

La cour d'appel d'Orléans, la sentinelle désarmée d'un ordre discuté

Il y a des arrêts qui ne passent pas inaperçus dès lors qu'ils touchent aux fondements mêmes de notre société. L'arrêt du 22 mars dernier, de la cour d'appel d'Orléans, n'échappe pas à cette règle. Ici, le magistrat orléanais est venu affirmer péremptoirement l'impossibilité de reconnaître un troisième sexe. La dualité des sexes serait un principe intangible qui ne saurait être totalement contesté au nom de *l'autonomie personnelle*. L'examen de la décision, dans une perspective pluridisciplinaire, point le blocage idéologique du juge, qu'il convient de questionner à la lumière d'une société française en pleine mutation.

There are cases that do not go unnoticed as they relate to the very foundations of our society. The judgment of 22 March, the Court of Appeal of Orleans, is no exception to this rule. Here, the magistrate from Orleans asserted conclusively to be unable to recognize a third gender. The duality of the sexes is an intangible principle that cannot be totally denied on behalf of personal autonomy. The review of the decision, from a multidisciplinary perspective, should be questioned in the light of a changing French society.

« *Le changement est la loi de la vie humaine, il ne faut pas en avoir peur (...) dans un environnement qui change, il n'y a pas de plus grand risque que de rester immobile* »¹ écrivait le président **JACQUES CHIRAC**, dans **La France pour tous**. La crise systémique qui frappe notre société depuis des années la plonge dans une errance identitaire. Divers totems de notre culture sont malmenés par une multitude de revendications particulières. Les intellectuels se déchirent et chacun à sa manière prodiguent des remèdes à cette société malade². Ici, les mots du président Chirac amorcent une piste de réflexion, il nous fait comprendre que l'adaptation et le pragmatisme des sociétés seraient des lois universelles. Le signe même de sa modernité, de sa vigueur. C'est dans cet environnement atypique que la question de la reconnaissance d'un troisième sexe dévoile toute sa complexité.

La dualité des sexes est un vestige culturel qui constitue les soubassements de la société occidentale. L'évolution de cette dernière à travers le temps n'a eu cesse d'ancrer cette idée. À l'image de ce que disait **MICHEL FOUCAULT**, dans **L'archéologie du savoir**, les idées originelles ne sont pas totalement annihilées par le temps. La difficulté principale serait d'y revenir dessus quand celles-ci jouissent d'une vivacité. Elles en deviennent intouchables. Pour s'en convaincre, il convient de voir que, d'un point de vue épistémologique, rien n'est plus probant qu'une dialectique binaire.

Pourtant, une nouvelle acception devient dominante actuellement. L'harmonisation et l'intégration suscitées par les différentes instances européennes amorcent une rénovation de notre représentation du monde. Le bon sens, également, conspuerait cette conception qui à long terme pourrait être pernicieuse – l'exemple du *darwinisme social*. Et de même, quoi de plus beau dans la réflexion que la nuance, la complexité, l'ambiguïté. La maxime « *jamais deux sans trois* » nous invite à repenser certaines représentations et surtout celles relatives à l'Homme. Car peut-on appréhender l'humanité dans une simple structure binaire alors qu'elle est ontologiquement plurielle ? Qu'advient-il des spécificités sortant du cadre préétabli qui font pourtant partie de la complexité de l'Homme ? De nouvelles questions déferlent ensuite : Comment alors concilier ces intérêts contradictoires ? Doit-on reconnaître un troisième sexe ou d'autres alternatives demeurent plus satisfaisantes ?

Le Tribunal de Grande Instance de Tours avait tenté de déminer le terrain en acceptant cette révolution paradigmatique dans un jugement du 20 août 2015. *In casu*, une personne intersexuée avait demandé, auprès du président du Tribunal, sur le fondement de l'article 99 du Code civil, la rectification de son acte de naissance. Celui-ci portait la mention « *de sexe masculin* », or, le requérant ne s'identifie ni à ce sexe, ni au sexe féminin. Il demande donc l'inscription « *de sexe neutre* ». Le Tribunal lui a fait droit sur la base du « *droit au respect de la vie privée* » en se fondant sur le fait que « *le sexe qui a été assigné à M. X. à sa naissance apparaît comme une pure fiction, qui lui aura été imposée pendant toute son existence sans que jamais il ait pu exprimer son sentiment profond* ». La vision

¹ G. Baret, « *Chirac, entre perles et culture* », partie sur la lettre « C »

² S. Hessel, « *Indignez-vous !* », Indigène 2010 et A. Finkielkraut, « *La seule exactitude* », Stock 2015

duale des sexes ne serait plus, selon lui, en adéquation avec l'ère du temps. Plus précisément, il avait reconnu la possibilité de mentionner un troisième sexe, qualifié de « neutre », sur l'état civil sur la base du principe de *l'autonomie personnelle*, tel que développé au fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, en lien avec le droit à l'identité personnelle. La machine était enclenchée, la justesse des arguments attirait l'acquiescement d'une partie de la doctrine.

D'autant plus qu'une telle solution s'inscrivait dans un mouvement intellectuel contemporain. En effet, le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe³ a récemment souligné la nécessité « *de revoir les classifications médicales qui assimilent les variations des caractéristiques sexuelles à des pathologies, et de garantir aux personnes intersexes le droit à l'autodétermination en facilitant leur reconnaissance juridique dans les documents officiels* »⁴. Elle est, par ailleurs, reconnue par certains pays tiers aux instances européennes tels que l'Australie, l'Inde ou encore l'Afrique du sud ou encore le Népal⁵. Plus encore, la Commission d'éthique suisse et le Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture et les traitements dégradants ont considéré les opérations de réassignation sexuelle des enfants intersexués comme une violation aux droits de l'Homme⁶.

Cependant, la cour d'appel d'Orléans, dans un arrêt du 22 mars 2016, a infirmé ce jugement. Dans celui-ci, elle a voulu rompre avec cette construction. Elle tente de donner une solution qui satisfasse les intérêts en présence, mais qui dans l'absolu protégerait la dualité des sexes. En effet, elle considère qu'au regard « *des obligation qui leur incombent (aux autorités nationales) au titre de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* », il doit être recherché un juste équilibre entre la protection de l'état des personnes qui est d'ordre public et le respect de la vie privée des personnes présentant une variation du développement sexuel » et que « *ce juste équilibre conduit à leur permettre d'obtenir (...) que leur état civil ne mentionne aucune catégorie sexuelle* ». Le juge orléanais ne fera pas une application de cette possibilité et admettra que cet équilibre est préservé dès lors que puisse être « *modifié le sexe qui leur a été assigné* », s' « *il n'est pas en correspondance avec leur apparence physique et leur comportement social* ». Et en l'espèce, à l'aune des revendications de Monsieur X, tant son comportement social que son apparence physique justifie l'assignation du sexe masculin sur son état civil. *In fine*, pour forcer la conviction, le juge considère que la reconnaissance d'un troisième sexe ne serait prévue par aucune norme législative ou réglementaire, et que dès lors, il n'appartiendrait pas aux magistrats de créer une telle norme de reconnaissance qui exposerait ces personnes à des risques de discrimination. Il préfère laisser le législateur, organe politique de discussion par excellence, trancher cette question.

Les affirmations s'entrechoquent, le débat devient brûlant. La solution développée par la cour suscite tout naturellement de nombreux questionnements. Le magistrat orléanais s'efforce, dans une certaine mesure, de contester le raisonnement du Tribunal, alors complet, en limitant les possibilités des intersexués. Est-ce que cette solution est plus légitime que celle du Tribunal de Grande Instance ? Donc, faut-il affirmer que le droit français est irrémédiablement réticent à déconstruire cette binarité ? Aujourd'hui, plus précisément, n'y-a-t'il pas une révolution de nos représentations, suscitées par le droit supranational, qui oblige à reconsidérer notre position et surtout l'arrêt de la cour ? Finalement, est-ce que l'on ne doit pas déduire de l'arrêt une velléité des juges à freiner cette (r)évolution ?

Sommairement, ledit arrêt donne une impression de conciliation opportune. Le magistrat orléanais arrive à conserver cette dualité des sexes sans nier les droits et libertés de Monsieur X. Certains ont pu se réjouir de la solution⁸ en voyant dans le *droit à une invisibilité juridique* une

³ N. Muiznieks, le commissaire, soulignait aussi que « *Les Européen(ne)s sont encore très peu sensibilisé(e)s au vécu douloureux des personnes intersexes et aux violations des droits de l'homme auxquelles ces personnes doivent faire face. En raison des préjugés et des normes qui reposent sur la classification binaire féminin-masculin, des nourrissons intersexes subissent des interventions chirurgicales et des traitements médicaux non nécessaires, et il règne dans la société un climat d'incompréhension. Il est temps de s'atteler à résoudre cette situation inacceptable* »

⁴ <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2768770&SecMode=1&DocId=2282730&Usage=2>

⁵ http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/10/14/le-sexe-neutre-reconnu-pour-la-premiere-fois-en-france_4789226_3224.html

⁶ J.-E. Mendez, « *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* », ONU, 1 février 2013

⁷ CEDH, 4^e Sect. 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, Req. 48009/08, § 106-107

⁸ C. Siffrein-Blanc, « *Homme ou femme pas de place pour le sexe neutre* », AJ Famille 2016, p. 261

avancée majeure et légitime. Elle s'inscrirait dans la droite lignée d'une standardisation du droit français par rapport aux autres pays européens, à l'instar de l'Allemagne⁹. Pourtant le juge orléanais s'empresse de refermer cette porte aussitôt qu'elle fut ouverte car, *in casu*, le requérant ne réclamait pas cela. Il applique sa deuxième proposition visant à modifier la mention du sexe, entre les deux sexes classiques, sur l'état civil sous réserve de correspondance avec leur apparence physique ainsi que leur comportement social. En outre, les deux solutions n'offrent soit qu'une invisibilité aux personnes intersexuées devenant alors *des fantômes de la République*, soit le rattachement à l'autre sexe comme ce fût le cas pour le transsexualisme. En d'autres termes, la société ne pourrait reconnaître l'intersexualité, selon le juge, elle devrait être masquée, au prix d'une argumentation relativement fébrile.

La solution témoigne d'une paralysie psychologique et idéologique sur la base d'arguments juridiques fallacieux (§I) qui ne rendent pas compte de la réalité politico-sociale de la France (§II) sujette à une révolution paradigmatique – déjà consommée. La cour s'érige alors en protecteur acharné d'une représentation contestée, bien que légitime anthropologiquement (§III).

§ I – LA SOLUTION ORLEANAISE : UNE POSITION EN CONTRADICTION AVEC LE CADRE JURIDIQUE GENERAL

Le postulat de départ de cet arrêt est que l'intersexualité est difficilement envisageable dans notre société, elle peut exister mais subrepticement. Si derrière cela se cache une intime conviction que la binarité serait immuable¹⁰, le magistrat essaie de développer un argumentaire juridique tenable. Il convient ici d'analyser successivement les différentes arguties, afin de comprendre l'opportunité manifeste dudit arrêt.

Premièrement, la cour affirme 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, même en cas d'ambiguïté sexuelle* ». Cependant, l'article 57 du code civil, fondement juridique légitime, ne fait état d'aucune obligation de rattacher à l'un des deux sexes en disposant que « *l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant* ». Le silence du texte pourrait, au contraire, conduire à reconnaître l'inscription d'un troisième sexe. Finalement, seule une circulaire du 28 octobre 2011 écarte la possibilité d'une indétermination sexuelle et invite à ne mentionner sur l'état civil qu'un des deux sexes. L'argumentation retenue ici par le juge est fébrile. Déduire d'une simple circulaire l'idée que la dualité des sexes serait immuable est constructif et subjectif. La force normative d'une loi, dans un aspect purement formel, l'emporte sur toute circulaire. D'ailleurs, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales prévoit dans son paragraphe deux qu'« *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi* ». Il en découle l'exigence d'une force normative particulière.

Une certaine partie de la doctrine admet alors que « *l'exigence légale de choix entre deux sexes se déduit de tout le droit lui-même, ne faisant référence qu'à deux catégories* »¹¹. Mais une lecture littérale de plusieurs dispositions du code civil peint un tableau bien plus complexe. En effet, l'article 6-1 dispose que « *le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* ». De plus, son article 143 n'emploie que le terme de « *sexe différent ou de même sexe* » sans définir ces termes. Enfin, les articles 98, 202-1, 515-1, 354 du code civil vont également dans ce sens. Les articles à ce sujet ne manquent pas, ce qui démontre que le droit français n'est pas totalement enraciné dans cette dualité. Au contraire, il est ambivalent. Assurément, l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *sont électeurs, dans les*

⁹ Depuis l'article 6 de la loi du 7 mai 2013

¹⁰ Cf. *infra* § III

¹¹ C. Siffrein-Blanc, *op. cit.*

conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques » – disposition d'autant plus intéressante qu'elle est le fruit d'une révision constitutionnelle tendant à contrecarrer une jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ces deux sexes sont exacerbés par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». Dans cette optique, de nombreuses dispositions du droit civil de la famille réservent leur application qu'à ces deux sexes, à l'image de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique qui parle de « *l'homme et la femme formant le couple* ».

Le droit français est ambivalent, fruit d'une mutation de sa substance par les juges européens¹². Pour résoudre ce conflit d'interprétations, il est vrai qu'un critère hiérarchique aurait emporté une plus grande conviction mais réviser l'ensemble du droit, *a fortiori* le droit constitutionnel, est un processus long et complexe qui rebute parfois les pouvoirs publics. C'est pourquoi un critère chronologique serait un argument opportun, certes moins convaincant, pour comprendre le vrai visage du droit positif. Il traduirait l'état de l'opinion publique à un moment M. Ainsi, la révision des dispositions du code civil par la loi du 17 mai 2013 marque cette volonté de casser avec la dualité des sexes en ne définissant pas explicitement les sexes. Par conséquent, le droit français serait plus enclin à fustiger un enfermement dans une binarité contredisant alors l'argumentaire, d'une part, de la doctrine ainsi que du juge orléanais, d'autre part. Mais l'intervention du législateur, souhaitée par le juge orléanais, apparaît désormais comme une nécessité afin de trancher le débat – qui semble aujourd'hui ouvert à une évolution en ce sens¹³.

Deuxièmement, le juge retient « *qu'admettre la requête de Monsieur X. reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire* ». Une nouvelle fois, la cour utilise un argumentaire totalement biaisé, car s'il est vrai que l'article 5 du code civil prohibe explicitement aux juges de poser des arrêts de règlement, pouvant légitimer cette interdiction de créer une nouvelle catégorie, le juge orléanais ne peut non plus en supprimer comme il le laisse entrevoir en l'espèce. Si la création d'une telle catégorie n'est pas prohibée explicitement, à la lumière de nos précédents développements, la suppression de la mention d'un sexe l'est selon l'article 57 du code civil. Le juge contracte l'interprétation des dispositions du droit français pour arriver à protéger son paradigme, alors même qu'une telle suppression chamboulerait plus fortement l'organisation sociale et juridique que la reconnaissance d'un nouveau sexe.

Troisièmement, il considère que « *cette demande, en contradiction avec son apparence physique et son comportement social, ne peut être accueillie* ». Pour étayer son propos, il affirme que « *Monsieur X présente une apparence physique masculine, qu'il s'est marié en 1993 et que son épouse et lui ont adopté un enfant* ». Il en résulte que le juge limite l'appréciation de l'identité sexuelle du requérant à des éléments purement physiques, physiologiques et sociaux – « *dès lors qu'il n'est pas en correspondance avec leur apparence physique ou leur comportement social* » – afin d'admettre qu'il n'est pas intersexué, et donc qu'il ne peut jouir des solutions proposées. Le juge entretient à ce propos l'artificialité du comportement du requérant et de son apparence, commandée par les mœurs de la société alors, à l'époque, peu ouverte sur ces thèmes. Une telle appréciation n'est qu'une véritable méprise, il entend voir dans les signes extérieurs la vérité intérieure. Pourtant dès le début de l'arrêt, il établissait une réalité différente aux moyens de pièces médicales. Assurément, il affirmait que quand bien même il disposerait « *d'un caryotype XY (...), il présente indiscutablement et aujourd'hui encore une ambiguïté sexuelle* ». Que dès lors « *la composition génétique (génotype) ne correspond pas à l'apparence physique (phénotype)* ». Par conséquent, « *l'assignation de la personne, à sa naissance, à une des deux catégories sexuelles, en contradiction avec les constatations médicales qui ne permettent pas de déterminer le sexe de façon unique, fait encourir le risque d'une contrariété entre cette assignation et l'identité sexuelle vécue à l'âge adulte* ».

¹² A. Troianiello, « *Les droits fondamentaux, fossyeurs du constitutionnalisme ?* », Le Débat 2003/2, n° 124, Gallimard

¹³ Le mardi 12 juillet 2016, les députés ont adopté une loi concernant les droits des transsexuels et des transgenres : « *Toute personne majeure qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe à l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification* »

L'ensemble de la production médicale établit une pluralité d'indices démontrant la véritable ambiguïté sexuelle du requérant. Si l'apparence physique tend à le représenter comme un homme, seule la dimension chromosomique corrobore cette solution. Tous les autres aspects de la génétique font état de la complexité de l'identification du sexe du requérant. Le juge fait fi de ces arguments médicaux, quand bien même ces pièces jouissent d'une valeur particulière. Dans un état positif, scientifique, écarter un discours médical suscite légitimement des contestations. D'autant que le Tribunal de Grande Instance de Tours, sur ce point, avait fait un large effort pour caractériser cette ambiguïté en mobilisant des preuves diverses. Lui permettant d'affirmer que cette situation exceptionnelle contraignait le requérant à « *dissimuler sa réalité physiologique (et par là même psychique) aux yeux de ses concitoyens et de vivre sous identité d'emprunt* ». À la suite de tous ces éléments, il convenait de considérer que « *ni que l'une ou l'autre (réalité sur la masculinité ou la féminité du requérant) ne correspondrait à son identité profonde, qui doit primer sur toute autre définition, notamment chromosomique* » et donc « *l'impossibilité de définir le sexe (...) 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* ». Finalement, l'élément psychologique devenait la clé de voûte de l'appréciation du tribunal. Il serait le seul argument recevable pour apprécier l'identité sexuelle réelle de la personne.

De surcroît, cette solution était conforme à la position de la Cour européenne des droits de l'Homme qui n'est « *pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes [l'homme et la femme] impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques* »¹⁴. Tout semblerait être appréhendé par le prisme de la psychologie pour rendre compte du for intérieur de la personne. Pour le transsexualisme, par exemple, la prise en compte du changement d'apparence n'est que le résultat d'un processus psychologique, d'un sentiment de mal-être intérieur de l'individu ne pouvant se cantonner au sexe réel et voulant se rattacher à l'autre sexe¹⁵. Le sexe a de multiples facettes, mais la réalité biologique ne doit pas être exclusive. À plus forte raison que, contrairement à l'idée répandue selon laquelle nous sommes programmés par notre code génétique, des scientifiques ont montré que celui-ci est en réalité un stock de données qui peuvent être activées ou non selon nos conditions de vie. La science de l'épigénétique a établi que cette activation était due à des modifications chimiques réversibles du gène. Chacun de nous est donc dans un état épigénétique qui lui est propre et qui se modifie avec l'âge. La qualité de l'environnement ainsi que le vécu psychologique modifient l'état des gènes par la voie épigénétique. Les scientifiques pensent de plus en plus que « *le comportement de nos gènes peut être modifié par les expériences de la vie, et même que ces changements peuvent être transmis aux générations futures. Cette constatation peut transformer notre compréhension de l'hérédité et de l'évolution* »¹⁶.

Rien ne serait immuable ou prédéterminé, même en génétique, alimentant ainsi le fameux débat de l'inné et de l'acquis. Des prédispositions ne peuvent véritablement nous définir, d'autres facteurs sont à prendre en considération. Force est de constater qu'un clone d'une personne pourrait être autant singulier dans d'autres aspects qu'autrui. Ses interactions sociales¹⁷, ses lectures sont des éléments qui peuvent construire une identité totalement différente de la nôtre quand bien même il nous ressemblerait physiquement. Cela renvoie à l'étude de la complexité de la notion d'identité par **PAUL RICOEUR**, dans **Soi-même comme un autre**, où il distingue deux éléments permettant de définir l'identité : la *mémeté* et l'*ipséité*. S'il est possible d'assimiler la *mémeté* à l'identité sociale, l'*ipséité* désigne elle une part de pluralité et de diversité au cœur de l'identité personnelle irréductible à la seule identité sociale. Philosophiquement encore, l'*humanisme classique*, avec **PIC DE LA MIRANDOLE**, insiste sur la perfectibilité infinie de l'Homme qui n'est pas au départ enfermé dans une nature intangible et déterminante comme

¹⁴ CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, § 100

¹⁵ Un communiqué de presse du Défenseur des droits du 24 juin 2016 dans lequel il regrette que la procédure proposée reste médicalisée via la demande d'attestations médicales et que les critères d'ordre social demeurent flous : <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actus/presse/communiqués-de-presse/le-defenseur-des-droits-recommande-une-procedure-declarative-pour>

¹⁶ Dr. Mae-Wan Ho, « *De quoi les gènes se souviennent-ils ?* », Prospect Magazine, 2008

¹⁷ Traduit en sociologie par le phénomène de socialisation et les différentes instances de socialisation ; en philosophie par Aristote, « *La Grande Morale* », Livre II, Chap. XV : « *Apprendre à se connaître est très difficile [...] et un très grand plaisir en même temps ; mais nous ne pouvons pas nous contempler nous-mêmes à partir de nous-mêmes* ».

peut l'être un animal guidé par son seul instinct naturel commun à son espèce. L'être humain est caractérisé, déjà dans le mythe de **PROMETHEE**, par son intelligence, sa capacité à s'adapter, défaire les lois naturelles pour devenir autonome.

Si le contexte génétique et le contexte social sont des éléments à prendre en considération - surtout pour les *matérialistes* -, ils ne peuvent déterminer une réalité immuable notamment dans le domaine de la sexualité. D'autant que, *in casu*, le contexte juridique de l'année 1993 était radicalement différent, poussant le requérant à masquer son for intérieur. Dès lors le comportement social de l'individu était forcé. Notons qu'à cette époque, le transsexualisme venait d'être accepté doucement par la France, affirmer une identité intersexuée aurait été compliquée. On ne peut apprécier le comportement social du demandeur au seul jour de son mariage et de l'adoption¹⁸. Il convient d'apprécier cela de manière continue, ce qui impose de tenir compte du changement social intervenu depuis le 17 mai 2013 et conspuer donc le raisonnement abstrait auquel s'astreint la cour, de déduire de la qualité d'époux ou de père le sexe social du requérant.

Dernièrement, en ce qui concerne le « *juste équilibre entre la protection de l'état des personnes qui est d'ordre public et le respect de la vie privée des personnes* » présenté par le magistrat orléanais. Sous cette conciliation, le juge établit une limite tangible à liberté sexuelle de l'individu. Si la dialectique *ordre-liberté* ne pose guère de souci dans son essence, l'élaboration d'un ordre public *sexuel*¹⁹, et donc de *valeurs*²⁰, qui interdirait au requérant de pouvoir revendiquer une identité sexuée en désaccord avec la dualité des sexes est discutable. Il identifie ici une *norme d'altérité sexuelle* qui serait le pilier de cet ordre, impliquant que le principe de *l'indisponibilité de l'état des personnes* ne céderait que si et seulement si la réalité biologique est masquée. Or force est de constater que cet ordre public façonné par l'Etat législateur et les juges évolue avec la montée en puissance d'un individualisme au centre duquel s'enracinent le droit à l'autonomie personnelle, la libre disposition de son corps, le principe de l'égalité entre les citoyens et les avancées scientifiques²¹.

L'identité sexuelle cesse graduellement d'être une réalité imposée à l'individu pour devenir progressivement une composante de sa vie privée. « *Plutôt que d'assumer la dimension privée (droit subjectif) du sexe, le droit français continue à le considérer encore comme un élément d'ordre public, auquel l'individu pourra échapper à condition d'avoir l'autorisation clinique (acte médical)* »²². Il existe une tension qui doit aujourd'hui cesser selon le droit européen. En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme fait de la sexualité un élément de la vie privée et dans lequel l'Etat ne peut s'ingérer que pour des *raisons particulièrement graves*. Le juge européen établit cela par une définition large²³ et une protection extensive de cette vie privée et familiale²⁴. Pour ce faire, il emploie plusieurs principes qui marquent cette volonté et qui légitiment la solution : le *principe de l'autonomie personnelle*²⁵, le *droit à l'épanouissement personnel*²⁶ ainsi que dans une autre mesure – par sa combinaison récurrente avec l'article 8 – le *principe de non-discrimination* de l'article 14. Ce sont les notions phares qui sous-tendent l'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales²⁷. Cela a pu être observé concernant l'affaire *K.A. et A.D.* du 17 février 2005 où la Cour en arrive à protéger des relations sadomasochistes, menaçant l'intégrité physique des individus, sur le fondement de leur consentement en s'adossant à cette « *autonomie personnelle* ». Il y aurait un mouvement visant à

¹⁸ Confirmé par un arrêt : CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, § 39 « Elle note au surplus que, depuis l'introduction de la requête, la loi du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples homosexuels (paragraphe 24 ci-dessus) et que les requérants sont désormais libres de se marier »

¹⁹ C. Bugnon, « *La construction d'un ordre public sexuel* », Numéro 4 - Actes du colloque interdoctoral 2009

²⁰ G. Glénard, « *La dignité de la personne humaine : un ordre de valeurs ?* », RFDA 2015, p.869

²¹ À ce propos, la Cour de cassation a rendu une décision le 28 janvier 2015 montrant une évolution de l'ordre public français.

²² « *L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée* », Audition de Daniel Borrillo devant la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, le 19 mars 2013

²³ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 61

²⁴ On le voit avec l'arrêt du 14 juin 2016, dans l'affaire *Biržietis c. Lituanie*

²⁵ CEDH, 2 février 2016, *Di Trizio c. Suisse*, § 64 « le volet "privé" de l'article 8 est également concerné, dans la mesure où il garantit le droit au développement personnel et l'autonomie personnelle »

²⁶ CEDH, grande chambre, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*

²⁷ CEDH, *Pretty*, op. cit., § 61 « la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »

admettre de plus en plus de liberté dans le domaine de la sexualité²⁸. L'ingérence étatique se réduit alors à une peau de chagrin²⁹. L'Etat ne doit plus s'opposer à la reconnaissance d'éléments qui relèveraient de la vie privée, notamment concernant l'identité sexuelle³⁰ – comme ce fut le cas pour l'homosexualité³¹ et le transsexualisme³².

Force est de constater que le juge français suit cette logique. Il est de plus en plus attentif aux atteintes au droit au respect de la vie privée. Le juge administratif a en effet admis, par un arrêt du 31 mai 2016, que le juge des référés doit se livrer à une appréciation *in concreto* de l'application d'une loi à une personne dans le cadre d'un contrôle de conventionalité quand bien même cette dernière serait conforme au droit européen. Le brevet de conventionalité d'une loi ne fait pas obstacle à une possible atteinte grave à des libertés fondamentales – et plus particulièrement au droit au respect de la vie privée et familiale – dans des circonstances particulières³³. Donc le juge administratif se doit d'être vigilant à ne pas remettre en cause ce qui tend à devenir un sacro-saint principe, le droit au respect de la vie privée et familiale³⁴.

Cela résulte d'un mouvement général commun à toutes les démocraties libérales. Les droits fondamentaux tels que proclamés et protégés après la Seconde guerre mondiale ont pour ambition de faire naître un corpus normatif attentif aux volontés personnelles. C'est dans cette présentation que s'exacerbe *un droit au libre développement de la personnalité* qui façonne les rapports entre droit/liberté et limitation³⁵. La liberté de l'individu, notamment de pouvoir choisir sa vie, serait l'essence même de la Convention³⁶. Car la liberté est ce qui permet à l'Homme de se réaliser, d'accepter les particularités – ce qui avait été bafoué³⁷. Une définition abstraite de l'humanité irait à l'encontre du projet libéral de la Convention mais aussi des Lumières visant à replacer l'Homme au centre de tout. Le principe même de notre modernité, c'est que l'individu devienne son propre maître, sans barrière étatique pour s'épanouir. C'est en ce sens que le *libre développement et l'épanouissement de la personne* deviennent matériellement supérieurs, d'autant plus qu'ils sont étroitement liés à la notion de dignité souvent analysée comme matricielle³⁸. Assurément « *le lien intime entre la dignité et le libre développement de la personne humaine est évident dès lors que la dignité de l'être humain consiste en ce que l'individu ne doit pas être considéré comme un "pur et simple objet", qu'elle implique que l'être humain soit considéré comme "sujet", et que la principale qualité d'un "sujet" est de "se déterminer et se développer lui-même en liberté"* », corroboré par une analyse comparative de ces concepts³⁹.

Ainsi, la solution de la cour établissant une impossibilité de reconnaître un troisième sexe au moyen de l'ordre public est erronée. La plupart des arguments exposés par la cour démontrent une réticence à voir la reconnaissance d'un troisième sexe. Pourtant nos représentations ont évolué, le modèle républicain est déjà suranné.

²⁸ « *Droits de l'Homme et personnes intersexes* », rapport publié par le commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, 23 juin 2015 : il faut « *faciliter la reconnaissance des personnes intersexes devant la loi en leur délivrant rapidement des actes de naissance, des documents d'état civil, (...), tout en respectant le droit de ces personnes à l'autodétermination. L'assignation de sexe/genre (...) dans les documents officiels devrait offrir la possibilité de ne pas choisir un marqueur de genre spécifié, "masculin" ou "féminin"* »

²⁹ Récemment : CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c. Turquie* ; CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. RU*

³⁰ CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni* : elle a reconnu explicitement le droit de changer d'identité sexuelle. Les États doivent reconnaître juridiquement la conversion sexuelle en vertu d'« *un droit à l'identité sexuelle, droit lié à l'épanouissement personnel, qui est un aspect fondamental du droit au respect de sa vie privée* »

³¹ CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*

³² CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*

³³ CE, 31 mai 2016, *Madame D...C...A...* : n°396848

³⁴ À titre d'exemple les arrêts du Conseil d'Etat du 8 juin 2016 concernant la déchéance de nationalité où il admet pour la première fois l'invocabilité de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans le contentieux de la déchéance de nationalité ; En lien avec : CEDH, 21 juin 2016, *Ramadan c. Malte*, § 85-89.

³⁵ X. Bioy, « *Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse)* », Revue internationale de droit comparé, vol. 55 n°1, Janvier-mars 2003, pp. 123-147

³⁶ CEDH, 23 février 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*, § 308 « *Nul ne doit être traité d'une manière impliquant une perte de dignité, la dignité et la liberté de l'homme étant l'essence même de la Convention. (...). La Cour rappelle que l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics* »

³⁷ B. Stirn, « *L'Europe, terre de liberté et foyer de la démocratie* », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, pp. 87-92

³⁸ B. Mathieu, « *Pour une reconnaissance de "principes matriciel" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme* », D. 1995. 211

³⁹ X. Bioy, *op. cit.*, p. 141, cite O. Jouanjan, « *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand* », coll. *Droit public positif*, Economica, 1992, p. 170

§ II – UNE REFUTATION CORROBOREE PAR LE CADRE POLITICO-PHILOSOPHICO-SOCIAL FRANÇAIS

Il convient d'affirmer que la liberté de l'individu prônée par le droit français et européen fait de lui un acteur en puissance de la structure démocratique. Le modèle social, fruit d'une histoire, est alors reconsidéré par une idéologie qui fait place à la *différence*, déniée par l'arrêt.

La Cour européenne a, en effet, instigué un nouveau rapport gouvernants/gouvernés qui modifie notre vision de la démocratie et sa légitimité⁴⁰. Le primat du collectif qui a bercé le constitutionnalisme français fait face à une montée en puissance de la prise en compte du corps social. « *Alors qu'il s'est formé à partir d'une société unitaire⁴¹, pétrie d'égalité et composée de citoyens politiquement actifs et réunis autour de valeurs communes, "les droits de l'homme et du citoyen", notre contrat social républicain semble soudainement frappé de vétusté. Il apparaît, aux yeux de beaucoup, devoir être dépassé pour satisfaire les besoins de plus en plus pressants de ce qu'il convient d'appeler une "société de droit"* »⁴². L'évolution des droits fondamentaux construit donc un nouveau modèle politico-social. En effet, il y aurait avec les droits fondamentaux une mutation de l'ontologie du droit⁴³. Une mutation qui porte un nom : « *la modernité juridique* » selon **PAUL AMSELEK**, consistant en une désagrégation et une subjectivisation de l'ordre juridique fondée sur la primauté du particulier. En d'autres termes, il y a eu une positivisation des droits de l'Homme, à la suite des ignominies de la Seconde guerre mondiale, en droits fondamentaux qui implique alors naturellement une séparation des individus, une communautarisation. D'où l'accroissement de prétentions visant à voir reconnaître certains droits fondamentaux sans autre fondement que la singularité de l'individu et le *lobbying* exercé par des communautés de valeurs.

Fort de ces différents facteurs, la société retrouverait alors le rôle originel qui lui avait été dévolu lors de la rédaction de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Assurément, l'article 16 de ladite Déclaration dispose que « *toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* » – le lien est clair entre *Société* et *Constitution*. Déjà Montesquieu faisait du corps social son objet et recherchait une structure de pouvoir exprimant la structure sociale. Cela tend à rapprocher notre régime politique de la *Démocratie* – au sens américain, développé pour son constitutionnalisme –, c'est-à-dire un régime qui s'organise à partir de la société pour la société⁴⁴ par opposition à notre *République*. À partir de là, l'Etat ne serait plus l'unique unité à prendre en considération dans l'équation de la démocratie. Et le modèle social se doit d'être conforme à la complexité du corps social. D'ailleurs, la théorie du droit vient en partie corroborer cette présentation. En effet, selon le positivisme sociologique de **LEON DUGUIT**, le droit provient de ce matériau sociologique qu'est la société. La norme étatique reconnaît une norme sociale acceptée par un groupe à un moment donné. La norme juridique doit nécessairement avoir un soubassement sociologique⁴⁵. On ne peut détacher une norme juridique de revendications extra-juridiques⁴⁶. Par conséquent, dans une société ouverte à toutes les revendications et au pluralisme, la concrétisation juridique se devrait d'être spontanée.

Ce mouvement puise sa force dans la doctrine libérale qui structure notre schéma. La définition classique du libéralisme économique éclaire ce propos : elle proclame la prépondérance du particulier sur le collectif, mais qui participe à son bien-être⁴⁷. Il ne fait nul doute que ces valeurs organisent notre environnement, et surtout le droit. Notre démocratie se fonde sur la reconnaissance de la Liberté, d'un pluralisme⁴⁸ et l'acceptation de la singularité de chacun.

⁴⁰ P. Rosanvallon, « *Le bon gouvernement* », Seuil, 2015

⁴¹ L'hostilité de la Révolution française à l'égard des groupes pour construire l'Etat moderne exclusivement constitué de citoyens abstraits : A. Finkelkraut, « *L'identité malheureuse* », Stock, 2013

⁴² A. Troianiello, *op. cit.*, p. 60

⁴³ On le voit avec le droit constitutionnel : Le passage d'un « *droit constitutionnel descriptif* », organisant les organes du pouvoir, à un « *droit constitutionnel normatif* » plus substantiel : F. Borela, « *Un renouveau du droit constitutionnel* », RFDC, n°89 p.8

⁴⁴ Arrêt *Marbury v. Madison*, 24 février 1803

⁴⁵ On le retrouve avec l'institutionnalisme du Doyen Hauriou dans « *Les cahiers de la nouvelle journée* »

⁴⁶ B. De Jouvenel, « *Du pouvoir : Histoire naturelle de sa croissance* », Hachette

⁴⁷ A. Smith, « *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* », Flammarion, 1991, Tome II pp. 42-43

⁴⁸ C. Lefort, « *L'invention démocratique* », Fayard

Dans ce sens, l'extension des libertés individuelles est une force irréprouvable, que la France ne peut plus contenir. Ce « *droit à la différence* », revendiqué, frappe de plein fouet notre architecture juridique et sociale. Il traduit des malaises réels et des retards démocratiques, mais il porte en lui la fin de notre modèle républicain. Est née, avec le droit européen, une *démocratie communautaire/mosaïque* faisant le culte de *l'individualisme*, du *différentialisme*, c'est-à-dire que les différences de natures entre les groupes justifieraient un traitement différent devant la loi, et surtout du *relativisme*. La liberté de chacun est ce qui motive cette évolution sociale, mais également l'égalité – en ce sens qu'elle est consubstantielle de la démocratie⁴⁹. Non pas en tant que facteur désagrégement de la société, de fin de l'individualité comme le pensait **TOCQUEVILLE**, mais comme élément de non-discrimination. Elle serait ici entendue comme une *égalité de reconnaissance/différentialiste*, c'est-à-dire la possibilité de pouvoir bénéficier d'une reconnaissance juridique dans sa différence. D'être semblable⁵⁰ à l'autre dans la jouissance de droits et de la participation civique ainsi que l'assimilation au corps social malgré son identité particulière. Un tel développement peut apparaître abscons mais témoigne de la complexité de la définition de l'égalité et surtout la culture française qui n'entrevoit qu'une *égalité universelle*, au sens d'une homogénéité totale. En contradiction avec une *égalité particulière*, qui est exacerbée aux États-Unis et qui fonde la discrimination positive. Finalement, la doctrine libertaire établit une relation plus nuancée entre *liberté* et *égalité*. Au contraire, ces doctrines donneraient naissance à des revendications plus sociales, égalitaristes.

Les révoltes libertaires des années soixante ont participé à façonner ce couple. Une analyse fine de ces événements montre que ces révoltes ont suscité deux rejetons : *l'ultralibéralisme* d'un côté et, de l'autre, *la social-démocratie égalitariste*. La société française oscille désormais entre des sources politiques diverses, elle tente de concilier autant que faire se peut le socialisme et le libéralisme-individualiste. Ce mouvement considère qu'il est « *interdit d'interdire* », qu'il revendique le droit absolu qu'aurait tout individu à choisir, à passer en toute liberté « *de la chance au choix* », mais également d'affirmer un certain égalitarisme. Comprendre ce phénomène revient à établir une filiation avec *l'utilitarisme* philosophique occidental, qui est d'abord et avant tout ce qu'on appelle un *eudémonisme* : une vision du monde dans laquelle les humains sont d'abord définis comme des êtres qui ont un *intérêt* au bonheur. Et selon eux, une action est bonne quand elle augmente la somme globale de bonheur ou de bien-être dans le monde. L'idéal démocratique directement lié à ce mouvement repose par conséquent sur la conviction suivante : les sociétés anciennes ont négligé toute une catégorie d'êtres en raison de leurs préjugés. Or l'évolution de la démocratie, au moins depuis deux siècles, consiste justement à inverser ces logiques : après la reconnaissance tardive du droit des esclaves, est venu le temps du droit des femmes, et des transgenres. Nous sommes dans une ère *égalitariste déconstructionniste* qui n'a gardé que les héritages satisfaisants de l'humanisme, en les alliant à une éthique néolibérale. En somme, on a une idéologie qui navigue de manière plus ou moins cohérente entre néolibéralisme et social-démocratie. Notre nouveau paradigme serait dans une certaine mesure *libertaire-social-démocrate*⁵¹.

Nulle surprise, les analyses juridiques antérieures s'inscrivent dans ce mouvement de fond des démocraties occidentales, empreintes à une évolution lente et inéluctable, qui consiste à faire entrer sans cesse davantage dans l'orbite de la libre décision humaine et de l'égalitarisme ce qui en était exclu *a priori* dans le monde des anciens⁵². **LUC FERRY** exacerbe cela – dans son dernier ouvrage **La révolution transhumaniste** –, en parlant du projet transhumaniste, « *pourquoi soigner l'un et rejeter l'autre, du moment qu'ils souffrent également de leur petitesse dans une société qui, à tort ou à raison, valorise plutôt la grandeur ? Sur le plan éthique, tel est du moins le point de vue du transhumanisme, la différence entre un nanisme « pathologique » et un nanisme « normal » n'a pas lieu d'être, seul*

⁴⁹ A. De Tocqueville, « *De la démocratie en Amérique* » ; « *L'Ancien Régime et la Révolution* », Folio histoire

⁵⁰ L'allemand emploie un terme intéressant : *Mitmenschen* qui implique que la reconnaissance de l'autre dans sa particularité s'inscrit dans la dynamique de l'égalité

⁵¹ Comme en dispose les programmes politiques du mouvement « *En Marche !* » et qui jouit d'une certaine vigueur en Europe depuis le *Programme de Bad Godesberg* de 1959 ainsi que depuis 2008 en France avec des déclarations du *Parti Socialiste*

⁵² Production intéressante à ce propos dans *Philosophie Magazine* n°102 de septembre 2016 avec l'article « *De quoi changer de prénom est-il le nom ?* »

le vécu douloureux des individus étant à prendre en compte»⁵³. Le transhumanisme est une parfaite illustration de cette relation. Il a une dimension égalitariste en voulant surpasser la loterie génétique – qui devient un devoir moral –, au-delà de la simple égalité sociale et politique, il cherchait à établir une égalité génétique qui est déterminée par la liberté individuelle de chacun et notamment des parents. Sur un plan uniquement philosophique, ces deux concepts corroborent la volonté de l'être humain de maîtriser son destin, de n'être plus un observateur mais un acteur. Dans tous les cas, il s'agit de se libérer des contraintes en tout genre, celles de la nature brute et brutale d'un côté, mais tout autant que nous imposent de façon arbitraire et aliénante le social, le politique organisés de manière traditionnelle.

« Avec l'Europe, un nouveau monde commence, fait du pluralisme des conceptions de vie, d'espaces post-nationaux de délibération (...), etc. »⁵⁴ ayant pour soubassement le principe de coopération loyale⁵⁵ entre les peuples, la liberté de l'Homme, le respect de sa différence et de sa dignité.

Dans ce cadre, l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans fait tâche, il doit être discuté. Ce premier ne serait seulement que le simulacre d'une idéologie aujourd'hui contestée. La crispation idéologique du juge orléanais est palpable même si anthropologiquement la solution pourrait être légitime.

§ III – LA CRISPATION IDEOLOGIQUE DU JUGE : LA PROTECTION ACHARNEE D'UNE LECTURE CHRETIENNE DE LA SOCIETE

Il faut comprendre que derrière chaque position se cache une idéologie. Elle est le moteur de chaque opération intellectuelle, tout argumentaire, toute idée est construite à partir d'une représentation particulière de notre environnement. La pluralité de ces idées est à l'origine de querelles. Dans cette optique, l'argumentaire du magistrat orléanais s'éclaircit. Il est le témoin d'un blocage psychologique et idéologique⁵⁶ suscité par l'idée de l'immutabilité de la binarité des sexes. Le fait que la nature est ce qu'elle est, une donnée éternelle, et intangible.

En d'autres termes, le magistrat fait preuve d'une crispation idéologique qui le pousse à manipuler, à interpréter trop grossièrement le droit positif. Il est alors imbibé d'une longue tradition qu'il tente de préserver coûte que coûte. Plus précisément encore, cette idéologie est le fruit d'une tradition judéo-chrétienne qui a structuré et structure encore l'architecture de notre civilisation d'un point de vue anthropologique. Si depuis longtemps on a pu affirmer la distance entre le droit et la morale religieuse, cet arrêt démontre que la sexualité en droit ne parviendrait pas à se départir de son acception traditionnelle.

Pour s'en convaincre, la lecture des saintes écritures démontre que la sexualité se caractérise par sa nature duale et sa fonction génitrice interdisant par là même l'homosexualité et *a fortiori* de l'intersexualité. À ce propos, certains passages des textes sacrés sont limpides « *s'il n'y avait point cet instinct [sexuel], nul ne bâtirait maison ni ne se marierait !* »⁵⁷, « *une femme ne portera point un habillement d'homme, et un homme ne mettra point des vêtements de femme ; car quiconque fait ces choses est en abomination à l'Éternel, ton Dieu* »⁵⁸. La Genèse raconte même la destruction de la ville de Sodome, étant la ville de tous les vices où les habitants pratiquaient l'homosexualité. La plupart de nos représentations sont issues d'une longue tradition chrétienne qui elle-même puise ses sources dans des racines diverses. L'étude d'anciennes cultures démontre que cette vision duale ne serait que la retranscription du dualisme cosmique⁵⁹. En d'autres mots, il y aurait une vérité naturelle à laquelle aucun individu ne peut s'échapper. Une philosophie *naturaliste, matérialiste et mécaniste* serait

⁵³ L. Ferry, *op. cit.*, pp. 13-14

⁵⁴ D. Rousseau, « *Retour sur un monstre juridique* », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, pp. 125-128

⁵⁵ D. Rousseau, *op. cit.*

⁵⁶ B. Moron-Puech, « *L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme* », Recueil Dalloz 2016, p. 904

⁵⁷ *Gen. Rabba*, III, 49

⁵⁸ *Ancien Testament. Le Pentateuque. Deutéronome*, Chapitre 22, verset 5

⁵⁹ A.-S. Vivier-Muresan, « *Afşad: ethnologie d'un village d'Iran* », Édition Mo'In, Chapitre VI – Être homme, être femme, quel déterminisme ?

sur ce thème la lame de fond de ces doctrines. Ainsi, cette dichotomie est fondamentalement structurante pour le magistrat orléanais, la vérité biologique serait la vérité universelle. Il est intimement convaincu qu'il y a, comme le prétend la Bible, une nature primitive antérieure aux pratiques culturelles, transcendante⁶⁰.

Par conséquent, la reconnaissance de droits subjectifs⁶¹ serait la perte de ces valeurs, de ces vérités. **ALAIN FINKIELKRAUT** défend ardemment cela, à travers l'exemple du *mariage pour tous*, en affirmant qu'il faut lutter contre la liberté qui malmène la finitude. « *Il ne s'agit pas de remettre les individus dans le droit chemin, mais de les réconcilier, avant que le ressentiment n'emporte tout, avec leur condition. Je suis un homme ou une femme. Je nais dans un corps sexué. Cette identité, je ne l'ai pas choisie, je l'ai reçue. Il me faut donc en rabattre et abdiquer, d'entrée de jeu, toute prétention à représenter l'humanité à moi seul. L'homme n'existe pas, la dualité est irréductible* »⁶². Ce paradigme chrétien ne devrait pas céder à de nouvelles revendications libertaires et égalitaires. La démocratie ne devrait pas non plus être ce prétexte à une égalité outrancière. Des valeurs sont fondatrices et doivent demeurer exclusives. D'ailleurs, nombre d'auteurs démontrent que cette culture chrétienne est intangible⁶³, qu'elle est le dénominateur commun de toutes les équations de notre civilisation. En effet, ils expliquent que la révolution idéologique des Lumières n'a pas battu en brèche les idées chrétiennes, bien au contraire, elle les renforce. L'idéal de construction d'une société auto-fondée, coupée de ses racines idéologiques, n'est qu'utopie. De même que la construction d'une société où l'Homme serait le centre de tout, et donc de faire de l'Homme non plus l'esclave mais le maître de son destin⁶⁴, n'est pas si lointaine des préceptes chrétiens. Cette vision est d'autant plus vigoureuse qu'elle est relayée par les productions pontificales⁶⁵.

La modernité, le changement de paradigmes n'a pas coupé ces liens, et la sécularisation réalise même d'une certaine manière des orientations du message chrétien. À ce propos, le terme de *charité* renvoie à des préceptes bibliques concernant l'aide à son prochain, le soulagement des peines de l'Homme. L'idée est réinterprétée dans le projet moderne mais ne s'affranchit pas de ses origines⁶⁶. Il s'agit alors d'une société adolescente qui tente de s'émanciper tout en étant déjà déterminée par des instances de socialisation primaires.

Anthropologiquement, cette présentation relève de l'évidence. Toute société repose sur un sédiment idéologique qui a progressé ou s'est amenuisé en fonction des années. Il ne fait nul doute que toute société se définit par un monticule de savoirs, de valeurs. Elle n'est que le fruit d'une construction historique, d'une transmission de ces idées à travers le temps, d'une mémoire. L'étude de l'égyptologue **JAN ASSMAN**⁶⁷ démontre cette relation entre le passé et le présent en distinguant une mémoire « *communicationnelle* » – c'est-à-dire une mémoire relativement récente, des souvenirs qui sont transmis par voie orale et informelle⁶⁸ – d'une mémoire « *culturelle* » qui serait un passé absolu, essence de toutes les sociétés. Tout cela fonde la mémoire collective qui influence notre vision présente du monde car cette mémoire, et principalement la mémoire culturelle, donne à la société une identité. Cette dernière se définit alors par rapport à un passé qui définit ce qu'elles sont, d'où elles viennent et qui perdurent grâce à ce qu'il dénomme « *la continuité* ». En somme, il y aurait une mémoire absolue qui évoluerait très difficilement et qui façonnerait l'architecture sociale, donc juridique.

⁶⁰ En opposition avec J. Butler qui affirme que les sexes et la sexualité sont une élaboration culturelle et politique dans « *Le trouble dans le genre* »

⁶¹ A. Finkelkraut, *op. cit.*, « *Les défenseurs du voile et celles qui le portent n'ont pas recours à un argumentaire communautariste ou religieux : ils ne se réclament ni de la tradition ancestrale, ni de la loi divine, mais des droits subjectifs. Ils partagent l'idéal de la nouvelle génération Internet : I know what I want and I want it now* », p. 61

⁶² A. Finkelkraut, *op. cit.*, pp. 15-16

⁶³ P. D'Iribarne, « *Chrétien et moderne* », Gallimard, 2016

⁶⁴ On a pu le voir avec la question du Déisme que l'on retrouve dans le préambule de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ainsi que dans les discours de Robespierre.

⁶⁵ Cela a été explicité par le Pape Jean-Paul II avec sa production sur *fides* et *ratio*, ainsi que par Benoît XVI reconnaît la grandeur du développement moderne de l'esprit mais plaide pour un élargissement de notre usage de la raison, d'un grand *Logos*

⁶⁶ « *Christianisme et modernité* », émission *Répliques* du 11 juin 2016 sur France culture

⁶⁷ J. Assman, « *La mémoire culturelle. Écriture, souvenir et imaginaire politique dans les civilisations antiques* », édition Aubier

⁶⁸ Philosophie Magazine, « *Peut-on choisir ses désirs ?* », Entretien avec Jan Assman « *les trois monothéismes ont un potentiel explosif*, Mensuel n°97, Mars 2016, pp. 70-75

Dès lors, la solution du juge orléanais fait de lui le gardien de cette mémoire absolue, de ce paradigme chrétien. Il nous permettrait de ne pas nous éloigner de ce qui fonde notre société, ce qui lui donne un nom, comme le disait **OCTAVIO PAZ**⁶⁹. Par là même, il apparaîtrait alors tout à fait régulier de ne pas reconnaître un troisième sexe.

Nonobstant, si anthropologiquement la solution peut apparaître légitime, le juge orléanais, en tant qu'interprète authentique privilégié, se doit d'invoquer des arguments juridiques recevables. D'autant que la matière juridique serait façonnée à l'image de ce socle culturel fondamental. Or c'est précisément sur ce point que l'arrêt pêche, comme on a pu le voir, car la révolution paradigmatique est consommée. L'évolution du droit national et supranational conduit à rendre cette inscription du sexe neutre comme normale. Ici, la cour prescrit une solution déconnectée de la réalité juridique et politico-sociale de la France faisant de son arrêt un pur texte d'opportunité.

*

Le « sociologisme » pur auquel nous avons affaire aujourd'hui veut que le droit s'adapte aux évolutions de la société sans en juger la valeur⁷⁰. Dans ce cadre, les juges deviennent ceux qui disent les vérités – l'Etat étant simplement un régulateur –, sans avoir plus d'égard à la nature des choses. Selon **ANTONINO TROIANIELLO**, « *la fondamentalité des droits fondamentaux est en définitive une affaire d'interprétation. Et, pour l'essentiel, cette dernière est laissée à la discrétion de juges dont le rôle politique se trouve alors exalté* »⁷¹, par conséquent « *le juge qui est appelé à jouer le rôle du Léviathan garant de la cohésion sociale* »⁷². Le positivisme est judiciaire et non plus législatif ; sa légitimité provient non de ce qu'il est la bouche du peuple, mais uniquement de ce qu'il se prétend gardien des *droits de l'Homme*. Il en résulte un gouvernement des juges – principalement européens⁷³ – qui ne serait plus un élément d'immobilisme et de conservatisme politique comme le pensait **EDOUARD LAMBERT**. Au demeurant, le juge se doit d'être à l'écoute des revendications les plus modernes et les consacrer, ce que ne fait pas la cour d'appel d'Orléans. En définitive, la multiplicité des arguments démontre le vertige qui empare le juge orléanais. Seulement la révolution paradigmatique est en marche⁷⁴ comme l'appréhende **THOMAS KUHN** dans « **La structure des révolutions scientifiques** », elle sera avalisée politiquement, et juridiquement. Dans cette optique, la Cour de cassation sera sûrement le fer de lance de celle-ci en rectifiant les incohérences du juge orléanais.

À terme cela implique également une réflexion plus globale, car même si cela apparaît comme le cours normal des choses, la prise de puissance du corps social n'est pas nécessairement un signe de prospérité. L'ultralibéralisme et individualisme pourraient finalement se rapprocher d'un nihilisme, d'une entropie juridico-sociale.

Thomas Escach-Dubourg

⁶⁹ O. Paz, « *Point de convergence : Du romantisme à l'avant-garde* », Gallimard, 2013

⁷⁰ Voir A. Viala, « *De la critique des droits de l'Homme à l'obsession républicaine du droit-de-l'homme* », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, pp. 51-70

⁷¹ A. Troianiello, *op. cit.*, p. 71

⁷² A. Troianiello, *op. cit.*, p. 66

⁷³ <http://www.marianne.net/pierre-lellouche-cedh-installe-gouvernement-juges-europeens-100232467.html>

⁷⁴ R. Debray, « *Madame H.* », Gallimard 2015