{er} avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation, qui a fait définitivement disparaître en France le référé législatif et qui a conféré à la Cour le souverain pouvoir d'interpréter les lois, elle n'a pas seulement statué en matière d'état civil, mais pour qualifier des *personnes*.

Par un revirement de jurisprudence⁴⁷, la Cour de cassation déclare que les esclaves sont des personnes en 1839, soient neuf ans avant l'abolition de l'esclavage. Dans cette affaire, des esclaves sont arrêtés alors qu'ils portaient des marchandises de contrebande. La règle prévoit que les marchandises comme l'équipage (les moyens de transport) sont confiscables dans ce cas. La question est alors de savoir s'ils peuvent être rangés parmi les « voitures ou bêtes de somme », confiscables à ce titre. Mais la Cour répond que les esclaves sont des personnes, et qu'ils ne peuvent être confiscables comme le reste de l'équipage : « Par ce mot équipage, en France, le législateur n'a jamais compris les personnes employées au transport ; – Que cette expression ne s'appliquait qu'aux voitures ou bêtes de somme ; – Que, par sa promulgation dans les colonies, l'ordonnance n'a pas reçu un sens différent de celui qu'elle avait dans la métropole, et ne peut être, dès lors, étendue aux personnes non libres ; [...] Que, dès lors, il n'y a lieu d'examiner la force obligatoire de ces réglemens locaux, sous le rapport de la pénalité »⁴⁸.

Elle ne faisait pourtant rien de moins, à l'époque du Code noir, que de décider que des choses étaient des personnes. Son engagement politique en la matière, entre 1828 et 1848, a largement été souligné (et salué), alors que la Cour « a rendu nombre d'arrêts au nom de principes qui auraient pu être ceux du législateur »⁴⁹. Certes, il n'y avait pas l'article 34 de la Constitution. Mais d'autres ont pu regretter qu'elle n'innove pas à l'occasion de la question inédite qui lui était posée en 2017⁵⁰. La Cour *décide, en matière civile*. Elle choisit néanmoins de s'autolimiter en invoquant le risque lié aux effets de sa décision.

46. Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1975, *Bull. civ. I*, n° 376, p. 314.

47. Les esclaves ayant été qualifiés de meubles en 1829 : « Si, dans les colonies, les nègres attachés à l'exploitation d'une habitation sont réputés immeubles par destination, ils deviennent meubles quand ils sont détachés et livrés à tout autre service domestique », Cass. req., 5 août 1829, *S.* 1829, I, p. 301.

48. Cass. crim., 8 févr. 1839, *S.* 1839, p. 613. V. dans le même sens tous les autres arrêts de la période mentionnés par A.-E. CRÉVILLE, « La Cour de cassation et l'abolition de l'esclavage. Le rôle de la chambre civile », in *La Cour de cassation et l'abolition de l'esclavage*, Dalloz, 2014, p. 77-90.

49. *Ibid.*, p. 89. V. aussi M. TANGER, « Le conservatisme des cours coloniales et le rôle réformateur de la Cour de cassation », in *La Cour de cassation et l'abolition de l'esclavage, op. cit.*, p. 55-75 (not. p. 55, p. 71-75).

50. M. GOBERT, art. cité, p. 1221.

2. Une autolimitation incongrue

Un argument conséquentialiste. L'argument de son incompétence, non plus au sens juridique, mais de son autolimitation, se traduit par un autre argument : « La reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination ».

L'argument surprend parce qu'il apparaît purement conséquentialiste. La Cour semble renoncer à appliquer le droit en raison des conséquences que son application aurait sur d'autres règles. Par cette affirmation, elle semble en même temps renoncer à exercer un contrôle de proportionnalité⁵¹. La complexité des modifications postérieures est invoquée pour justifier son refus d'accéder à la demande. Sa décision aurait des répercussions et elle choisit donc de les éviter.

L'argument semble systématiquement soulevé en la matière. Il avait été formulé devant la Haute Cour d'Australie. Cette dernière l'avait écarté en rappelant que, « dans la plupart des cas, le sexe des individus n'a pas d'importance dans les relations juridiques »⁵². Il l'a encore été devant la Cour constitutionnelle allemande, qui a clairement répondu que « les intérêts organisationnels de l'État ne sauraient justifier le déni d'une troisième option positive et identique pour tous »⁵³. Certes, il est possible d'avancer, quant à cette dernière décision, que le pouvoir des deux juridictions n'est en aucun cas le même par rapport à la loi⁵⁴. Néanmoins le respect des droits fondamentaux conventionnels s'impose dans les deux ordres de juridiction au législateur, en France comme en Allemagne.

En outre, si dès 1974, certains ont pu appeler à prendre en compte, dans les décisions, « les conséquences économiques et sociologiques de la décision prise ou de la règle de droit posée »⁵⁵, et si la Cour de cassation analyse elle-même, en amont de ses décisions, les effets des différentes options⁵⁶, elle n'a jamais eu recours à une telle formulation. Le conséquentialisme, ici explicitement posé⁵⁷,

51. V. en ce sens les analyses ci-après de Laurence BRUNET.

52. « For the most part, the sex of the individuals concerned is irrelevant to legal relations », Haute Cour d'Australie, 2 avr. 2014, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie, § 42.

53. *BvR* 2019/16 du 10 Oktober 2017, Rn. 53 (et pour la même idée, relative aux conséquences bureaucratiques et au coût financier, Rn. 52).

54. En ce sens M. LAMARCHE, « Ni femme, ni homme, à l'état civil allemand », *Dr. famille* janv. 2018, p. 1.

55. A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD. civ.* 1974, p. 507.

56. Les effets politiques, sociaux et juridiques, dans le cadre des travaux préparatoires notamment. V. sur ce point P. DEUMIER, « Les "motifs des motifs" des arrêts de la Cour de cassation. Étude des travaux préparatoires », *Mélanges Burgelin*, 2009, p. 161 et s.

57. Ce qui est rarement le cas pour les juges continentaux, comme le remarque F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *Common*

opère deux renversements par rapport à la logique habituelle des motivations en droit français. D'une part, il opère un renversement en termes logiques, puisqu'il pose les conséquences comme prémisses pour conclure sur la règle de droit applicable⁵⁸. D'autre part, contrairement aux usages habituels de l'argument conséquentialiste, le juge n'invoque pas la référence extrasystémique qu'est « l'ordre social »⁵⁹ ici, mais il érige d'autres « règles du droit français » en obstacle à une autre interprétation de l'article 57. Or les autres juridictions n'ignorent pas non plus les effets des décisions sans faire porter à l'argument conséquentialiste les mêmes conséquences...

Différer dans le temps les effets de la décision ? Certes, le problème de l'effet des décisions sur les justiciables ou sur les autres normes se pose régulièrement. Face à cette difficulté, le Conseil d'État a décidé depuis 2004, dans sa décision *AC!*⁶⁰, de différer dans le temps les effets de ses décisions. La réforme constitutionnelle de 2008 a ensuite explicitement inscrit à l'article 62 de la Constitution qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 » peut être abrogée à « une date ultérieure fixée par cette décision ». L'abrogation différée est depuis régulièrement décidée par le Conseil lorsqu'elle entraînerait des « conséquences manifestement excessives »⁶¹.

law », in F. HOURQUEBIE, M.-C. PONTHEOREAU, *La motivation des décisions des Cours suprêmes et constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 26, p. 31.

58. E. JOUANNET, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, 2008, note 61, p. 268.

59. Il semble que l'argument conséquentialiste soit généralement mobilisé pour rendre une décision acceptable au public, donc constitue la majorité ou l'opinion dominante en norme ou contrainte justifiant l'évolution de la règle de droit. En ce sens, l'argument sert davantage les évolutions sociales qu'il ne les contredit (même si le droit dans ce cas demeure conservateur puisqu'il renonce à être un moteur d'évolution des mœurs). Sur cette idée, F. HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *Common law* », art. cité, p. 30, p. 35 ; F. HOURQUEBIE, « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les Cahiers de la Justice* 2014/2, p. 207-208.

60. CE, 11 mai 2004, *Association AC! et autres*.

61. Le Conseil constitutionnel prenait déjà en compte les conséquences de ses décisions avant la révision de 2008 et l'a fait explicitement un mois avant la réforme (Cons. const., 19 juin 2008, 2008-564 DC). Depuis la QPC, le Conseil constitutionnel a eu recours à la formule pour différer dans le temps les effets de ses décisions 50 fois entre 2010 et 2018. Pour les dernières décisions : Cons. const., 2 févr. 2018, n° 2017-688 QPC, § 12 ; Cons. const., 16 févr. 2018, n° 2017-691, § 26 ; Cons. const., 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC, § 12 ; Cons. const., 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC, § 72 ; Cons. const., 22 juin 2018, n° 2018-715, § 9 ; Cons. const., 6 juill. 2018, n° 2018-717/718 QPC, § 23 ; Cons. const., 14 sept. 2018, n° 2018-730 QPC, § 12 ; Cons. const., 5 oct. 2018 2018-737 QPC, § 12 ; Cons. const., 12 oct. 2018, n° 2018-739 QPC, § 10.

La Cour de cassation aurait-elle pu différer dans le temps l'effet de cette décision ? La réponse semble *a priori* négative, la Cour n'acceptant de le faire, depuis 2004 également, qu'afin de ne pas priver le justiciable de l'accès à la justice : « La Cour de cassation peut ainsi décider de ne pas appliquer à l'affaire qui lui est soumise la règle jurisprudentielle nouvelle, dès lors que les effets de l'application du revirement sont de nature à priver le plaideur de l'accès au juge »⁶². C'est donc pour garantir les droits du plaideur qu'elle procède ainsi. Pourrait-elle le faire au-delà de l'accès au droit ? Il semble que l'on puisse y répondre positivement. En effet, l'autre domaine dans lequel la Cour de cassation module les effets de ses décisions relève du cas où le Conseil constitutionnel abroge une loi avec un effet différé, puisque ses décisions s'imposent à l'ensemble des juridictions (art. 62 C, dernier alinéa). Néanmoins, le 15 avril 2011, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé d'appliquer l'article 6 de la Convention malgré le report dans le temps des effets de sa décision par le Conseil constitutionnel⁶³ car « les États adhérents [à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »⁶⁴.

Ainsi, lorsque des droits fondamentaux sont en cause, les conséquences sur la législation peuvent être indifférentes : la Cour de cassation a décidé de les faire respecter. Si une norme européenne peut conduire à rendre immédiatement applicable l'abrogation pourtant différée dans le temps par le Conseil constitutionnel, les répercussions sur la législation auraient *a fortiori* pu être indifférentes au juge. La motivation conséquentialiste de la Cour paraît ainsi étrange.

La Cour de cassation pouvait donc prendre une décision nouvelle pour un cas nouveau, et, si cela avait déplu au législateur, celui-ci aurait pu intervenir. De nombreuses lois ont en ce sens été adoptées immédiatement après des décisions de justice : on peut mentionner la décision de la Cour de cassation sur l'arrêt *Perruche*⁶⁵, qui a donné lieu à l'article 1 de la loi du 4 mars 2002⁶⁶ – qualifiée à ce titre de loi « anti-Perruche » –, ou encore, pour les juridictions administratives, l'arrêt de la Cour administrative d'appel du 10 mai 2012 interdisant un protocole de recherche sur l'embryon⁶⁷, qui a conduit à une proposition de loi vingt jours

62. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2014, p. 337.

63. Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, art. 2.

64. Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, pourvoi n° 10-17.049, *Bull. crim.* 2011, n° 1. Le Conseil constitutionnel avait en effet rappelé que l'autorité de ses décisions ne faisait pas obstacle au respect des engagements internationaux de la France, si la législation était incompatible avec eux, v. Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, cons. 14.

65. Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13701, publié au *Bulletin*.

66. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

67. CAA Paris, 10 mai 2012, *AJDA* 2012, p. 1601.

plus tard⁶⁸ et à l'admission, par le législateur, des recherches sur l'embryon⁶⁹ avant même que le Conseil d'État ne se prononce. La jurisprudence décide ; le législateur, ensuite, fait ce qu'il veut. Or, en ce sens, la seule initiative importante de la part des parlementaires à la suite de la décision du TGI de Tours a été la rédaction d'un rapport reconnaissant des droits aux personnes intersexuées⁷⁰.

Reconnaître un sexe neutre est donc une décision que la Cour de cassation pouvait prendre, mais elle affirme à l'inverse la binarité des sexes.

B. Une binarité difficilement justifiable

La Cour affirme que la binarité des sexes est « nécessaire à l'ordre social et juridique » et invoque les conséquences sur les autres règles. Quelles sont donc les normes juridiques justifiant un tel argument ? La formule est pour la première fois affirmée par le procureur général près la cour d'appel d'Orléans qui faisait valoir que « l'identité sexuelle mentionnée à l'état civil constitu[ait] un élément nécessaire à notre organisation sociale et juridique, *en raison notamment de ses incidences sur le droit de la famille, la filiation et la procréation* »⁷¹. C'est donc dans le strict champ de la famille que la binarité des sexes serait pertinente. Mais, à supposer que l'affirmation selon laquelle il y a deux sexes puisse avoir un sens, quelle interprétation de la binarité justifierait d'en faire un fondement de l'ordre juridique ? Si la binarité peut avoir un sens dans la procréation, elle ne semble pas permettre de qualifier des personnes. Le rapport du droit à la biologie a changé : d'instance de légitimation, elle est devenue le lieu de la contestation. Face aux données biologiques, les juges assument la dimension politique de l'affirmation (1). Le droit assigne à chacun un sexe selon cette logique binaire. Néanmoins cette binarité n'apparaît plus pertinente en droit de la famille, de la filiation et de la procréation (2).

1. Assumer le statut purement juridique de la binarité

Une binarité biologiquement intenable pour qualifier des personnes. Le droit, en affirmant qu'il n'existe que deux sexes, prétend enregistrer un fait biologique.

68. Texte n° 576 (2011-2012) de J. Mézard et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 1^{er} juin 2012.

69. Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

70. Sénat, M. BLONDIN, C. BOUCHOUX, *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, Rapport fait au nom de la Délégation aux droits des femmes n° 441 (2016-2017), 23 févr. 2017.

71. CA Orléans, 22 mars 2016, n° de RG : 15/03281, p. 4 (nous soulignons). Dans le même sens, P. INGALL-MONTAGNIER, Premier avocat général, avis sous Cass. 4 mai 2017, *JCP* 2017, p. 1208.

Mais la binarité des personnes n'est pas un fait biologique. S'il est possible de dire qu'il y a deux sexes chez les humains, c'est uniquement, dans l'acception des biologistes, dire qu'il faut un gamète mâle et un gamète femelle pour permettre la reproduction sexuée, et que, l'espèce humaine étant sexuée, ces deux types de gamètes sont nécessaires à la procréation sexuée⁷². Mais ce critère pertinent *pour les biologistes* qui regardent *des gamètes* ne l'est pas *juridiquement* pour dire *les individus dans leur globalité et en faire des catégories*. Qu'il faille un gamète mâle et un gamète femelle pour procréer n'implique pas que tous les individus, qui sont des personnes en droit, ont des gamètes soit mâles soit femelles.

Ainsi, aux critères gamétique et gonadique retenus pour la reproduction sexuée, il est possible d'opposer les personnes qui ont un ovotestis⁷³ ou n'ont ni gamète mâle ni gamète femelle (par exemple une azoospermie chez les hommes ou les femmes avec une agénésie ovarienne). Et l'on peut poursuivre cette logique.

Au critère chromosomique, on peut opposer les presque 200 000 personnes dont le caryotype est inhabituel (XO, XXY, XYY, etc.). Contrairement à ce qu'affirme J.-R. Binet, ce n'est pas « l'absence ou la présence du chromosome Y qui détermine l'appartenance à un sexe ou à l'autre »⁷⁴, ce qu'un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 22 juin 2000 rappelait : les personnes qui ont une insensibilité complète aux androgènes ont un phénotype parfaitement féminin, et, même si l'insensibilité n'est que partielle, une enfant XY a été assignée au sexe féminin⁷⁵. L'exemple vaut plus largement, potentiellement et à des degrés variables, pour tous ceux qui sont dans la catégorie « 46 XY DSD » du Consensus de Chicago⁷⁶.

Quant à l'apparence extérieure des organes, la distinction entre les bourses et les grandes lèvres n'est pas toujours aisée, et il y a un continuum dans les tailles du bourgeon génital qualifié de clitoris et de pénis, rendant parfois difficile la qualification : ces cas visent précisément les personnes intersexuées aujourd'hui médicalement assignées dans l'un des deux sexes.

Dans la même logique, d'autres critères pourraient encore bousculer les représentations classiques (un homme peut être parfaitement masculin sur le plan phénotypique, mais, faute d'hormone anti-müllérienne, connaître un

72. En ce sens, P.-H. GOUYON, « Sexe et biologie », in F. HÉRITIER, *Hommes, femmes, la construction de la différence*, Éd. Le Pommier, 2005, p. 51, p. 58-59 ; E. PEYRE, « L'histoire du sexe ou le roman de la vie », in E. PEYRE et J. WIELS (dir.), *Mon corps a-t-il un sexe ?*, La Découverte, IEC, 2015, p. 19 ; T. HOCQUET, *Des sexes innombrables. Le genre à l'épreuve de la biologie*, Seuil, 2016, p. 82-83.

73. Qui implique la coexistence de tissus testiculaires et ovariens dans une même gonade, v. *Dictionnaire médical de l'Académie de médecine 2018* [en ligne], entrée « ovotestis ».

74. J.-R. BINET, « Sexe neutre : un refus catégorique », *Dr. famille* 2017, étude 9, p. 10.

75. CA Versailles, 22 juin 2000, n° 7799-99.

76. I. A. HUGHES, C. HOUK, S. F. AHMED, P. A. LEE, LWPES Consensus Group, ESPE Consensus Group, « Consensus statement on management of intersex disorders », *Archives of Disease in Childhood* 2006, 91, table 2, p. 555.

développement de ses canaux de Müller qui deviennent des trompes de Fallope et forment un utérus, alors que la personne XY a un pénis et un scrotum), etc.

Une binarité intellectuellement possible, mais peu rationnelle. Non seulement chaque critère n'est pas nécessairement présent chez tous les individus, mais, en outre, à chaque fois que l'un des critères est présent, les autres ne le sont pas forcément pour autant. En d'autres termes, aucun élément biologique (chromosomes, gamètes, bourgeon génital, gonades, etc.) n'obéit à une logique binaire. Il faudrait, pour diviser la population en deux, d'abord choisir l'un des éléments biologiques (chromosome, gamète, etc.) et l'ériger en critère unique pertinent⁷⁷. Il faudrait ensuite choisir tout aussi arbitrairement l'une de ses déclinaisons, dont la présence ou l'absence serait qualitative ou quantitative. Par exemple décider que l'élément biologique pertinent est le chromosome, et en son sein décider que la présence d'un Y trace les frontières. Ou encore, décider que l'existence d'un pénis est le critère pertinent, et dans ce cas déterminer la longueur précise nécessaire pour qualifier l'organe de pénis. Il est alors possible de bicatégoriser selon la logique présence/absence. Mais une telle nouvelle catégorisation serait, d'une part, doublement arbitraire (pourquoi tel élément retenu ? pourquoi telle caractérisation de l'élément retenu ?), d'autre part, tout aussi bouleversante pour le droit et l'ordre social, car des hommes perçus comme tels peuvent avoir un utérus, des ovaires, quand une femme XY peut avoir des testicules, pas d'utérus et un phénotype parfaitement féminin.

La logique binaire n'est pas applicable aux personnes. Beaucoup de ces critères sont quantitatifs, et non qualitatifs. Et, si un seul critère biologique était retenu, on ne pourrait de toute façon pas rassembler l'ensemble des individus. Par conséquent la binarité est une production sociale, et elle est aussi une production du droit. Le droit qualifie des individus (hommes/femmes), alors que le biologiste dit simplement que, pour qu'il y ait reproduction sexuée, il faut deux gamètes différents. Aucun critère ne répond à une logique binaire permettant de subsumer l'ensemble des individus. Mais faut-il déduire de l'absence de binarité au sens biologique que le droit devrait sortir de la binarité ?

La prétendue normativité du fait biologique. Les avocats du requérant affirment qu'il faut reconnaître un troisième sexe pour « mettre en accord le droit avec la nature »⁷⁸. Une autre autrice interroge : « Ne serait-il pas raisonnable d'admettre

77. Ce que faisait la Cour de cassation dans les années 1980, v. Cass. civ., 10 mai 1989, cité ci-après.

78. B. PITCHO et M. PETKOVA, « Sexe neutre : mettre en accord le droit avec la nature », *Libération*, 1^{er} nov. 2015 : « Il s'agit de mettre le droit en accord avec la nature, qui connaît une infinité d'identités et de variations chromosomiques, biologiques, sexuelles et en aucun cas une simple binarité sexuelle [...] La demande de nos clients consiste à transcrire dans le droit la vérité biologique ».

qu'il n'y a pas seulement deux, mais trois sexes, puisqu'on sait maintenant qu'à côté des hommes et des femmes existent des intersexes ? »⁷⁹. L'argument reprend à son compte la rhétorique jusnaturaliste qui prévalait antérieurement pour en renverser les effets.

Historiquement, le législateur a refusé d'assumer la dimension politique des normes qu'il a posées en matière de sexes. Pour déclarer l'appartenance d'un individu à un sexe ou l'autre, un critère biologique était avancé ; le critère retenu dépendait des préoccupations de l'époque, et un rôle politique lui était confié. Ce critère fut celui des organes génitaux externes, à la naissance et dans le cadre des contentieux du mariage, afin de préserver les unions. Puis les chromosomes, lorsque les juges ont souhaité empêcher les trans de changer de sexe. La Cour de cassation renvoyait simplement à la médecine, qui constatait que la personne « présente les caractères génétiques et anatomiques de ce sexe »⁸⁰. Les juges allaient chercher dans le corps et par l'appel à la médecine le principe de légitimation de la binarité, prétendant précisément ne pas définir le sexe en renvoyant à une expertise externe (la science) qui devait fonder la binarité ou l'intangibilité sur des critères biologiques. De son côté, la doctrine avait jusqu'à présent estimé que, certes, il revenait au législateur d'intervenir plus qu'au juge, mais qu'en réalité « la loi n'a pas défini le sexe parce qu'il ne lui appartient pas de le définir »⁸¹, car « il est évident que la définition du sexe ne dépend pas de la volonté d'un juge ou d'une majorité à l'Assemblée nationale »⁸². Ainsi, « il est un élément de l'état des personnes qui, n'étant pas le résultat d'un procédé conventionnel d'individualisation [comme le nom ou le prénom], mais une donnée naturelle, ne saurait être dénaturé. Cet élément, c'est le sexe »⁸³.

La reconnaissance par les juges de l'impossible binarité biologique. Or la biologie n'est pas, comme le croyaient les juristes, du côté de la binarité. La Cour constitutionnelle allemande l'affirme : « d'un point de vue médical, la catégorisation exclusivement binaire des sexes n'est pas maintenue »⁸⁴. Les associations de médecins allemands (Sociétés d'urologie, de chirurgie pédiatrique, d'endocrinologie et de diabétologie pédiatrique) estiment ainsi, dans des Lignes directrices rédigées en 2016, que « l'idée traditionnelle et norma-

79. M. GOBERT, art. cité, p. 1228.

80. Cass. civ., 10 mai 1989, n° 87-17.111, *Bull. civ. I*, n° 189, p. 126.

81. M.-L. RASSAT, « Sexe, médecine et droit », *op. cit.*, p. 655.

82. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, PUAM, 2003, p. 152, ou encore : « On comprend que certaines réalités ne puissent être déformées par le droit, par exemple le sexe », même ouvrage, p. 248. Dans le même sens C. LOMBOIS, *D.* 1992, jur., p. 325 : « Le sexe légal ne peut être que le sexe biologique ».

83. Conclusions FABRE sous TGI La Seine, 18 janv. 1965, *JCP*, II, 14421.

84. *BvR* 2019/16, 10 Oktober 2017, Rn9.

tive de ce que sont les hommes et les femmes doit être révisée afin d'assurer des soins médicaux et psychologiques adaptés aux personnes présentant une déviation du développement sexuel »⁸⁵, et que ces variations du développement ne sont pas des maladies⁸⁶. Dans l'affaire commentée, les juges ont repris les certificats médicaux unanimes des médecins qui reconnaissent comme un fait l'absence de conformité aux idéaux types d'hommes et de femmes du requérant : « Monsieur X présente un “hypogonadisme avec impubérisme”, à savoir une perte des fonctions reproductrices, et plus particulièrement des testicules et des ovaires (absence de gonade), et une absence du développement sexuel : ses organes génitaux ont conservé à l'âge adulte tout à la fois des aspects féminins (mention d'un “vagin rudimentaire” par le Docteur X) et masculins (“micro-pénis” selon le docteur Y). Il n'a produit aucune hormone sexuelle, que ce soit de nature masculine (testostérone) ou féminine (œstrogène). Le professeur Z évoque une “disposition intersexuée” et une “intersexualité manifeste au niveau des organes génitaux externes” »⁸⁷. La cour d'appel d'Orléans procède au même constat⁸⁸.

L'ambiguïté sexuée est ainsi reconnue, et la décision des juges de première instance constatait que « ni les médecins, ni l'entourage de M. X, pas plus que lui-même, ne peuvent affirmer que le sexe masculin que l'officier d'état civil a mentionné à sa naissance corresponde à une réalité quelconque, pas plus d'ailleurs que ne l'aurait été le sexe féminin ». Les juges estimaient que « la question relève aujourd'hui de la sphère du droit plutôt que de celle de la médecine, qui a fait suffisamment part de son incertitude sur la situation »⁸⁹.

Le caractère politique de la décision. La décision des juges est intéressante en ce qu'ils ne reconstruisent pas, pour les qualifier autrement, les discours médicaux ou la réalité scientifique⁹⁰. Aucun juge n'est tenu, contrairement à ce que le courant doctrinal précité affirmait, de faire correspondre « le droit avec la

85. Cité dans *BvR* 2019/16, 10 Oktober 2017, Rn9.

86. « Deviating gender development is not a disease », cité dans *BvR* 2019/16, 10 Oktober 2017, Rn9.

87. TGI Tours, 20 août 2015, n° 2015-022399.

88. « Attendu qu'en l'absence de production d'hormone sexuelle (pièces n° 7 et 8) aucun caractère sexuel secondaire n'est apparu, ni de type masculin ni de type féminin, le bourgeon génital embryonnaire ne s'étant jamais développé, ni dans un sens ni dans l'autre (pièce n° 5), de sorte que, si Monsieur X dispose d'un caryotype XY c'est-à-dire masculin (pièce 24), il présente indiscutablement et aujourd'hui encore une ambiguïté sexuelle », CA Orléans, 22 mars 2016, n° de RG : 15/03281.

89. TGI Tours, 20 août 2015, n° 2015-022399.

90. Comme le juge administratif a pu le faire, par exemple, en décidant que le périmètre était égal au rayon, dans le cadre de la protection des monuments historiques, CE, 29 janv. 1971, *SCI La Charmille de Montsoulst*, Rec. p. 88 : « L'expression “périmètre de 500 m” doit s'entendre de la distance de 500 m entre l'immeuble classé ou inscrit et la construction projetée ».

nature ». En droit, la réalité biologique ne s'impose pas. Chaque société, qui pose les normes juridiques, fait ce qu'elle veut. Elle peut donc tout à fait réinventer le réel et décider qu'en droit, « pour l'organisation sociale et juridique », il y a deux sexes, des hommes et des femmes. Dès lors, il ne s'agit pas de constater une réalité biologique, mais d'instituer une réalité juridique, produisant des faits très concrets. En droit, il est donc vrai qu'actuellement, il n'y a que des hommes et des femmes, non parce que c'est une vérité scientifique, mais parce que la norme est ainsi historiquement présumée et interprétée, et que la Cour, le 4 mai 2017, en a explicitement décidé ainsi. Mais le fait d'assumer la dimension politique de l'affirmation permet d'interroger sa justification.

2. Justifier l'opportunité de son affirmation

Interroger le sens de la déclaration. La dualité des énonciations relatives au sexe est, selon la Cour, nécessaire à l'ordre social et juridique, et le procureur général près la cour d'appel d'Orléans l'expliquait « en raison notamment de ses incidences sur le droit de la famille, la filiation et la procréation »⁹¹. Le raisonnement est circulaire : rien n'est nécessaire à l'ordre juridique qui ne soit juridiquement modifiable, c'est-à-dire *in fine* non nécessaire. Et aucune organisation juridique précise n'est plus nécessaire qu'une autre hors de tout énoncé d'une finalité assignée à celle-ci. Aussi il est plus probable que la Cour ait estimé *souhaitable* cet ordre social et juridique garanti par la binarité des sexes. Pourtant, de la seule vraie binarité constatée par les biologistes, qui relève de la procréation, le droit ne tire aucune conséquence ; pas plus qu'il ne tire de conséquences de la binarité sur le plan juridique en matière de droit de la famille.

En matière de procréation. Le droit n'a aucun égard pour la seule dualité biologiquement pertinente, la complémentarité de deux types de gamètes dans la reproduction sexuée. Par conséquent les catégories juridiques d'hommes et de femmes ne disent pas, en termes de procréation et de filiation, le naturellement possible mais le juridiquement souhaitable. Il est ainsi possible de rappeler que la mention du sexe à l'état civil a été historiquement pensée comme liée à la procréation, tout en y étant, depuis la fin du XIX^e siècle, parfaitement indifférente. Les instructions relatives à l'état civil mentionnent le sexe à la naissance en vertu des seuls organes génitaux externes, non en fonction, après la puberté, des capacités procréatives. Celles-ci seraient-elles prises en compte, elles ne permettraient pas de classer l'ensemble des personnes en deux catégories, certaines personnes n'ayant aucun gamète. Aussi aujourd'hui, la mention du sexe à l'état civil est strictement indépendante des aptitudes corporelles en matière procréative sur le plan biologique. Mais, surtout, le droit reconstruit cette réalité, permettant à

91. CA Orléans, 22 mars 2016, n° de RG : 15/03281, p. 4. Dans le même sens, P. INGALL-MONTAGNIER, Premier avocat général, avis sous Cass. 4 mai 2017, *JCP* 2017, p. 1208.

chaque personne en couple hétérosexuel d'obtenir des gamètes de son sexe, s'ils lui font défaut, en cas de projet d'enfant. Ainsi par exemple, si un homme n'a pas les testicules ou les gamètes qui lui permettent de procréer, le droit ne va pas remettre en cause son sexe. À l'inverse il le reconnaît comme infertile, lui donne accès à des gamètes masculins et lui permet d'établir sa filiation paternelle.

En droit de la famille et notamment au regard du mariage. En matière d'union ensuite, la cour d'appel d'Orléans avait refusé de reconnaître l'identité intersexuée du requérant en raison d'une apparence artificiellement acquise (et subie), mais aussi du caractère juridiquement hétérosexuel de son couple, traduisant un comportement social masculin. Or, comme cela a été souligné immédiatement par la doctrine, l'argument surprend, en tous cas depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013 permettant aux couples de se marier quel que soit le sexe des conjoints. Historiquement, c'est la principale raison d'être de la mention du sexe à l'état civil. Il faut deux sexes parce que, juridiquement, ils doivent être « faits l'un pour l'autre ». Carbonnier le formulait en des termes éloquents : « Le sexe constaté dans l'acte de l'état civil l'a été, en principe, une fois pour toutes. La raison très simple, c'est que les éléments morphologiques au vu desquels a lieu le classement de départ – les seuls qui soient repérables à *première inspection sur le nouveau-né, ces modèles réduits de l'union sexuelle à venir* – ne sont pas destinés à s'inverser dans le cours naturel de la vie »⁹². Il ajoutait : « Adam et Ève, l'homme et la femme ; le masculin et le féminin – le sexe opère un classement binaire dans les populations »⁹³. On peut, encore, citer le Procureur Fabre en 1965 : « La différenciation des sexes, base fondamentale de toute la vie et par conséquent aussi de toute organisation des groupes humains, c'est la nature qui la fait. C'est le doigt de Dieu qui, à chaque instant, fait ce tri, qui crée cette *summa divisio*, et l'impose aux hommes »⁹⁴.

La principale raison historique de la dualité des sexes à l'état civil est bien le mariage. Et c'est bien dans la mesure où la déclaration doit conduire à des unions hétérosexuelles, seules juridiquement reconnues et socialement tolérables, à l'époque, que le sexe doit être mentionné. Il est encore possible de lire dans la doctrine en 2016 que, « loin de se réduire aux apparences de l'anatomie, le sexe est un ensemble de données visibles et invisibles [...] propres à déterminer le comportement sexuel »⁹⁵. Contrairement à cette affirmation, le sexe de l'état civil ne parvient pas, seul, à déterminer l'orientation sexuelle, sans quoi l'homosexualité serait inexistante, pas plus que l'identité sexuée, sans quoi la transidentité

92. J. CARBONNIER, *Droit civil, I*, PUF, Quadrige, 2004, p. 497-498, nous soulignons.

93. *Ibid.*, p. 497. Dans le même sens, M. DOUCHY-LOUDOT, *Droit civil. 1^{re} année. Introduction. Personnes. Famille*, Dalloz, coll. HyperCours, 2019, p. 257.

94. Conclusions FABRE sous TGI La Seine, préc.

95. G. RAOUL-CORMEIL, « L'identité sexuée, une notion juridique réductible à la sexualité », in C. BRUNETTI-PONS (dir.), *L'institué, le donné, la volonté et la responsabilité*, Bruylant, 2016, p. 105.

n'existerait pas non plus. Or les deux sont précisément reconnues par la règle de droit. On comprend ainsi que M. Gobert trouve dans l'article 143 tel qu'issu de la loi de 2013 le fondement d'un revirement possible de la jurisprudence commentée de la Cour de cassation. Selon l'auteure, la mention « intersexe » ou « neutre » permettrait à toute personne reconnue telle de se marier, la loi exigeant que « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe »⁹⁶. La différence impliquant l'altérité, les personnes de sexe neutre peuvent se marier avec des personnes de sexe différent, des hommes ou des femmes ; et comme les unions de même sexe sont autorisées, elles peuvent également s'unir à des personnes de même sexe neutre. La différence des sexes justifiée par leur complémentarité socialement souhaitée n'étant plus exigée, mentionner le sexe à l'état civil *pour ces raisons est, aujourd'hui, juridiquement non pertinent*. On peut s'en réjouir ou le regretter, il s'agit ici simplement de le constater : « L'indication du sexe à l'état civil ne sert plus à rien, en tout cas à plus grand-chose, grâce ou à cause de la loi sur le mariage pour tous »⁹⁷.

La binarité justifiée par un ordre public en matière de filiation ? Enfin, si l'évolution du mariage a remis en cause la pertinence de la binarité, il est vrai que le droit de la procréation la reconstruit, inventant des corps juridiques congrûment sexués. Néanmoins, dire que le maintien de ces catégories serait juridiquement nécessaire en raison de la valeur pour l'ordre social de la complémentarité des sexes dans la filiation ne semble plus pertinent. D'une part, parce que les couples composés de personnes de sexes différents ou de mêmes sexes peuvent adopter, et leur filiation être établie⁹⁸. La complémentarité des sexes dans la filiation est donc loin d'être nécessaire à l'ordre social actuel. Mais, en outre, la qualification des individus dans chacun des deux sexes n'a même plus de pertinence au regard de leur capacité procréative, non seulement en raison de l'absence de conséquences du défaut de procréation, mais en raison des capacités positives de procréer dans un autre sexe que celui de l'état civil. Si l'état des personnes est atteint, c'est précisément et frontalement lorsqu'une personne, juridiquement homme ou femme, peut contribuer biologiquement à la procréation d'un enfant sans que cette contribution ne corresponde à son sexe. Et cela, le législateur l'a rendu possible, sous la pression européenne⁹⁹, avec la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui a introduit dans le Code civil deux articles 61-5 et 61-6, lesquels n'imposent plus la stérilisation des personnes pour changer de sexe. Les conséquences n'en ont pas été

96. M. GOBERT, art. cité, p. 1227-1228.

97. D. MAZEAUD, « Pas de troisième sexe à la cour ! », *JCP* 2016, n° 14, p. 657.

98. En vertu de l'article 143 du Code civil découlant de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

99. La loi est adoptée entre la condamnation de la Turquie (Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08) et celle de la France (Cour EDH, 6 avr. 2017, *A. P., Nicot et Garçon c. France*, n°s 79885/12, 52471/13 et 52596/13).

tirées, mais la question est déjà posée¹⁰⁰. Si quelque chose porte radicalement atteinte à l'ordre public en matière d'état des personnes, ici entendu au sens de la filiation et de la procréation, c'est bien cela. C'est la raison pour laquelle le gouvernement, défendant la France devant la Cour EDH, avait reproduit la justification présentée par le procureur dans l'arrêt de la cour d'appel : « Selon le gouvernement, c'est parce que la fiabilité et la cohérence de l'état civil français sont en jeu et qu'il s'agit de conserver à l'identité sexuelle son rôle nécessaire et structurant au sein de l'organisation sociale et juridique, que le changement de sexe ne peut être autorisé à l'état civil qu'après qu'ait été objectivement constatée l'irréversibilité du processus de conversion sexuelle »¹⁰¹.

Le gouvernement justifiait par-là l'exigence de mutilation (la stérilisation), comme la Cour de cassation vient, même si elle ne le dit pas, de justifier les traitements médicaux imposés aux enfants intersexués, puisque l'état civil est la raison historique de ceux-ci et que la norme lie encore les traitements médicaux à la déclaration du sexe à la naissance¹⁰². Mais parce que cela constituait une atteinte disproportionnée à la vie privée des personnes, la Cour européenne l'a condamné pour ce qui concerne la transidentité. Ce droit à la vie privée, au sein duquel la Cour place le droit à l'identité sexuée, est précisément l'objet de la requête et le sujet sur lequel la Cour de cassation a refusé de se prononcer.

II. UNE DÉCISION QU'ELLE DEVAIT PRENDRE ?

La décision de rejet de la Cour de cassation surprend par la manière de faire parade au contrôle de proportionnalité qu'elle a pourtant elle-même introduit avec fracas, en 2013, dans l'ordre juridique français. On sait que depuis cette date la Cour de cassation est soucieuse, tout particulièrement en matière d'état des personnes, que les juges ne se contentent pas de procéder à un contrôle abstrait de la conventionalité d'une règle de droit française litigieuse aux droits fondamentaux protégés par la Conv. EDH, mais qu'ils en apprécient la conventionalité *in concreto*. C'est ce contrôle concret que la Cour prétend effectuer, tout en déviant *in fine* sur un contrôle abstrait (A). Si elle ne s'était pas interdite de mener à terme

100. TGI Montpellier, 22 juill. 2016, n° 15/05019, et CA Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059.

101. Cour EDH, 6 avr. 2017, *A. P., Nicot et Garçon c. France*, préc., § 105.

102. Circ. du 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *BOMJL* n° 2011-11, 30 nov. 2011, § 55. Le Conseil d'État a estimé « maladroite » la formulation de la circulaire « dans la mesure où elle laisse penser que la possibilité de surseoir à la déclaration du sexe est subordonnée à la mise en œuvre future de traitements médicaux » (et que cette possibilité de retarder la déclaration, prévue par le texte, est illégale), Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Étude adoptée en assemblée générale le 28 juin 2018, 2018, p. 130-131.

un tel contrôle, elle aurait pu, dans la continuité d'autres espèces dans lesquelles elle l'effectue, considérer que la règle de la binarité des sexes portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de celui qui demandait à être identifié comme de sexe neutre ou intersexe dans son acte de naissance, et en conséquence à faire une entorse exceptionnelle à la bicatégorisation des sexes (B).

A. La logique : un contrôle de conventionalité *in concreto* dénaturé

Le juge français du droit commun a depuis longtemps déjà franchi le pas du contrôle de conventionalité abstrait de la règle en elle-même : le juge français, tant administratif que judiciaire, exerce le pouvoir d'évaluer la conformité d'une norme interne aux engagements internationaux¹⁰³, et notamment à la Conv. EDH. En cas de restriction à l'exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale, un « triple test » est mis en œuvre, inspiré du mode opératoire de la Cour EDH elle-même : il s'agit de vérifier qu'une telle restriction est tout à la fois prévue par la loi, légitime au regard des buts admissibles définis par la Conv. EDH telle qu'interprétée par la Cour EDH, et proportionnée au but poursuivi¹⁰⁴. Mais un tel contrôle de la proportionnalité, exercé à un niveau abstrait, ne permet pas d'appréhender des atteintes excessives à un droit fondamental lié aux particularités d'une situation de fait. Il ne saurait épuiser l'exigence de garantie effective des droits et libertés fondamentaux car, comme la Cour le rappelle régulièrement, « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁰⁵. Seul un contrôle de conventionalité *in concreto* peut le permettre.

C'est précisément un tel contrôle qu'exerce la Cour EDH lorsqu'elle doit apprécier les limitations admises par la Conv. EDH elle-même aux droits qui y sont garantis, pour chercher à concilier l'intérêt de l'individu et celui de la collectivité. À cette fin, elle a forgé la notion de proportionnalité pour contrôler l'adéquation entre le but recherché par une règle étatique et les moyens mis en œuvre pour l'atteindre. L'instrument de la proportionnalité sert à empêcher que les restrictions aux droits et libertés admises par la Convention n'en viennent à vider ces droits et libertés de toute effectivité¹⁰⁶. Cet instrument est particulièrement

103. Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, n° 73-13556 ; CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243.

104. Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Mémento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, déc. 2018, p. 7 (<https://www.courdecassation.fr/IMG/MEMENTO%20CDP%20CONSOLIDE.pdf>) ; E. PIWNICKA, « À propos du principe de proportionnalité », in *Mélanges B. Stirn*, Dalloz, 2019, p. 490-491.

105. Not. depuis sa décision Cour EDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, § 24.

106. J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2016, p. 74.

rement mobilisé pour l'application de l'article 8 de la Conv. EDH qui garantit à chacun le droit au respect de sa vie privée et familiale. En effet le § 2 de cet article 8 admet que des atteintes puissent être portées à ce droit si celles-ci sont prévues par la loi et si elles sont nécessaires, « dans une société démocratique », « à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Le droit au respect de la vie privée et familiale est ainsi emblématique de ces droits relatifs dont la structure est constituée par l'affirmation d'un droit suivie d'une réserve explicite, dite « clause d'ordre public », ou implicite¹⁰⁷. La pesée des intérêts en présence, individuels et collectifs, à laquelle procède régulièrement la Cour¹⁰⁸, la conduit à toujours contextualiser ses décisions en fonction des circonstances de l'espèce, de l'environnement juridique et social, de la nature des droits en cause, de l'existence ou non d'un consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe¹⁰⁹. L'examen *in concreto* de toutes les données de la situation litigieuse est poussé si loin que souvent, la violation du droit fondamental demeure étroitement circonscrite : « N'est censurée que l'application au cas d'espèce d'une règle dont la Cour reconnaît par ailleurs qu'elle est fondée sur des intérêts légitimes »¹¹⁰.

Les juges français pouvaient-ils s'approprier une telle méthode et prolonger le contrôle de conventionalité *in abstracto* de la norme par un contrôle *in concreto*¹¹¹, voire même, selon les cas, l'exercer directement ? Importer cette

107. Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Rapport, Service de la documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avr. 2017, p. 159. (<https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>) ; Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Mémento* préc., p. 8.

108. La prévalence du contrôle de proportionnalité dans le raisonnement de la Cour EDH a été remise en question par T. MARZAL, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *RTD civ.* 2019, p. 789. Il ne s'agirait, selon cet auteur, que d'une méthode parmi d'autres, même si elle joue un rôle important (p. 799-800, p. 807).

109. F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP* 2017, p. 289 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 67-78.

110. H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme », *D.* 2014, p. 154 (Point de vue) ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? (CE, 28 déc. 2017, Molénat) », *RDLF* 2018, chron. n° 4, qui se réfère notamment à Cour EDH, 18 sept. 2014, *Brunet c. France*, n° 21010/10.

111. On préférera ici le terme « contrôle de conventionalité *in concreto* » à celui de contrôle de proportionnalité. Comme l'a montré J.-P. MARGUÉNAUD (« L'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle concret de conventionalité », *RDLF* 2018, chron. n° 25 [en ligne]), « le contrôle de proportionnalité ne date pas de 2013 : la Cour de cassation l'appliquait déjà, dans le sillage de la Cour européenne des droits de l'homme, pour combler le silence de la loi afin d'arbitrer un conflit de droits entre lesquels n'existe

nouvelle technique en droit français offrait assurément un nouveau tremplin aux cours nationales pour investir pleinement la marge d'appréciation que le principe de subsidiarité, clef de voute du droit européen, laisse aux États¹¹². La promotion du dialogue entre les juges, nationaux et européens¹¹³, tout comme l'ambition de la Cour de cassation de ne pas laisser le monopole d'une protection effective des droits fondamentaux à la Cour EDH¹¹⁴, commandaient donc que le contrôle de conventionalité *in concreto* s'acculture dans les prétoires nationaux, aussi étranger puisse-t-il être à la logique du droit français. Néanmoins l'opération était très délicate, puisqu'il ne s'agissait rien moins que de permettre au juge français d'écarter ponctuellement une règle, sans nécessairement l'invalidier, si son application conduisait *in casu* à une ingérence disproportionnée à un droit fondamental. Or une telle méthode paraissait étrangère à la logique du droit français, qui n'admet pas que des juges puissent écarter une règle, considérée « comme conforme à la légalité supérieure »¹¹⁵, au motif que son application dans un cas d'espèce conduirait à la violation d'un droit garanti par une convention internationale.

L'introduction du contrôle de conventionalité *in concreto* n'en a pas moins eu lieu, devant la Cour de cassation comme devant le Conseil d'État.

aucune hiérarchie ». Le contrôle de proportionnalité décrit la recherche d'un juste équilibre entre des intérêts privés en conflit, mais la conventionalité d'aucune loi n'est alors véritablement en jeu.

112. Cour EDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit.*, p. 6 et p. 67 et s. ; D. SPIELMANN, président de la Cour EDH, rappelait le 30 janv. 2015 que « la bonne application du principe de subsidiarité contribue à l'efficacité du système, puisque cette répartition des compétences entre le juge national et le juge européen renforce la responsabilité première du juge national et contribue à faire de lui un des principaux acteurs du mécanisme de protection », cité par B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.

113. La Cour de cassation a solennellement affirmé que les États membres à la Conv. EDH étaient tenus de respecter les décisions de la Cour EDH « sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation » : ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.316 et n° 10-30.242.

114. B. LOUVEL, art. cité, p. 1326 ; B. LOUVEL, « Réflexions sur la réforme de la Cour de cassation, La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle », mars 2015 (https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premier_president_7084/discours_2015_7547/face_defis_31435.html) ; Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, préc., p. 165-166 ; J.-J. URVOAS, « L'aggiornamento nécessaire de la Cour de cassation », *D.* 2018, p. 1087 ; F. ZÉNATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p. 511, spéc. p. 517-518 ; S. GODECHOT-PATRIS, « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Quelles conséquences en droit international privé ? », in *Mélanges B. Ancel*, LGDJ, 2018, p. 768 ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *D.* 2018, p. 649.

115. Selon l'expression de E. PIWNICKA, art. cité, p. 491.

1. La logique du contrôle de conventionalité concret

Devant la Cour de cassation, elle s'est faite de manière fracassante, dans le domaine qui lui était *a priori* le plus réfractaire, le droit de la famille, régi par un certain nombre d'interdictions générales et de cadres impératifs souffrant mal les dérogations ou les traitements différenciés. C'est ce qui résulte de son arrêt remarqué du 4 décembre 2013¹¹⁶ : une femme avait divorcé pour épouser son ex-beau-père, et sa nouvelle union tombait à l'évidence sous le coup de l'article 161 du Code civil qui prohibe le mariage entre alliés du premier degré lorsque celui qui a créé l'alliance n'est pas décédé¹¹⁷. Seule une querelle d'héritage avait motivé l'action en nullité de ce mariage, introduite par le fils à la mort de son père, alors que le mariage incestueux avait été célébré sans opposition et avait duré plus de vingt ans. La Cour de cassation a considéré, visant l'article 8 de la Conv. EDH, que dans ces conditions la nullité revêtait à l'égard de l'épouse « le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale », et a refusé d'annuler le mariage. La « petite révolution » consistait dans l'éviction d'une loi claire et impérative, même si ce n'était que dans le seul cas examiné, et non de manière générale. La Cour de cassation avait pris soin de souligner dans son communiqué de presse la portée limitée de sa solution, entièrement circonscrite à la situation exceptionnelle d'un mariage illégal ayant perduré au vu et au su de tous pendant plus de vingt ans sans que quiconque n'y trouve rien à redire. Cette décision s'inscrivait dans le prolongement de l'arrêt de la Cour EDH du 13 septembre 2005 condamnant, pour un cas très similaire, le Royaume-Uni, dont la loi avait empêché le mariage entre un beau-père et sa bru divorcée en l'absence de tout acte de dispense accordé par le Parlement¹¹⁸. La démarche des deux juridictions n'était néanmoins pas identique : la Cour de cassation en 2013 affirme qu'il ne s'agit pas de remettre en cause la prohibition du mariage entre alliés à défaut du pré-décès de la personne ayant créé l'alliance, alors que la Cour EDH en 2005 invitait plutôt à ouvrir le débat sur le sujet¹¹⁹.

116. Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, *D.* 2014, p. 179, note F. CHÉNEDE, point de vue H. FULCHIRON, p. 1342 ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. THOURET, *RTD. civ.* 2014, p. 88, obs. J. HAUSER, *ibid.*, p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *ibid.*, p. 831, obs. F. CHÉNEDE ; *Dr. famille* 2014, comm. 1, J.-R. BINET ; v. aussi P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, art. cité.

117. Selon l'article 164 du Code civil, le président de la République peut lever, pour des causes graves, la prohibition du mariage lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée.

118. Cour EDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, *Dr. famille* 2005, comm. 234. La Cour EDH vient par ailleurs de condamner pour violation de la liberté matrimoniale les empêchements à mariage visant les ex-beaux-frères et les ex-belles-sœurs : Cour EDH, 5 sept. 2019, *Theodorou et Tsotsorou c. Grèce*, *Dr. famille* 2019, comm. 215.

119. J.-P. MARGUÉNAUD, « Vers la liberté du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD. civ.* 2005, p. 736.

Conformément à ce que la Cour de cassation annonçait, l'exercice de ce nouveau type de contrôle, laissant la loi intacte, est éminemment dépendant des circonstances de chaque espèce. Dans sa décision du 8 décembre 2016, la Cour, à l'occasion d'une nouvelle affaire d'empêchement à mariage né de l'alliance, a vérifié que le contrôle de proportionnalité *in concreto* avait bien été mobilisé par les juges du fond. Mais, compte tenu des circonstances, la Cour de cassation, approuvant les juges d'appel, a considéré cette fois que « l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale » de la veuve « au regard du but légitime poursuivi »¹²⁰ : l'union n'avait duré que huit années, la veuve avait vécu mineure avec celui qu'elle avait ensuite épousé – qui représentait donc pour elle une « référence paternelle », aucun enfant n'était issu de cette union. Dans ces conditions l'éviction de la loi française prohibant le mariage entre alliés ne se justifiait pas.

Quelques commentateurs ont salué cette nouvelle technique qui permet d'éviter d'abandonner une règle de façon générale au motif que, dans un cas particulier, elle porte une atteinte excessive à un droit particulier. Par une telle flexibilité, le juge contribue à des solutions humaines et équilibrées, sans « casser la règle » qui conserve par ailleurs toute sa légitimité¹²¹. En d'autres termes, le contrôle de conventionalité *in concreto* « consiste à mobiliser le contrôle de proportionnalité pour pouvoir juger inconventionnelle *in concreto* une loi parfaitement conventionnelle dans l'abstrait »¹²² et qui n'est, par conséquent, pas remise en cause. Mais les critiques et réactions outragées ont été légion. Que la Cour de cassation brise aussi effrontément l'interdiction de connaître des faits, au fondement de son institution, et qu'elle s'engage de la sorte dans une « juridictionnalisation » qui la dénature, lui a été vertement reproché¹²³. Mais, surtout, il serait dangereux de permettre ainsi à un juge de paralyser au cas par cas l'application d'une loi conforme aux normes internationales, s'il estime qu'elle porte une

120. Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 2016, n° 15-27.201, *JCP* 2017, p. 166, J. HAUSER ; *D.* 2017, p. 953, note F. CHÉNEDÉ ; *AJ fam.* 2017, p. 71, obs. J. HOUSSIER ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : question de méthode », *D.* 2017, p. 656.

121. H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014, p. 153 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.* 2014, p. 307 ; P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD et C. JAMIN, art. cité ; V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123.

122. J.-P. MARGUÉNAUD, « L'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle concret de conventionalité », *RDLF* 2018, chron. n° 25.

123. F. ZÉNATI-CASTAING, art. cité, p. 512, p. 518, p. 520-522. Cette immixtion dans l'appréciation des faits était ici d'autant plus flagrante que la Cour de cassation a cassé sans renvoi, statuant sur le fond, comme l'y autorise l'article L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire (ordonnance du 8 juin 2006 portant refonte du Code de l'organisation judiciaire et modifiant le Code de commerce, le Code rural et le Code de procédure pénale).

atteinte excessive à un droit fondamental. Certes, le contrôle de conventionalité abstrait jusqu'alors pratiqué permettait déjà d'écarter une loi, mais en l'invalidant complètement. « Les conséquences radicales qu'emportent [ainsi] l'inconventionalité invitent les juges à la prudence et à la retenue. En revanche, le juge hésitera beaucoup moins à écarter des dispositions lorsqu'elles lui apparaîtront, *in concreto*, avoir des conséquences excessives »¹²⁴. Ont été au surplus dénoncés un retour des jugements en équité¹²⁵, à peine « dissimulés derrière le vêtement plus flatteur des droits fondamentaux »¹²⁶, la résurgence de « la pratique des Parlements d'Ancien Régime »¹²⁷, l'avènement d'un « droit à la carte »¹²⁸, l'insécurité juridique et l'inégalité devant la loi¹²⁹ qu'un tel contrôle de conventionalité *in concreto* entraînerait immanquablement. La crainte s'est largement exprimée que l'autorité judiciaire puisse devenir un pouvoir qui s'élèverait trop facilement contre la loi elle-même¹³⁰. En outre, les précautions relatives à l'espèce, précisées dans le seul communiqué de presse d'un arrêt dont la motivation demeurerait très laconique, n'ont pas suffi à rassurer¹³¹. Certes, selon ses défenseurs, ce contrôle était supposé ne s'exercer que lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux¹³². Mais l'argument ne pouvait « guère rassurer lorsque l'on observe que les droits fondamentaux sont partout et en tout et qu'il est – presque – toujours possible de

124. P. PUIG, art. cité, p. 74.

125. F. CHÉNÉDÉ, « Nullité du mariage entre alliés. Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionalité *in concreto* », *D.* 2017, p. 955. Il faut entendre par jugement en équité une décision arrêtée à partir de « la solution humainement désirable » du litige, selon l'expression de J. Carbonnier (*Droit civil. Introduction*, PUF, 2004, 1(9), p. 24) reprise par L. Cadiet pour caractériser le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de cassation dans son arrêt du 4 décembre 2013, (« Introduction », *JCP* 2016, suppl. au n° 1-2, p. 13). Inspirée de la théorie aristotélicienne de la justice, la méthode de l'équité suppose de rechercher le juste milieu, ce que l'application d'une loi générale ne saurait permettre d'atteindre. Cette méthode est indissociablement associée au pouvoir exorbitant que les juges exerçaient sous l'ancien droit et que la Révolution française et la codification ont fermement combattu (F. ZÉNATI-CASTAING, art. cité, p. 519-520).

126. F. TERRÉ, Ch. GOLDIE-GENICON et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, 2018, n° 445.

127. F. CHÉNÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 800 ; F. ZÉNATI-CASTAING, art. cité, p. 519.

128. P. PUIG, art. cité, p. 75.

129. F. CHÉNÉDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p. 179, spéc. p. 180 ; P. PUIG, art. cité, p. 74-75.

130. D. DE BÉCHILLON, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP* 2016, suppl. au n° 1-2, p. 29 ; F. ROUVIÈRE, « Les pièges de la réforme de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2018, p. 774.

131. F. CHÉNÉDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », art. cité, p. 180.

132. D. DE BÉCHILLON, art. cité, p. 28.

rattacher un intérêt privé à la défense d'un droit fondamental tel qu'interprété, avec amplification, par la Cour de Strasbourg »¹³³.

La méthode inédite appliquée par la Cour de cassation le 4 décembre 2013 avait vocation à être de nouveau employée : par définition, les circonstances de fait jouent un rôle déclencheur dans le contrôle de conventionalité *in concreto*, et cette technique de raisonnement avait la faveur du premier président de la Cour de cassation¹³⁴. L'arrêt du 4 décembre 2013 inaugurait une nouvelle façon de dire le droit, dans laquelle l'excessive dureté de la loi pour l'une des parties au litige pouvait conduire le juge à la laisser inappliquée. Plusieurs décisions sont ainsi venues confirmer cette réforme méthodologique controversée¹³⁵.

Le contrôle de proportionnalité *in concreto* a notamment progressé dans le domaine du droit de la filiation, en particulier celui des délais des actions d'état, réputé pourtant lui être particulièrement hostile¹³⁶. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH¹³⁷, le fonctionnement automatique et indifférencié de la prescription a en effet été mis sur la sellette. Aussi la Cour de cassation prend-elle désormais soin de vérifier que les juges du fond ont mis en balance la stabilité des relations familiales, assurée par les prescriptions prévues par le droit de la filiation, et l'intérêt de la personne à faire établir sa filiation avec son géniteur. Dans une série de quatre arrêts rendus entre 2015 et 2016, la Cour de cassation s'est assurée, dans chacune de ces affaires, que les juges du fond avaient bien procédé à un contrôle de conventionalité *in concreto* et avaient soupesé effectivement les droits et intérêts particuliers affectés par la mise en jeu de l'une ou l'autre des prescriptions opposées à l'action visant à faire établir sa filiation avec son géniteur¹³⁸. La Cour de cassation est assurément venue consolider le

133. P. PUIG, art. cité, p. 73 ; F. CHÉNÉDÉ, « Nullité du mariage entre alliés », *D.* 2017, p. 954, spéc. p. 957.

134. B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », art. cité.

135. Comme en atteste la décision Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 2016, préc.

136. Cour de cassation, *Étude annuelle 2018, Le rôle normatif de la Cour de cassation*, p. 321 ; T. MARZAL, art. cité, p. 804-805.

137. V. les trois affaires « finlandaises » : Cour EDH, 6 juill. 2010, *Gronmark c. Finland*, n° 17038/04 ; Cour EDH, 19 juill. 2016, *Calin et autres c. Roumanie*, n° 25057/11, *Dr. famille* 2016, comm. 199, H. FULCHIRON ; Cour EDH, 15 oct. 2019, *Capin c. Turquie*, n° 44690/09, *Dr. famille* 2019, comm. 236 ; H. FULCHIRON ; Cour de cassation, *Étude annuelle 2018* préc., p. 321.

138. Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-20790 : la Cour de cassation censure les juges du fond qui n'avaient pas cherché à ménager un juste équilibre entre l'intérêt de celui qui invoquait le droit de voir sa filiation avec son géniteur établie – alors que son action était prescrite en vertu de l'article 333 du Code civil – et les intérêts des héritiers qui refusaient qu'il vienne à la succession de leur père ; Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2016, *D.* 2016, p. 1980 : la Cour de cassation approuve les juges d'appel d'avoir refusé d'écarter la prescription de l'article 333 du Code civil, car aucune atteinte excessive ne pouvait être constatée. Le demandeur à l'action en contestation, qui voulait remettre en cause sa

principe selon lequel dans les circonstances de l'espèce, le juge aurait pu écarter la loi pour éviter que son application ne devienne inconstitutionnelle. Pourtant dans aucun de ces arrêts, la Cour, après examen des faits d'espèce et application du contrôle de conventionalité *in casu*, n'a écarté la loi.

Le Conseil d'État a ensuite emboîté le pas à la Cour de cassation. Le 31 mai 2016¹³⁹, dans un arrêt très remarqué, il a autorisé l'exportation vers l'Espagne des gamètes d'un homme décédé en France, afin qu'y soit pratiquée l'insémination artificielle de sa veuve, alors même que la loi française prohibe toute procréation *post mortem* (article L. 2141-2 Code santé publique). Le refus d'autoriser l'exportation des gamètes de son mari pré-décédé, opposé par les autorités médicales françaises à la veuve sur le fondement de la loi française, portait, « eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale ». Pour justifier son raisonnement, le Conseil d'État a invoqué « les circonstances particulières » de l'espèce : le projet parental commun avait été formé « dans la durée et de manière réfléchie », et, surtout, la veuve était espagnole et son installation en Espagne ne témoignait de sa part d'aucune intention frauduleuse de contourner la loi française, mais seulement du désir de rentrer vivre auprès de sa famille. L'exportation des gamètes vers l'Espagne a donc été autorisée. Si l'on a pu considérer que cet arrêt faisait « beaucoup de bruit pour rien de nouveau »¹⁴⁰, il n'en demeure pas moins que le Conseil d'État a admis de s'affranchir d'une loi de police – qui plaçait donc l'administration en situation de compétence liée –, dans un cas

paternité légitime pour la faire établir à l'égard de son oncle, ne poursuivait qu'un intérêt patrimonial ; Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 2016, n° 15-25.507 : la Cour confirme que la fin de non-recevoir de l'article 320 ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la demandeuse, qui a disposé de procédures lui permettant de mettre sa situation juridique en conformité avec la réalité biologique ; Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2016, n° 15-25068 : la Cour de cassation reprend l'analyse des juges du fond qui avaient estimé que le délai de prescription de l'article 321 du Code civil n'avait pas entraîné une atteinte excessive au droit du requérant de faire établir sa filiation paternelle, dans la mesure où l'application de la prescription avait été aménagée par la loi en faveur des enfants nés avant son entrée en vigueur et que la demande du requérant était beaucoup trop tardive, « remettant en cause une situation stable depuis 50 ans ».

139. CE, 31 mai 2016, Gonzalez-Gomez, *D.* 2016, p. 1472, note H. FULCHIRON ; *ibid.*, p. 1477, note B. HAFTEL ; *AJ fam.* 2016, p. 439, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *ibid.* 360, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RFDA* 2016. 740, concl. A. BRETONNEAU ; *ibid.* 754, note P. Delvolvé ; *RTD civ.* 2016, p. 578, obs. P. DEUMIER ; *ibid.* 600, obs. J. HAUSER ; *ibid.* 802, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.* 834, obs. J. HAUSER ; A. LASSALE, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *RDLF* 2018, chron. n° 18 (<http://www.revuedf.com/droit-fondamentau/le-controle-in-concreto-est-il-un-jugement-en-equite/>).

140. M. GUYOMAR estime que « la situation litigieuse ne relevait pas du champ couvert par la loi » qui visait à prohiber une forme de “bioéthique shopping” (« Contrôle *in concreto* : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Mélanges F. Sudre*, Lexis-Nexis, 2018, p. 323-334, spéc. p. 334).

particulier où son application aurait été trop cruelle¹⁴¹. Encore une fois, la jurisprudence postérieure n'a pas conduit à remettre en cause la norme générale, qui demeure¹⁴².

En l'espace de quelques années, au Quai de l'Horloge comme au Palais-Royal, la même voie a donc été suivie : le pouvoir était reconnu au juge d'écarter ponctuellement une loi, même d'ordre public, même compatible *in abstracto* avec la Conv. EDH, au cas où son application entraînerait *in concreto* une atteinte trop grave à l'un des droits garantis par cette convention. C'est pourtant ce contrôle qui, en l'espèce, n'a pas été opéré.

2. La dénaturation du contrôle *in concreto* de conventionalité

La Cour EDH a déjà eu maintes fois l'occasion d'affirmer que l'identité sexuée d'une personne est protégée par l'article 8 de la Conv. EDH¹⁴³ : « Élément de l'identité personnelle, l'identité sexuelle relève pleinement du droit au respect de la vie privée que consacre l'article 8 de la Convention. Cela vaut pour tous les individus »¹⁴⁴. Or l'identité sexuée de la personne est avant tout déterminée par la perception qu'elle en a, par son expérience intime et personnelle¹⁴⁵. La détermination de l'identité sexuée relève de la liberté individuelle¹⁴⁶ et de l'autonomie personnelle qui, pour la Cour EDH, « reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »¹⁴⁷. Or, en l'espèce, comme y insistait le pourvoi, il n'est pas contesté que « l'intéressé était biologiquement intersexué et ne se considérait, psychologiquement, ni comme un homme ni comme une femme ». Cette perception intérieure était par ailleurs consolidée par plusieurs témoignages convergents de son entourage

141. J.-P. MARGUÉNAUD, « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'État », *RTD civ.*, 2016, p. 805.

142. Hors des circonstances particulières qui avaient justifié la décision de 2016, le Conseil d'État a ainsi considéré que le refus d'exporter les gamètes du défunt vers l'Espagne en vue d'inséminer sa compagne ne portait pas une atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie privée et familiale : CE, ord., 13 juin 2018, n° 421333. Dans une autre décision, la solution est similaire même s'il s'agit d'exporter des embryons conçus avec les propres gamètes du défunt avant sa mort : CE, ord., 24 janv. 2020, n° 437328.

143. Cour EDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 85 ; Cour EDH, 12 sept. 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 69 ; Cour EDH, 8 janv. 2009, *Schlumpf c. Suisse*, n° 29002/06, § 77 ; Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08, § 56.

144. Cour EDH, 6 avr. 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13, § 95.

145. V. la définition issue des Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, ONU, 2007, p. 7 (<http://www.yogyakartaprinclples.org/index.php?lang=fr>).

146. Cour EDH, *Y.Y. c. Turquie*, § 102.

147. Cour EDH, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, § 123.

proche, mentionnés dans le jugement du TGI de Tours du 20 août 2015 : son frère, son ami d'enfance comme son épouse actuelle qui soutient sa démarche attestent que pour eux l'intéressé n'est « ni fille ni garçon, ou les deux ». Il est rapporté que son apparence était jusqu'à 35 ans plutôt féminine, mais que, sous l'effet d'injections de testostérone pour prévenir un risque d'ostéoporose, elle s'est virilisée et que sa voix est devenue plus grave. De toute évidence le refus qui lui est opposé de pouvoir être désigné sur son acte de naissance comme de « sexe neutre » ou « intersexué » constitue une ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée.

Cette ingérence est-elle justifiée, au regard de critères posés par le paragraphe 2 de l'article 8 de la Conv. EDH ? On peut douter qu'elle soit prévue par la loi, puisque la loi invoquée aurait pu tout aussi bien être téléologiquement interprétée comme autorisant cette mention¹⁴⁸. Mais poursuit-elle un des buts légitimes visés par ce texte, et est-elle proportionnée au but poursuivi ? La dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil répond-elle à un but légitime ? Pour l'affirmer, la Cour de cassation ne convoque rien moins que le socle de « notre organisation sociale et juridique » dont la binarité des sexes « constitue un élément fondateur ». La faiblesse et les approximations d'une telle argumentation ont déjà été présentées dans la première partie de cette contribution, mais en outre on peut s'interroger sur la conformité de la finalité attachée par la Cour de cassation à la binarité des sexes aux buts limitativement énumérés par l'article 8 § 2 de la Conv. EDH. Une telle règle est-elle nécessaire « à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » ? Aucune de ces finalités ne peut, en toute rigueur, être attribuée à la classification binaire des individus¹⁴⁹.

Pour justifier du but légitime poursuivi par la règle de la binarité des sexes, la Cour de cassation en rajoute et invoque un argument « conséquentialiste »¹⁵⁰, celui des « répercussions profondes sur les règles du droit français » et des

148. V. M.-X. CATTO, *supra*, I.A.

149. En ce sens, v. B. MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une “mutilation juridique” ? », *D.* 2017, p. 1404. On pourrait, à l'instar du rapporteur R. LE COTTY (rapport, p. 22), objecter que la binarité des sexes contribue à « la protection des droits d'autrui » si l'on considère que cette classification a, « aujourd'hui encore, des incidences, notamment en droit de la filiation et de la procréation » (voir aussi l'argument du procureur près la cour d'appel d'Orléans dans l'arrêt du 22 mars 2016). On peut en douter. La règle n'a plus aucune incidence sur l'attribution et l'exercice des droits parentaux. Quant à l'établissement de la filiation, si la maternité et la paternité restent soumises à des règles différentes, la différence des sexes n'est plus une condition pour que deux personnes soient reconnues comme les deux parents d'un enfant, depuis le vote de la loi du 17 mai 2013 qui permet l'adoption au sein des couples de même sexe.

150. V. M.-X. CATTO, *supra*, I.A.2.

« nombreuses modifications législatives de coordination », que la reconnaissance en l'espèce de la mention « sexe neutre » ou « intersexe » impliquerait. Un tel argument fait douter de l'intention véritable de la Cour de cassation de procéder à un contrôle de conventionalité *in concreto*, conforme à la technique appliquée par la Cour EDH. La Cour de cassation reformule ici, de manière moins critiquable¹⁵¹, l'un des motifs de l'arrêt du 22 mars 2016 de la cour d'appel d'Orléans, selon lequel le juge ne saurait créer de nouvelle catégorie juridique de personne sans excéder les limites de ses pouvoirs¹⁵². Quelle que soit sa tournure, qu'il vise l'incompétence du juge de manière expresse, ou plus indirecte en alléguant le travail législatif qui résulterait de la création d'une nouvelle mention sur un acte de naissance, l'argument n'est-il pas en porte-à-faux avec le ressort essentiel du contrôle concret de conventionalité ? L'effet d'un tel contrôle n'est-il pas d'écarter une norme dans un cas singulier, sans affecter par ailleurs sa validité générale et donc sans empiéter sur la compétence du législateur ? Pourtant, dans son arrêt du 4 décembre 2013, la Cour de cassation avait fortement insisté sur la portée limitée du contrôle de conventionalité *in concreto* qui, par nature, est circonscrit au cas particulier examiné : la règle générale, en l'occurrence la prohibition du mariage entre alliés, n'avait pas été remise en cause. L'originalité du contrôle de conventionalité *in concreto* consiste précisément, comme l'ont souligné plusieurs commentateurs¹⁵³, à laisser la règle sauve, tout en l'assouplissant dans un cas particulier. Ce n'est qu'un « remède extraordinaire »¹⁵⁴ qui n'hypothèque pas le traitement général prévu par la loi.

Ce mécanisme avait été bien compris et mis en œuvre de manière exemplaire en première instance par les juges du TGI de Tours dans leur décision du 20 août 2015, qui avaient pris soin d'affirmer que « la notion ancestrale de binarité des sexes n'était pas remise en cause », et qu'il ne s'agissait pas pour eux de reconnaître l'existence d'une troisième catégorie de sexe ; d'où leur préférence pour « sexe neutre », dénotant une identification par défaut (ni masculin, ni féminin), là où « intersexe » aurait conduit à la reconnaissance d'une nouvelle « catégorisation », « ce qui dépasserait sa compétence » ; l'entorse admise à la binarité des sexes était limitée au seul cas particulier du requérant¹⁵⁵, justifiée par la rareté avérée de sa situation.

En faisant référence à la création d'une nouvelle catégorie ou aux modifications du corpus législatif qui découleraient de la reconnaissance par le juge d'un

151. V. M.-X. CATTO, *supra*, I.A.1.

152. C'est ce qui ressort aussi clairement de l'analyse rétrospective que la Cour de cassation livre de sa décision dans son rapport sur *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, préc., p. 139. L'argument de l'incompétence de l'autorité judiciaire était aussi explicitement mobilisé par l'avocat général, avis précité.

153. V. *supra*, note 38.

154. Selon l'expression de H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. famille* 2017, comm. 9.

155. V. B. MORON-PUECH, art. cité.

sexe neutre, les juges d'appel et, à leur suite, les juges de la Cour de cassation, considèrent d'emblée qu'une réponse favorable à la demande du requérant équivaldrait à renverser la structure de la dualité des sexes. Or il ne s'agit pas de condamner une telle structure, mais d'y déroger pour un cas qui ne rentre pas dans cette bicatégorisation. Telle était l'articulation entre la règle et sa neutralisation exceptionnelle, dont la Cour de cassation avait fait une application emblématique dans son arrêt du 4 décembre 2013. Le raisonnement de la cour d'appel comme celui de la Cour de cassation est donc ici erroné : il dérape hors du cadre du contrôle de la conventionalité *in concreto* pour dévier sur l'examen de la conformité abstraite de la binarité des sexes à la Conv. EDH. La motivation de leur décision respective pêche par un amalgame entre appréciation *in casu* et appréciation abstraite de la règle de la binarité des sexes.

Cette différence dans le registre des effets du contrôle de conventionalité, selon qu'il est abstrait ou concret, pourra paraître (trop) subtile, elle n'est pourtant qu'une déclinaison de l'articulation, usuelle en droit, entre le principe et l'exception. Elle est en tout cas essentielle pour apprécier en quoi l'argument de l'excès de pouvoir des juges – ou son succédané, les modifications nécessaires du corpus législatif – est abusif, et ici fallacieux. Permettre une fois de mentionner « de sexe neutre » sur un acte de naissance, à l'issue d'un jugement, n'est pas la même chose qu'élargir pour tous l'éventail des catégories de sexe. Et ce d'autant que, dans l'affaire concernée, autoriser la mention « de sexe neutre » n'aurait véritablement eu qu'un impact juridique très restreint : le requérant avait 63 ans, il avait déjà fondé une famille et adopté un enfant ; il n'allait vraisemblablement plus avoir d'enfant. Aucun autre acte d'état civil que le sien ne serait donc affecté par une éventuelle rectification (non rétroactive) de la mention de son sexe sur son acte de naissance. L'exception à accorder ne faisait pas de ricochet.

Sans recourir aux mêmes termes, le Conseil d'État a rendu la même année une décision dont l'effet est proche, dans une affaire jugée le 28 décembre 2017 mettant en cause le principe de l'anonymat du don de gamètes par une personne conçue par insémination artificielle avec tiers donneur¹⁵⁶. Le Conseil d'État rejette la demande, considérant qu'au regard de la finalité éthique qui leur

156. CE, 9^e et 10^e ch., réunies, 28 déc. 2017, n° 396571, *Molénat*, *AJDA* 2018. 5, et 497, chron. S. ROUSSEL et C. NICOLAS ; *AJ fam.* 2018, p. 68, obs. A. DIONIS-PEYRUSSE ; *Dr. famille* 2018, comm. 64, H. FULCHIRON ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? (CE, 28 déc. 2017, *Molénat*) », *RDLF* 2018, chron., 4. La conventionalité *in abstracto* de la règle de l'anonymat du donneur de gamètes avait été reconnue par le CE dans un avis du 13 juin 2013 (*adde* CE, 10^e et 9^e ss-sect., 12 nov. 2015, n° 372121, *JCP* 2015, p. 62). Le Conseil d'État a néanmoins semblé revenir à une approche plus orthodoxe du contrôle de conventionalité *in concreto* dans une décision concernant l'accès à leurs origines des personnes nées dans le secret : CE, 16 oct. 2019, n° 420230, *Dr. famille* 2019, comm. 237, H. FULCHIRON.

est attachée « aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes (...) comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La décision n'examine pas la situation concrète du requérant¹⁵⁷, et surtout, semble signifier que l'application du cadre législatif relatif au don de gamètes ne peut par principe faire l'objet d'un contrôle de conventionalité *in concreto*. La décision n'est motivée que par des considérations d'intérêt général, écartant toute mise en balance des intérêts, si bien que certains ont pu se demander si cet arrêt ne marquait pas « une régression importante » dans le développement du contrôle de conventionalité *in concreto* en droit administratif¹⁵⁸.

L'arrêt du Conseil d'État traduit de manière encore plus frontale la démarche mal assumée par l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 mai 2017. Les deux Hautes juridictions se refusent à user de la souplesse et de l'originalité du contrôle *in concreto* qui permet dans un cas singulier de laisser la loi inappliquée sans pour autant l'invalidier, pour s'en tenir à un niveau de contrôle abstrait.

L'incohérence, au moins avec la doctrine professée par la Cour de cassation, est de taille : alors que l'arrêt du 4 mai 2017 témoigne incontestablement des atermoiements de la Cour à dépasser l'étape du contrôle de conventionalité abstrait, la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation publiait un mois auparavant un rapport visant à systématiser le recours au contrôle de conventionalité *in concreto* et à dégager une méthodologie commune aux différentes chambres de la Cour¹⁵⁹. Cela explique peut-être pourquoi la dénaturation du contrôle concret qu'elle prétendait exercer reste dissimulée. On ne saurait néanmoins manquer de dénoncer un tel vice de raisonnement, d'autant qu'il se prolonge par une appréciation concrète des faits très incomplète.

157. Seul est évoqué l'accord de sa famille avec la démarche entreprise par le requérant.

158. X. DUPRÉ DE BOULOIS, art. cité ; v. égal. la critique du raisonnement du Conseil d'État par H. FULCHIRON, « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles "hors contrôle" ? », *D.* 2018, p. 467. Cette crainte a pu se renforcer à la lecture des arrêts rendus par le Conseil d'État le 17 avril 2019 (10^e et 9^e ch. réunies, n^o 420468, *JCP* 2019, p. 609, obs. J.-R. BINET ; C. ROULHAC, « Le contrôle de conventionalité *in concreto* de la loi ; nouvelles applications, nouvelles interrogations », *RDLF* 2019, chron. 51 [en ligne]. Dans les deux affaires, les finalités d'intérêt général pèsent de tout leur poids dans la balance, sans que les intérêts contraires des requérant soient exposés. Loin de pratiquer une appréciation *in casu*, le Conseil d'État aboutit finalement à édicter un âge plafond (59 ans), là où le législateur s'en était abstenu en se référant au standard « en âge de procréer » (art. L. 2141-2 CSP).

159. Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation préc., avr. 2017, titre II, chap. II, p. 158-170.

B. L'espèce : un contrôle de conventionalité *in concreto* expéditif

Le paradoxe, entre la volonté affichée de la Cour de cassation de promouvoir le contrôle de conventionalité *in concreto* et sa défaillance à le mettre effectivement en œuvre dans l'affaire commentée, est encore plus flagrant quand est évaluée la nécessité de l'ingérence portée à la vie privée du requérant. C'est la troisième étape du raisonnement, celle du contrôle proprement dit de proportionnalité, où doivent être pesés les intérêts concurrents, et évalué si l'application d'une norme peut porter *in casu* une atteinte excessive à un droit fondamental protégé par la Conv. EDH.

La décision du 4 mai 2017¹⁶⁰ surprend par la mise en œuvre expéditive qui est faite du contrôle de proportionnalité, alors même que le pourvoi invoquait dans plusieurs branches l'atteinte à la vie privée du requérant, et rappelait expressément qu'« il appartient au juge de garantir le respect effectif des droits et libertés fondamentaux reconnus à chacun, en particulier par les conventions internationales auxquelles la France est partie ». Le pourvoi appelait la Cour à prolonger le mouvement inauguré en 2013. La singularité de la situation du requérant y était propice. Pourtant la Cour de cassation a préféré esquiver le contrôle de conventionalité *in concreto*. Reprenant l'appréciation des juges du fond, elle invoque « l'apparence et le comportement social d'une personne de sexe masculin » du requérant, « conformément à l'indication portée dans son acte de naissance », pour en déduire que « l'atteinte au droit au respect de sa vie privée n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ». Elle refuse en conséquence de suspendre la norme de la binarité des sexes dans le cas d'intersexuation biologique et psychologique qui lui était soumis et de déclarer le requérant de « sexe neutre » ou « intersexe » à l'état civil. La superficialité de ce contrôle interroge.

Seuls les juges de première instance avaient véritablement procédé à une pesée des intérêts en présence, celui du requérant de pouvoir mettre en conformité son identité juridique avec son expérience intime, et l'intangibilité du cadre social de la binarité des sexes. Ainsi, dans son jugement du 20 août 2015, le TGI de Tours rapportait que le requérant disposait tant d'un « vagin rudimentaire » que d'un « micro-pénis », qu'il ne produisait aucune hormone sexuelle, ni masculine ni féminine, que son intersexuation (biologique), attestée médicalement, se traduisait par un comportement social ne correspondant pas aux modèles masculin et féminin, comme nombre de ses proches en témoignaient ; le tribunal mentionnait que la masculinisation de son apparence était liée à un traitement médical contre l'ostéoporose, et que pour le requérant « cette posture masculine » à laquelle il avait été contraint dès son enfance était « artificielle et théâtrale » ; le tribunal qualifiait ainsi le sexe masculin qui lui avait été assigné à la naissance comme

160. Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189, *AJ fam.* 2017, p. 354, obs. J. HOUSSIER ; *ibid.*, p. 329, obs. A. DIONISI-PERRUSSE ; *D.* 2017.1399 J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; *D.* 2017.1404, note B. MORON-PUECH.

« une pure fiction qui lui avait été imposée durant toute son existence », concluant son appréciation des faits par « l'impossibilité de définir le sexe de l'intéressé d'un point de vue génital, hormonal et surtout psychologique, alors que toute la jurisprudence, notamment en matière de transsexualisme, a fait primer cet aspect de l'identité sexuelle sur tout autre ». Sur l'autre plateau de la balance, le système de la binarité des sexes ne pouvait faire le poids, d'autant que les juges tourangeaux en avaient souligné les failles, notamment en analysant la circulaire du 28 octobre 2011¹⁶¹. C'est donc bien à la suite d'un contrôle de conventionalité *in concreto* effectif que le TGI de Tours avait estimé que la non-reconnaissance d'un troisième sexe porterait une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée du requérant et décide de la substitution de la mention « sexe neutre » sur l'acte de naissance du requérant.

En revanche, la cour d'appel n'avait fait aucun cas de la situation vécue par le requérant depuis tant d'années et la Cour de cassation ne censure pas cette dernière appréciation des faits, pourtant sommaire et partielle, bien loin de celle qu'elle avait opérée dans l'affaire du mariage entre alliés. Les juges orléanais s'en sont tenus aux seules apparences, en déniaient toute portée à l'expérience intime, à la réalité corporelle et psychique de l'identité intersexuée, dont pourtant les manifestations extérieures étaient attestées par de nombreux témoignages de l'entourage proche. Des éléments biographiques du requérant, ils ne retiennent que trois faits déterminants qui caractérisent à leurs yeux son sexe masculin, et non neutre : il a une apparence masculine, il s'est marié, et son épouse et lui ont adopté un enfant. On peut d'abord être consterné par les stéréotypes de genre qui émaillent le raisonnement de la cour d'appel et qui ne seront pas déconstruits par la Cour de cassation¹⁶². On peut ensuite être étonné que le traitement par de la testostérone, que le requérant avait dû prendre pour éviter une maladie invalidante (l'ostéoporose), et qui avait masculinisé son allure et sa voix, soit ainsi invoqué à charge¹⁶³. Ce n'était pas là un souhait de la part de l'intéressé, comme le pourvoi le soulignait (4^e branche), et la masculinisation qui en a résulté n'était pas recherchée. On peut enfin rester perplexe devant les conséquences tirées du mariage et de l'adoption d'un enfant : certes en 1993, à l'époque où le requérant s'était marié, seules les unions hétérosexuelles étaient légales ; la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe n'ayant été votée que le 17 mai 2013, on ne pouvait, sans anachronisme, reprocher à la cour d'appel d'Orléans d'avoir

161. V. M.-X. CATTO *supra* ; M.-X. CATTO, « La mention du sexe à l'état civil », in *La loi et le genre*, Paris, CNRS Éditions, 2014, p. 29-47, spéc. p. 34.

162. B. MORON-PUECH, note sous CA Orléans, D. 2016, p. 905 ; M.-X. CATTO, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », *RDLF* 2016, chron. n° 18 ; M. MESNIL, « La binarité des sexes à l'épreuve de l'intersexuation », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie* 2017, n° 17, p. 47 ; J. HOUSSIER, « Sexe neutre : la Cour de cassation s'en remet à la loi », *AJ fam.* 2017, p. 354.

163. F. VIALA, « La neutralité rejetée », *JCP* 2016, p. 492.

constaté qu'il fallait être un homme à l'état civil pour se marier avec une femme et adopter un enfant. Mais peut-on déduire du fait qu'il ait été un homme à l'état civil qu'il est socialement un homme, alors que c'est précisément ce qu'il conteste ?

Dans sa décision de rejet du 4 mai 2017, la Cour de cassation s'est retranchée derrière une telle appréciation des faits, approximative et incomplète, de sorte à pouvoir considérer que le refus de la rectification de la mention du sexe sur l'acte de naissance du requérant ne portait pas une atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie privée. Pour approuver cette appréciation expéditive, la Cour de cassation précise, laconiquement, que la cour d'appel n'était « pas tenue de suivre le requérant dans le détail de son argumentation ». Cette économie de méthode est établie par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, et on l'a dit¹⁶⁴. R. Le Cotty rappelle dans son rapport que les juges « ne sont pas tenus de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'ils décident d'écarter ». Mais, lorsqu'un droit fondamental est en cause et qu'il s'agit de vérifier *in concreto* que l'atteinte qui lui est portée par la loi n'est pas excessive, les juges peuvent-ils se permettre d'admettre de tels raccourcis et d'effectuer un contrôle d'une telle superficialité ? On peut fortement en douter, à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH. Assurément, une marge d'appréciation est toujours reconnue aux autorités nationales pour évaluer la nécessité d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée d'un justiciable. Certes, la Cour EDH ne manque pas de rappeler que cette marge d'appréciation est variable, et qu'elle est d'autant plus « large qu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger ». En l'occurrence il est vrai que la plupart des pays en Europe reconnaissent une dualité exclusive des sexes¹⁶⁵. Mais la Cour EDH ne manque jamais de préciser que « cette marge est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits "intimes" qui lui sont reconnus »¹⁶⁶. Or elle a eu plusieurs occasions d'affirmer, dans des affaires concernant des personnes transsexuelles, que « la liberté pour une personne de définir son appartenance sexuelle est une liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit

164. V. introduction de cette contribution.

165. Le droit allemand a choisi de maintenir la rubrique du sexe à l'état civil, mais propose quatre options. La loi du 18 décembre 2018 permet désormais le choix entre inscrire « masculin », « féminin », « divers » ou ne rien inscrire. La rubrique du sexe peut, semble-t-il, à tout moment être complétée, sur présentation d'un certificat médical : T. HELMS, « The 2013 German Law : analysis and criticism », in J. M. SCHERPE, A. DUTTA et T. HELMS (eds), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge, Intersentia, 2018, p. 369-381, spéc. p. 372-373.

166. Cour EDH, Gde ch., 16 juill. 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, § 67 ; Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08, § 101 ; Cour EDH, 6 avr. 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13, § 121.

à l'autodétermination »¹⁶⁷. Ne doit-on donc pas en déduire que les autorités nationales ne disposent que d'une marge d'appréciation étroite lorsqu'est en cause une atteinte à la liberté de se définir comme « de sexe neutre » ou « intersexe » ? Dès lors la Cour de cassation ne se devait-elle pas de censurer l'appréciation incomplète des juges de la cour d'appel qui avaient fait fi, en l'espèce, tant de la réalité corporelle du requérant que de la représentation psychique qu'il avait de son sexe ? Pouvait-elle donner son approbation à un contrôle de proportionnalité si sommaire, alors qu'elle n'hésitait plus à contrôler son exercice par les juges du fond, comme sa jurisprudence sur la nullité du mariage entre alliés, ou l'application mécanique de la prescription des actions relatives à la filiation, l'avaient montré¹⁶⁸ ?

Pourtant dans son rapport publié très peu de temps avant la décision considérée, la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation avait suggéré qu'« il appartiendrait à la Cour de cassation de se demander, lorsque le contrôle de proportionnalité a été effectué par les juges du fond, si ceux-ci ont ou non commis une erreur manifeste d'appréciation en jugeant que l'application d'une norme a porté ou non une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti »¹⁶⁹. Dans le prolongement de cette proposition, était mis à disposition, en décembre 2018, le Memento de la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, qui précisait « qu'il y a lieu à contrôle étendu » de la part de la Cour de cassation « lorsqu'est alléguée la violation de l'un des droits protégés au titre de l'article 8 de la Conv. EDH ». On y lit ensuite que « le contrôle de proportionnalité au sens strict, apprécié *in concreto*, revient à vérifier que la mesure considérée n'impose pas à la personne concernée des charges démesurées par rapport au résultat recherché »¹⁷⁰. Une telle préoccupation, même si elle n'avait pas encore, en mai 2017, pris la forme d'une notice méthodologique dans un mémento, n'aurait-elle pas dû conduire la Cour de cassation à reprocher aux juges d'appel leur examen superficiel de la situation concrètement vécue par le requérant, faute de faire la moindre place dans leur motivation à ce que ce dernier ressentait et à la façon dont il se représentait son identité intersexuée ? N'y avait-il pas, à tout le moins, une erreur manifeste d'appréciation dans la disqualification ostensible par les juges d'appel de toute une part de la réalité complexe, pourtant expressément rapportée, vécue par le requérant assigné depuis son enfance à une identité masculine fictive ? Il semblait aisé de caractériser ici des circonstances exceptionnelles justifiant de faire ponctuellement une entorse à la binarité des sexes : le demandeur, tout au long de sa vie, ne s'était jamais senti en adéquation avec le sexe masculin inscrit sur son acte

167. Cour EDH, 12 sept. 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 73 ; Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08, § 102.

168. V. *supra*. II.1.

169. Rapport préc., avr. 2017, p. 172 ; v. aussi en ce sens H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : question de méthode », art. cité.

170. Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Mémento* préc., p. 18-19.

de naissance, ni avec le sexe féminin. Son malaise¹⁷¹ à « vivre sous une identité d'emprunt », selon la formule de son thérapeute, durait depuis 63 ans ; tout son entourage, familial et professionnel témoignait de la confusion qui existait sur son identité sexuée ; aucune condition d'âge n'empêche de demander une rectification de la mention de son sexe à l'état civil¹⁷² ; par ailleurs, on l'a dit, l'âge atteint par le requérant, qui avait déjà fondé une famille, était un gage qu'aucun enfant à venir ne serait affecté par la modification souhaitée par le requérant de son état civil. Pourtant, plutôt que de redresser le défaut d'appréciation, la Cour préfère ici l'endosser ; elle faillit ainsi à son ambition, pourtant largement affichée par ailleurs, de veiller à la mise en œuvre effective en France du contrôle de conventionalité *in concreto*.

Alors que la situation semblait propice à une cassation pour ingérence excessive dans le droit au respect de la vie privée du requérant, l'appréciation superficielle de la situation par la Cour de cassation paraît bien incompréhensible. Faut-il y lire l'embarras, voire le regret, de la Cour d'avoir introduit une technique de jugement qui a suscité, on l'a vu, l'émoi dans une large frange de la doctrine ?¹⁷³

171. L'affaire a été l'occasion de réactiver un débat récurrent dans la doctrine que le problème de « l'hyper-indemnisation » dans l'évolution de la responsabilité civile attise régulièrement : « la fonction du droit est-elle de répondre à la souffrance ? » (F. ROUVIÈRE, art. préc., *RTD civ.* 2017, p. 947). Par là, le débat renvoie sur l'une des inquiétudes exprimées par les détracteurs du contrôle de proportionnalité *in concreto* : « la dépossession des juristes au profit d'autres professionnels plus aptes à cerner dans leur expertise l'affection, le sentiment et la représentation symbolique que tel membre de la famille se fait de tel autre » (V. EGÉA, « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. famille* 2019, dossier 6).

172. Ni l'accès à une opération. On rappellera que la décision de la Cour EDH, 8 janv. 2009, *Schlumpf c. Suisse*, concernait une requérante âgée de plus de 67 ans au moment où elle demandait à bénéficier d'une opération de conversion sexuelle, et que c'est en raison de son âge avancé que la Cour a considéré que le délai de deux ans de suivi médical préalable ne lui était pas applicable.

173. En tout cas certains juges du fond se sont déjà appropriés la méthode : dans un arrêt du 8 juin 2017, qui n'est pas demeuré inaperçu (CA Caen, *D.* 2017.2107 ; point de vue BATTEUR ; *Dr. famille* 2017, comm. 224, H. FULCHIRON ; *AJ fam.* 2017, p. 545, obs. J. HOUSSIER), la cour d'appel de Caen a écarté l'interdiction du double rattachement parental de l'enfant incestueux (art. 310-2 C. civ) en utilisant le contrôle de proportionnalité *in concreto*. Un frère et une sœur, placés depuis l'enfance dans des familles d'accueil et élevés séparément pendant plusieurs années, ont entretenu une liaison bien avant de savoir qu'ils étaient issus de la même mère. Une enfant est née de leur rapport. Le père avait reconnu l'enfant avant la naissance et la filiation maternelle fut établie lors de l'accouchement. Au terme d'une orientation malheureuse et erronée, le procureur demandait au juge d'annuler la filiation maternelle. Il est apparu impossible aux juges caennais d'admettre que la mère, qui avait élevé seule son enfant, puisse subir l'annulation du lien de filiation qui l'unissait à ce dernier, et qu'en conséquence l'enfant soit privée de mère. L'atteinte *in casu* aurait été trop excessive. Si la solution était indubitablement opportune, la mise en œuvre par la cour d'appel du contrôle de conventionalité *in*

Pourtant, après sa décision du 4 mai 2017, la Cour a persévéré dans la voie de la réception du contrôle de conventionalité *in concreto*, en se montrant particulièrement attentive à ce que les juges du fond se livrent à une appréciation approfondie, espèce par espèce, de l'atteinte qui pouvait être portée à un droit fondamental. C'est ce dont témoignent ses arrêts des 7¹⁷⁴ et 21¹⁷⁵ novembre 2018 qui concernent de nouveau la prescription des actions en contestation de filiation. Dans chacune de ces affaires, la Cour de cassation s'est assurée que les juges du fond avaient bien vérifié que l'application du délai de prescription ne portait pas une atteinte excessive au droit du requérant de faire établir sa paternité. L'arrêt du 7 novembre 2018 s'apparente même à un véritable *vade mecum* méthodologique du contrôle de conventionalité *in concreto* à l'intention des juges du fond¹⁷⁶, dans lequel la Cour prend soin de mentionner les circonstances factuelles qui l'ont conduite à conclure que la requérante avait eu tout le temps pour agir de manière utile. Certes, la solution peut décevoir, dans la mesure où la Cour refuse de remettre en cause l'appréciation des juges du fond

concreto a pu paraître manquer de rigueur (H. FULCHIRON, « L'enfant né d'un inceste », *Dr. famille* 2017, comm. 224 ; J. HOUSSIER, « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », *AJ fam.* 2017, p. 545). 174. Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2018, n° 17-25.938, *D.* 2019. 663, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2018, p. 685, obs. J. HOUSSIER ; *Dr. famille* 2019, comm. 27 ; H. FULCHIRON ; *AJ fam.* 2018, p. 685, obs. J. HOUSSIER ; *RTD civ.* 2019, p. 87, obs. A.-M. LEROYER ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle concret de conventionalité », art. cité : une femme avait attendu que son père biologique présumé – avec qui elle avait des liens affectifs depuis sa petite enfance – soit décédé pour contester la paternité du mari de sa mère et faire établir la seconde filiation. Son action se heurtait à la prescription. La haute juridiction considère que « la cour d'appel a pu déduire que le délai de prescription qui lui était opposé respectait un juste équilibre et qu'il ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale » dès lors que l'intéressée avait eu la possibilité d'agir après avoir appris de façon certaine – par un test génétique privé – la vérité sur l'identité de son géniteur et qu'elle s'était abstenue d'une action pour faire établir sa paternité.

175. Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2018, n° 17-21.095, *D.* 2018, p. 23 ; *ibid.* 2019. 64, entretien P.-Y. GAUTIER ; *AJ fam.* 2019, p. 36, obs. M. SAULIER ; *Dr. famille* 2019, comm. 28, H. FULCHIRON ; *JCP* 2019, p. 41, note M. DOUCHY-LOUDOT : la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait fait jouer la prescription au motif que les juges auraient dû rechercher si « concrètement, [...] la mise en œuvre des délais légaux de prescription n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre était ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu ».

176. H. FULCHIRON, « *Vade mecum* du contrôle de conventionalité », *Dr. famille* 2019, comm. 27 ; P. EGÉA, « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. famille* 2019, dossier 6. Le mémento déjà cité qui sera publié par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018 achèvera cette entreprise pédagogique à l'intention des juges du fond, en particulier dans le chapitre 4 (« Les différentes étapes du contrôle – quelques propositions de rédaction »).

et se retranche derrière un examen de la situation qui pourrait sembler encore insuffisant, mais elle condamne clairement un contrôle des faits qui resterait léger. Pourquoi alors s'est-elle contentée, le 4 mai 2017, d'un examen sommaire de la situation vécue par le requérant, en occultant la dimension psychique de l'identité sexuée, dont pourtant le droit français comme le droit européen font une composante essentielle ?

La réticence de la Cour de cassation à l'égard du contrôle de conventionalité *in concreto* dans sa décision du 4 mai est encore plus surprenante si on la compare à une autre séquence jurisprudentielle, celle relative à la reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA pratiquée à l'étranger en conformité avec le droit local, où, pour la première fois depuis 2013, elle a fait produire des effets tangibles à un tel contrôle, en écartant la norme française à plusieurs reprises. On sait que les solutions hostiles à la transcription sur les registres français de l'état civil des actes de naissance de ces enfants ont été abandonnées à la suite de la condamnation de la France par la Cour EDH le 26 juin 2014, au nom de l'atteinte disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée des enfants concernés¹⁷⁷. La transcription de la filiation paternelle biologique a d'abord été admise en 2015¹⁷⁸, sous réserve qu'elle soit conforme à la réalité biologique, puis en 2017¹⁷⁹ la Cour de cassation a recouru au contrôle de conventionalité *in concreto* pour, notamment, mettre fin à l'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant qu'emporterait le refus de la mention sur l'acte de naissance français de l'enfant de son parent d'intention (sans lien biologique avec lui) par l'ouverture de la voie de l'adoption. C'est encore le contrôle de conventionalité *in concreto* mis en œuvre par la Cour de cassation, le 4 octobre 2019¹⁸⁰, qui a permis de mettre un terme à la saga judiciaire de l'affaire *Mennesson* : jugeant que, pour établir la maternité de la mère d'intention, le renvoi vers la procédure d'adoption aurait « des conséquences manifestement excessives », s'agissant d'un contentieux qui perdurait depuis plus de quinze ans, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que la transcription

177. Cour EDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, *D.* 2014. 1797, note F. CHÉNÉDÉ ; *ibid.* 1806, note L. D'AVOUT ; *AJ fam.* 2014, p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Dr. famille* 2014, comm. 128, C. NEIRINCK ; *AJDA* 2014, p. 1763, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 1, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER, et p. 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

178. Cass. ass. plén., 3 juill. 2015 (2 arrêts), *D.* 2015. 1481, édito, S. BOLLÉE ; *ibid.* 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *JCP.* 2015, p. 1614, note A. GOUTTENOIRE ; *Dr. famille* 2015, repère 8, J.-R. BINET ; comm. 145, C. NEIRINCK ; *AJ fam.* 2015, p. 496, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2015, 581, obs. J. HAUSER.

179. Cass. 1^{re} civ., 5 juil. 2017 (5 arrêts), *D.* 2017. 1737, note H. FULCHIRON ; *Dr. famille* 2017, étude 13, J.-R. BINET ; *AJ fam.* 2017, p. 375, obs. F. CHÉNÉDÉ.

180. Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *D.* 2019, p. 2228, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD ; *AJ fam.* 2019, p. 481, point de vue L. BRUNET ; *ibid.* 592, obs. J. HOUSSIER ; *Dr. famille* 2019, comm. 261, J.-R. BINET ; *RTD civ.* 2019. 817, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.* 841, obs. A.-M. LEROYER.

complète des actes de naissance des deux jumelles, nées grâce à une GPA en Californie, était le seul moyen de « reconnaître leur filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de la vie privée »¹⁸¹. Conformément au mécanisme d'un tel contrôle, la Cour de cassation a souligné le caractère exceptionnel de sa décision¹⁸² ; elle n'en a pas moins été le prélude à un revirement spectaculaire. Quelques mois plus tard, « afin d'unifier le traitement des situations », elle a en effet imposé la transcription intégrale de principe dès lors que l'acte de naissance étranger est régulier, exempt de fraude et conforme au droit local¹⁸³. La Cour de cassation n'a donc pas hésité à mettre en balance la norme française impérative interdisant la gestation pour autrui et l'intérêt concret de l'enfant. Pourquoi s'y est-elle refusée quand il s'agissait de faire une pesée effective et complète entre la règle de la binarité des sexes, et l'intérêt d'une personne d'être reconnue comme étant de sexe neutre ?

Il faut donc souligner, pour conclure, que la réticence manifestée dans l'arrêt du 4 mai 2017 à l'égard du contrôle de conventionalité a été très vigoureuse : la Cour de cassation a d'abord gauchi la finalité d'un tel mécanisme, en se cantonnant en réalité à un contrôle abstrait du principe de la binarité des sexes, pour mieux ensuite se contenter d'une évaluation sommaire de l'atteinte portée *in casu* au requérant. Au regard des applications antérieures du contrôle de conventionalité *in concreto*, puis de celles qui ont suivies, l'arrêt du 4 mai 2017 passe pour un accroc, dont on peine à trouver les justifications. Certes, les cas d'admission d'une ingérence excessive dans le droit au respect de la vie privée d'une personne sont demeurés très limités entre l'arrêt inaugural de 2013 et la séquence jurisprudentielle sur la reconnaissance de la filiation des enfants nés à l'étranger par GPA¹⁸⁴. Mais jamais la Cour de cassation n'a subverti la finalité et les modalités du contrôle de conventionalité concret comme elle l'a fait dans cette affaire, tout en prétendant le mettre en œuvre.

Il est piquant de mentionner qu'un peu moins d'un an après l'arrêt commenté, l'acculturation française du contrôle de conventionalité *in concreto* a reçu un soutien de poids de la part de la Cour EDH¹⁸⁵. Dans sa décision *Charron et*

181. Certains auteurs ont néanmoins objecté que, dans le domaine de la reconnaissance du statut familial des enfants nés par GPA à l'étranger, le contrôle de proportionnalité est biaisé et dévoyé ; les juges, ceux de la Cour EDH comme ceux des tribunaux nationaux, même s'ils prétendent contrôler si un juste équilibre a été préservé entre les intérêts en présence, feraient « en réalité prévaloir sur toute autre considération l'intérêt supérieur de l'enfant » (T. MARZAL, art. cité, p. 800).

182. L. BRUNET, « Affaire Mennesson : épilogue », *AJ fam.* 2019, p. 481.

183. Cass. 1^{re} civ. 18 déc. 2019, n° 18-11.815 et n° 18-12.327, *AJ fam.* 2020, p. 131, obs. F. BERDEAUX, *Dr. famille* 2020, comm. 39, J.-R. BINET.

184. *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, rapport préc., p. 321.

185. H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *D.* 2018, p. 649.

Merle-Montet du 8 février 2018¹⁸⁶, la Cour EDH a en effet enjoint les juges français à mettre en œuvre un tel contrôle, en déclarant irrecevable la requête de deux femmes mariées qui contestaient le refus qui leur avait été opposé par un hôpital de pouvoir bénéficier d'un don de sperme, sans avoir introduit préalablement de recours en France car elles estimaient qu'il était voué à l'échec¹⁸⁷. Considérant qu'« une mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné dans les circonstances de la cause » (§ 28), la Cour EDH en a déduit qu'un recours contre le refus de l'hôpital, « fondé sur les articles 8 et 14 de la Conv. EDH, n'aurait pas été de toute évidence voué à l'échec »¹⁸⁸ (§ 29). Clairement, pour la Cour, la voie de recours qui avait été délaissée par les deux requérantes était celle du contrôle de conventionalité *in concreto*, dont la promotion se trouvait encore affermie auprès des juges français.

Dès lors que l'arrêt du 4 mai 2017 ne marque de toute évidence pas un coup d'arrêt dans le développement du contrôle de conventionalité *in concreto*, quelle est sa *ratio decidendi* ? La binarité des sexes comme l'anonymat du don de gamètes feraient-ils partie de ces règles intangibles du droit des personnes que seul le législateur serait habilité à assouplir ? Mais pourquoi ces règles, et pas celles sur l'inceste ou l'interdit de la gestation pour autrui ? Les juges, seraient-ils de hauts magistrats, peuvent-ils exercer un contrôle de conventionalité *in concreto* à la carte, en choisissant eux-mêmes entre les normes susceptibles d'être soumises à un tel contrôle ? Les critiques d'insécurité juridique et d'inégalité devant la loi, formulées dès le départ contre le contrôle de conventionalité *in concreto*, seraient cette fois pleinement justifiées.

La Cour de cassation peine donc à convaincre dans cet arrêt. L'examen du contrôle de proportionnalité concret qu'elle prétend opérer est dénaturé et superficiellement effectué, quand les arguments relatifs à l'ordre social et juridique justifiant son auto-limitation et la nécessité de maintenir la bicatégorisation

186. Cour EDH, 16 sept. 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, D. 2018. 649, note H. FULCHIRON ; *AJ fam.* 2018, p. 236, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2018, p. 349, J.-P. MARGUÉNAUD.

187. Selon les deux requérantes, tant le dispositif légal français réservant sans équivoque l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels que la validation par le Conseil constitutionnel d'un tel dispositif légal (Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, D. 2013, p. 1643, chron. F. DIEU ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *RDSS* 2013, p. 908, note L. BRUNET ; *Constitutions* 2013, p. 166 et p. 381, chron. A.-M. LE POURHET, et 555, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.* 2013, p. 579, obs. J. HAUSER) rendaient tout recours en France inutile.

188. Le gouvernement opposait le non-épuisement des voies de recours en arguant précisément de l'existence du contrôle de proportionnalité et en invoquant notamment (§ 12) l'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, préc.

sexuée apparaissent difficilement recevables en l'état de ce même ordre social et juridique. La perspective de la remise en cause de la binarité des sexes, même à titre exceptionnel, semble donc provoquer une forme de vertige intellectuel qui altère la rigueur aussi bien méthodologique que démonstrative de son argumentation.