

## DROIT ET LIBERTÉ FONDAMENTAUX

> L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon contre France* ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée \*

par Benjamin Moron-Puech, Chercheur associé, Laboratoire de sociologie juridique (Université Panthéon-Assas, Paris II), IDEMEC (Aix-Marseille Université, CNRS)

1. Trop souvent, ces dernières années, la France a pu donner l'impression de ne protéger les droits de l'homme que contrainte et forcée par une audacieuse Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Qu'il s'agisse de l'emblématique assistance d'un avocat lors de la garde à vue ou, exemple plus polémique, de la reconnaissance de la filiation d'un enfant né à la suite d'une convention de mère porteuse, le droit français n'a évolué qu'après les décisions rendues par la CEDH. L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon contre France* rendu le 6 avril 2017 (CEDH 6 avr. 2017, n° 79885/12, D. 2017. 815, et 1027, note J.-P. Vauthier et F. Vialla), à propos du changement de sexe à l'état civil, montre qu'il n'en est pas toujours ainsi. Le droit français sait parfois mettre en œuvre, de sa propre initiative, des dispositifs de protection des droits fondamentaux plus exigeants que ceux développés par la CEDH.

2. Depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, l'identité sexuée ne repose plus en France que sur les composantes psychique et sociale du sexe, alors qu'auparavant elle dépendait également de la biologie, ce qui n'était pas sans susciter de difficultés (M.-X. Catto, La mention du sexe à l'état civil, in S. Hennette-Vauchez et al. (dir.), *La loi et le genre*, CNRS, p. 45-47). Cette évolution du droit français résulte de la combinaison des articles 61-5 et 61-6 du code civil introduits par la loi précitée. Le premier de ces textes permet à une personne d'obtenir la modification de la mention du sexe figurant à son état civil lorsque le sexe inscrit « ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente [sexe psychique] et dans lequel elle est connue [sexe social] ». Ces deux composantes psychique et sociale du sexe sont donc les seules que le juge doit retenir. Pour éviter tout contournement du dispositif, le législateur, à l'article 61-6, a interdit au juge de refuser un changement de sexe au motif que le demandeur n'aurait pas « subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ». Par là, le

juge se trouve privé de la possibilité de prendre en compte le sexe biologique au travers de son appréciation du sexe psychosocial. Il ne peut pas, par exemple, rejeter une demande d'une personne revendiquant un sexe masculin, au motif que des tiers ne la considéreraient pas comme telle du fait de sa poitrine proéminente. Ce serait là se fonder sur une absence de mammectomie, ce que l'article 61-6 interdit. Voilà pourquoi la composante biologique du sexe ne joue plus désormais aucun rôle dans le changement de la mention du sexe à l'état civil et, partant, dans la définition même de l'identité sexuée.

3. Tout autre est l'approche de la CEDH qui, dans l'arrêt *A. P., Nicot et Garçon contre France*, continue à adhérer à une conception de l'identité sexuée mêlant les dimensions psychosociale et biologique. Certes, dans cet arrêt, à la différence des précédents (not., CEDH 25 mars 1992, n° 13343/87, *B. c/ France*, § 48, D. 1993. 101, note J.-P. Marguénaud, 1992. 323, chron. C. Lombois, et 325, obs. J.-F. Renucci; AJDA 1992. 416, chron. J.-F. Flauss; RTD civ. 1992. 540, obs. J. Hauser), la Cour ne rappelle pas explicitement cette conception de l'identité sexuée. Cette conception se manifeste cependant au travers de l'approche médicale du changement de sexe que retient la Cour. En effet, une telle approche n'a de sens que si l'identité sexuée intègre une composante biologique. Ce n'est que parce qu'on suppose l'existence d'un problème biologique, que le corps médical est légitime à intervenir, en œuvre à une « suppression des désordres corporels de l'identité sexuée » (L. Brunet, *Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personnes intersexes*, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, 64 (2016), p. 260).

Cette approche médicale du changement de sexe, qui se manifeste dans la terminologie pathologisante utilisée

dans l'arrêt pour désigner les requérants (« troubles de l'identité de genre », « syndrome » ou « diagnostic de transsexualisme »), résulte du *quitus* donné par la Cour aux États pour subordonner le changement de la mention du sexe à l'état civil à une condition médicale : le « syndrome du transsexualisme ». En effet, invitée à se prononcer sur la conformité à l'article 8 la Convention européenne de cette exigence, la Cour va considérer, après avoir estimé que la France dispose sur cette question d'une large marge d'appréciation, que cette condition permet de protéger les requérants contre le risque de s'engager « erronément dans un processus de changement légal de leur identité ». Or, dès lors que cet objectif lui paraît proche de l'objectif d'intérêt général lié à l'indisponibilité de l'état des personnes, la Cour en conclut que l'exigence d'un psychodiagnostic établissant la réalité dudit « syndrome » maintient un juste équilibre entre les intérêts en présence.

4. Que penser de cette approche biologique et psychosociale du sexe à laquelle la Cour manifeste ici une fois de plus son attachement ? Deux remarques. D'abord, cet ancrage biologique du sexe expose les personnes désirant changer la mention de leur sexe à l'état civil à des expertises médicales qui, sans être jugées par la Cour comme portant une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée, n'en portent pas moins atteinte à ce droit. La preuve en est que certaines personnes - dont deux des requérants - sont prêtes à prendre le risque de voir leur demande refusée plutôt que d'avoir à se soumettre à ces expertises.

Ensuite, cette approche biologique du sexe conduit la Cour à laisser sans réponse l'un des griefs formulé devant elle. En effet, la lecture des développements consacrés par la Cour à « la condition de réalité du syndrome transsexuel » (§ 138 s.) laisse apparaître que le deuxième requérant contestait la qualification de maladie mentale impliquée par la condition de « réalité du syndrome du transsexualisme ». Or la CEDH ignore ce grief. Aveuglée par sa conception biologisante de l'identité sexuée, dans laquelle les « personnes transsexuelles » sont nécessairement atteintes d'une maladie, la Cour n'est pas en mesure de comprendre le grief du requérant. Pour la Cour, le grief porterait sur l'exigence d'un psychodiagnostic pour établir ce syndrome, alors que le requérant dirige ses reproches contre la qualification de maladie mentale, impliquée par la terminologie utilisée et dont il indique qu'elle est attentatoire à sa dignité.

Or un tel grief n'est pas sans pertinence, surtout compte tenu des propos tenus dans cet arrêt par la Cour à propos du « dilemme insoluble » qu'implique la condition de changement irréversible de l'apparence. En effet, de la même façon que la condition d'irréversibilité contraint la personne à choisir entre son droit à l'intégrité physique et son droit à l'identité sexuée, la condition de « réalité du syndrome du transsexualisme » place la personne face à un semblable dilemme : soit demander la reconnaissance de son identité sexuée et, étant alors considérée comme une malade men-

talement, renoncer à son droit à la réputation - droit également inclus dans le droit à la vie privée (CEDH 14 oct. 2008, n° 78060/01, *Petrina c/ Roumanie*, § 29, RTD civ. 2008. 648, obs. J.-P. Marguénaud) - ; soit renoncer à la reconnaissance de son identité sexuée et donc au plein exercice de son droit à la vie privée.

Certes, le jugement porté par la Cour sur la marge d'appréciation dont disposait la France pour déterminer ces deux conditions diffère : restreinte pour l'irréversibilité du changement de l'apparence, la marge est jugée large pour la réalité du syndrome. Cependant, outre que cette différence peut être contestée, il faut rappeler que même une large marge nationale d'appréciation ne confère par un blanc-seing aux États. Même à supposer la marge d'appréciation large, il est douteux qu'elle permette à la France de pathologiser les personnes qui demanderaient à changer la mention de leur sexe à l'état civil. L'objectif de protection de l'individu contre des demandes erronées de changement de sexe - principal argument avancé par la Cour au soutien de l'existence en l'espèce d'un juste équilibre - n'implique pas une telle pathologisation de l'individu. Il implique seulement que les États vérifient que le demandeur ne soit pas atteint d'une maladie mentale susceptible d'être la cause de sa demande de changement de sexe.

Dans ces conditions, il est permis de penser que ce deuxième « dilemme insoluble » ne ménage pas un juste équilibre entre les intérêts en présence et qu'il aurait dû être condamné. Aveuglée par sa conception notamment biologique du sexe, la Cour n'a pas vu ce problème et, ce faisant, elle a validé pour l'ensemble des pays européens la pathologisation des personnes désirant changer la mention de leur sexe à l'état civil, alors même que la classification internationale des maladies est en train d'être révisée pour en exclure la « dysphorie de genre »...

5. Face à cela, que peut faire la France ? Dans un souci de cohérence avec la conception non biologique de l'identité sexuée qu'elle vient d'adopter, la France gagnerait à faire rayonner cette approche. Pour cela, existe un moyen efficace : demander un réexamen de l'affaire devant la grande chambre pour inviter la Cour à adopter une conception non biologique de l'identité sexuée et solliciter un examen plus attentif de la conformité de l'exigence de réalité du « syndrome du transsexualisme » au respect de la vie privée. Certes, le réexamen n'est pas de droit et implique la preuve d'une question grave relative à l'interprétation (art. 43 Conv. EDH). Il est néanmoins permis de penser - et tel est l'avis de l'auteur de l'opinion dissidente sous cet arrêt (§ 24) - que ces conditions sont en l'espèce bien remplies. Le délai est de trois mois ; à bon entendre, salut !

\* Article réalisé dans le cadre du projet de recherche « État civil de demain et transidentité » financé par la Mission de recherche droit et justice. Que Clément Cousin, Mila Petkova et Benjamin Pitcho soient remerciés pour leur relecture attentive.