



HAL
open science

Intégrité physique et intersexuation. La bicatégorisation sexuée du droit comme pouvoir de normalisation du corps des personnes intersexes

Audrey Boisgontier

► To cite this version:

Audrey Boisgontier. Intégrité physique et intersexuation. La bicatégorisation sexuée du droit comme pouvoir de normalisation du corps des personnes intersexes. 2020. hal-03879944

HAL Id: hal-03879944

<https://hal.science/hal-03879944>

Submitted on 30 Nov 2022

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.

Intégrité physique et intersexuation

*La bicatégorisation sexuée du droit comme pouvoir de normalisation du corps
des personnes intersexes*

Master 2 Droits de l'Homme - UFR Droit & Science politique
Année universitaire 2018-2019

*Mémoire de recherche présenté et soutenu publiquement pour l'obtention du Master 2 Droits
de l'Homme par Audrey Boisgontier.*

Sous la direction de :

Madame Stéphanie Hennette-Vauchez, Professeure de droit public à l'Université Paris
Nanterre.

Membres du jury :

Madame Stéphanie Hennette-Vauchez, Professeure de droit public à l'Université Paris
Nanterre.

Madame Tatiana Gründler, Maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris
Nanterre.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

J'exprime tout d'abord mes sincères remerciements à Madame la Professeure Stéphanie Hennette-Vaucher : ses conseils avisés lors de nos échanges ont été une précieuse source d'inspiration. Sa disponibilité et la grande liberté qu'elle m'a accordée ont contribué à rendre ce travail plaisant. Je la remercie également de m'avoir donné l'envie d'approfondir ce sujet, et d'avoir accepté de poursuivre cette aventure.

Que Marie-Xavière Catto et Benjamin Moron-Puech trouvent également ici l'expression de ma gratitude pour m'avoir apporté de précieux conseils afin de réaliser ce mémoire.

Je remercie également mes compagnons de bibliothèque et amis, en particulier Charles et Sophie, pour leur soutien infailible et leur bonne humeur.

Enfin, merci à Antoine, Caroline, Chloé.L et Chloé B. Léa, Louise et Mélanie d'avoir été présents tout au long de ce travail.

Table des abréviations principales

APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
C.E.O.M	Conseil Européen de l'Ordre des Médecins.
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme.
CESCR	Comité des droits économiques, sociaux et culturels.
CESDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant.
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne.
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme.
CPP	Code de procédure pénale.
CSP	Code de la santé publique.
DSD	Désordre du développement sexuel.
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme.
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.
HAS	Haute autorité de santé.
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme.
Inserm	Institut national de la santé et de la recherche médicale.
ISNA	Intersex Society of North America.
LGBTI	Lesbian, gay, bisexual, trans, intersex.
OMS	Organisation Mondiale de la Santé.
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.
TGI	Tribunal de grande instance.
UE	Union européenne.

Sommaire

Introduction générale

TITRE 1 : Intersexuation et normalisation des corps : quel encadrement juridique des actes de conformation sexuée sur les personnes intersexes ?

Chapitre 1 : Opérer les personnes intersexes : une nécessité médicale justifiée par la volonté des autorités médico-légales de maintenir la binarité des sexes.

Chapitre 2 : Opérer les enfants intersexes : un consentement aux traitements de conformation sexuée imposé par un impératif social.

TITRE 2 : Intersexuation et droits fondamentaux : l'ancrage intangible de la bicatégorisation au sein de l'ordre juridique.

Chapitre 1 : Garantir les droits humains : la protection du droit au respect de l'intégrité physique.

Chapitre 2 : Préférer l'injustice au désordre : la bicatégorisation au fondement de l'ordre juridique.

Conclusion générale

*« Je souhaite que ma vie et mes décisions dépendent de moi, et non de forces extérieures
quelles qu'elles soient. Je désire être l'instrument de ma propre volonté, et non celui de la
volonté des autres [...]. Je désire être une personne et non personne, décider par moi-même
et non qu'on décide à ma place, agir et non être agi par la nature ou par d'autres hommes
[...] »¹.*

¹ BERLIN Isaiah, *Eloge de la liberté*, Paris, 1990, p.179.

Introduction

« *Natura non nisi parendo vincitur* –
On ne triomphe de la nature qu'en lui obéissant »²

1. **L'immutabilité des sexes féminin et masculin.** Selon une croyance commune, « *nous naissons tous potentiellement garçon ou fille* »³. L'évidence des sexes féminin et masculin est telle que l'ensemble des rapports entre individus est fondé à partir de la binarité sexuelle. Être une femme ou un homme ne relève pas d'un choix : cela va de soi. Notre identité sexuée semble ainsi s'imposer dès notre naissance dans le cadre de cette dichotomie sexuée. L'ordre juridique épouse d'ailleurs à la perfection ce modèle de la dualité des sexes, et participe à le renforcer : l'une des premières conditions à la reconnaissance d'un individu sous sa juridiction est de lui assigner un sexe féminin ou masculin. Il est ainsi d'ordre public de maintenir le dogme de la différence des sexes entre les personnes⁴. Cette injonction se poursuit bien après la naissance : l'individu est identifié tout au long de sa vie selon ce sexe, et son sentiment d'appartenance sexué est supposé correspondre au sexe qui lui a été assigné. L'ordre juridique présume donc que les individus sous sa juridiction sont soit des femmes, soit des hommes, qui se sentent en toute logique appartenir respectivement aux catégories de sexe féminin et masculin : la cisnormativité est privilégiée⁵.
2. **D'un sexe à l'autre.** Pourtant, l'intangibilité du sexe n'est pas aussi catégorique : les personnes trans⁶ sont ainsi amenées à développer au cours de leur vie une identité sexuée opposée ou simplement distincte du sexe juridique qui leur a été assigné à la naissance. L'ordre juridique fut au départ très clair quant à l'impossibilité pour ces individus d'exprimer leur volonté de vivre selon une identité sexuée différente de celle qui avait été inscrite au sein de

² BACON Francis, *Novum organum*, Hachette, 2012, p.7.

³ EUGENIDES Jeffrey, *Middlesex*, Paris, Ed. de l'Olivier, 2007, 656 p, p.544.

⁴ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », in *La loi et le genre*, 2014, p. 29-47, p. 47.

⁵ Les personnes cisgenres ont une identité de genre qui correspond au sexe assigné à la naissance et aux attentes sociales associées à leur genre : voir *Les personnes trans et intersexuées: la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers*, Luxembourg, Commission européenne, 2012, p.13.

⁶ Nous utiliserons dans notre étude le terme de « personnes trans » : le terme de personnes transsexuelles ou transsexualisme ne nous paraît pas adapté du fait de la dissociation qui doit être effectuée entre les caractéristiques sexuées des individus, leur identité de genre, et les questions de sexualité. En effet, le transsexualisme exclut les personnes qui revendiquent un changement de genre social, en l'absence de toute intervention chirurgicale. Le terme « personne trans » nous paraît plus neutre, et permet ainsi d'englober l'ensemble des personnes concernées. Comme le souligne le Commissaire aux droits de l'Homme, « *la communauté transgenre est d'une grande diversité* ». (Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009, p.3.)

leur acte de naissance. En effet, invoquant le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, le juge refusait systématiquement de prendre en considération « *les transformations corporelles obtenues* » grâce à des opérations ou traitements chirurgicaux et ainsi de faire droit aux demandes de changement de la mention du sexe à l'état civil⁷. L'acte de naissance était alors considéré comme le reflet du « véritable » sexe de l'individu qui ne pouvait être modifié selon sa propre volonté. Ce fut sans compter la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), laquelle estima que la position du droit français plaçait les personnes trans « *dans une situation globale incompatible avec le respect dû à [leur] vie privée* »⁸. Cet arrêt incita la Cour de cassation à opérer un revirement de jurisprudence, laissant de côté le principe de l'indisponibilité de l'état de personne : ainsi, lorsqu'une personne entreprend un « *traitement médico-chirurgical* » de changement de sexe, « *le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence* »⁹. La volonté de traverser la frontière d'un sexe à l'autre a donc été progressivement encadrée par le droit : toute personne souffrant d'une discordance entre son identité sexuée et le sexe qui lui a été assigné à sa naissance peut, si elle le souhaite, bénéficier d'une prise en charge thérapeutique et avoir recours à une opération de conformation sexuée¹⁰. Même en l'absence d'une telle intervention chirurgicale, ce changement de sexe sera reconnu à l'état civil¹¹. Le législateur s'est donc emparé des enjeux juridiques liés à l'émergence de la question trans : le caractère intangible du sexe s'est affaibli afin d'assurer la protection du droit au respect à la vie privée des personnes trans, et les interventions médicales de changement de sexe ont été admises par l'ordre juridique. En effet, selon le législateur, ces traitements visent à répondre à une pathologie, la « dysphorie de genre », ce qui légitime leur pratique du point de vue médical en vertu de leur finalité thérapeutique.

3. **Diversité des sexes.** Pourtant, la répartition des êtres humains en deux et seulement deux catégories de sexe n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît : certaines personnes viennent au monde ou évoluent dans un corps qui ne leur permet pas d'entrer dans les cases des sexes

⁷ Voir par exemple Cass. 1ère civ., 16 décembre 1975, D. 1976, Jur. p. 397, note R. LINDON.

⁸ Notamment : CEDH, Plénière, 25 mars 1992, B. c. France, n°13343/87.

⁹ Cass., Ass. Plén., 11 décembre 1992, n°91-11900 et 91-12373, RTD Civ., 1993. 97.

¹⁰ BUJON Thomas et DOURLENS Christine, « Entre médicalisation et dépathologisation : la trajectoire incertaine de la question trans », in *Sciences sociales et santé*, n° 3, vol. 30, 2012, p. 33.

¹¹ Les conditions afin de demander la modification de la mention du sexe à l'état civil sont précisées à l'article 61-5 du Code civil. À ce titre, l'article 61-6 du même code énonce en son troisième alinéa que « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ».

féminin et masculin solidement établies. En effet, les personnes intersexes possèdent des caractéristiques sexuées qui varient de notre définition habituelle de la femme et de l'homme¹².

4. Précisions terminologiques. La terminologie adoptée pour désigner l'intersexuation est loin de faire consensus : les termes utilisés sont variables selon les acteurs, illustrant ainsi la complexité du sujet¹³. En effet, l'intersexuation est un terme parapluie qui regroupe en réalité une diversité de situations. Le corps médical se réfère par exemple au terme de « *désordre du développement sexuel* » (DSD, *disorders of sex development*) pour désigner les personnes intersexes. Cette désignation est rejetée par la plupart des associations militant pour les droits des personnes intersexes, jugée pathologisante. Cette conception est aujourd'hui partagée par un nombre croissant d'acteurs, et nous utiliserons ainsi le terme de « *variation du développement sexuel* »¹⁴. Nous utiliserons également le terme de personnes « *intersexes* » et non « *intersexuelles* », puisque cette terminologie laisse entendre que l'intersexuation est liée à la sexualité, ou est une forme d'orientation sexuelle. Or, l'intersexuation fait référence à « *un processus physique de définition des organes génitaux* » où une sexuation autre que femelle ou mâle est constatée¹⁵.

5. Réaction juridique. L'embarras de l'ordre juridique face à ces situations est palpable : comment reconnaître ces individus en son sein, alors que les seules hypothèses légalement prévues, et ainsi construites, sont celles de l'identification des personnes selon un sexe féminin ou masculin ? La seule réactivité du droit face à l'existence des personnes intersexes se traduit à l'heure actuelle en matière d'état civil : un nouveau-né pourra, provisoirement, ne pas être rattaché à un sexe féminin ou masculin « *si le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication* » sur son sexe probable¹⁶. En dehors de cette hypothèse, relativement modeste, le législateur ne porte aucune considération aux personnes intersexes, écartées de l'ordre juridique. Leur existence est niée par le droit, puisqu'elles ne sont pas aptes à être assignées selon le système de la bicatégorisation.

¹² PICQUART Julien, *Ni homme ni femme: enquête sur l'intersexuation*, Paris, La Musardine, « L'attrape-corps », 2009, 234 p, p.123.

¹³ BLONDIN Maryvonne et BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions.*, Paris, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, 2017, p.16 ; PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, *op. cit.*, p. 119 ; *Avis du Défenseur des droits n°17-04*, Paris, Défenseur des droits, 2017, p.16 ; *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel*, Berne, Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, 2012, p.6.

¹⁵ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme: enquête sur l'intersexuation*, Paris, La Musardine, « L'attrape-corps », 2009, 234 p, p.115

¹⁶ Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, n°55 « Sexe de l'enfant ».

6. **Prise en charge médicale.** Toutefois, le refus de consacrer l'existence des personnes intersexes ne se traduit pas seulement au niveau de leur (non) reconnaissance au sein de l'état civil : elle s'exprime également par la médicalisation de l'intersexuation. Au sein du corps médical, l'intersexuation est majoritairement vue comme une anomalie. En effet, selon la définition adoptée par cinquante experts internationaux lors de la Conférence de Chicago¹⁷, il s'agit d'un « *désordre du développement sexuel* », où le développement du sexe chromosomique, gonadique ou anatomique est considéré comme atypique. Des opérations de conformation sexuée sont ainsi préconisées en cas de naissance d'un nouveau-né intersexe : elles visent à « *modifier le sexe biologique d'un individu* », à le normaliser, « *de façon à le conformer à l'un des deux idéaux-types de genre reçus dans notre société* », à savoir la femme et l'homme¹⁸.
7. **Intégrité physique.** Ainsi, à la différence de la prise en charge médicale des personnes trans, les personnes intersexes sont soumises dès les premiers jours de leur naissance à des opérations d'assignation sexuée, afin de conformer leurs organes génitaux aux normes de la binarité des sexes. Or, le fait de pratiquer des interventions chirurgicales sur des enfants du seul fait de leur variation du développement sexué pose des difficultés du point de vue du droit au respect de l'intégrité physique. En effet, le corps humain possède un statut particulier au sein de l'ordre juridique, dont le respect à deux corollaires : d'une part, le principe d'indisponibilité, et d'autre part, celui d'inviolabilité¹⁹. Le droit au respect de l'intégrité physique découle directement de la notion d'inviolabilité du corps humain : c'est précisément parce que « *le corps humain est inviolable qu'il ne peut être porté atteinte à son intégrité* »²⁰. Ce principe est d'ailleurs considéré d'ordre public par le législateur²¹ : « *l'atteinte à l'intégrité physique n'est pas négociable* »²². Le respect de l'intégrité physique des individus est également un principe d'ordre constitutionnel, affirmé au nom du principe de dignité de la

¹⁷ La Conférence de Chicago s'est déroulée en 2005 : elle a abouti à l'adoption d'une terminologie médicale afin de classer les différentes formes d'intersexuation selon les chromosomes, voir LEE P. A., HOUK C. P., AHMED S. F., et al., « Consensus Statement on Management of Intersex Disorders », in *Pediatrics*, n° 2, vol. 118, 1 août 2006, p. 488-500.

¹⁸ MORON-PUECH Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », in *Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé*, n° 50, juillet 2013, « Hors série 50e numéro de la Revue Droit & Santé », p. 200-214, p. 200.

¹⁹ L'article 16-1 du Code civil énonce ainsi que « *chacun a droit au respect de son corps* » et que « *le corps humain est inviolable* ».

²⁰ PRIEUR Stéphane, *La disposition par l'individu de son corps*, Etudes Hospitalières, 1999, 442 p, p.101, (dactyl.).

²¹ Article 16-9 du Code civil.

²² CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain: limite de l'usage économique du corps*, LGDJ, 2018, 731 p, p.160, (dactyl.).

personne humaine dégagé par le Conseil constitutionnel²³. Il est en partie protégé par l'article 16-3 du Code civil, lequel dispose qu'il « *ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Il précise en son second alinéa que « *le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Il s'agit donc d'une règle spéciale par rapport au principe posé par l'article 16-1, selon l'adage *specialia generalibus derogant*²⁴.

Le respect du droit à l'intégrité physique est également largement consacré par le droit international et européen des droits humains²⁵. L'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) reconnaît ainsi « *le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* »²⁶. La Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH) rappelle en son article 3 que « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* »²⁷. Le droit à l'intégrité physique est également consacré au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au sein de son article 3, qui déclare que « *toute personne a droit à son intégrité physique et mentale* »²⁸. Le principe est encore affirmé par la Charte européenne d'éthique médicale, qui rappelle en son principe 9 que « *la protection de la santé s'accompagne de la recherche constante du maintien de l'intégrité de la personne* »²⁹.

8. Enjeux sui generis. Dès lors, au vu de la large consécration par l'ordre juridique du droit au respect à l'intégrité physique, comment appréhender la conformation des corps intersexes à la binarité sexuée ? Si l'intersexuation et la transidentité soulèvent des enjeux juridiques distincts mais comparables, notamment dans le domaine du droit à l'autodétermination, la moindre réactivité du droit quant à l'encadrement des opérations de conformation sexuée des personnes intersexes (et de leur situation de manière globale) tient sa source dans l'élévation de la binarité des sexes comme norme juridique. Effectivement, la bicatégorisation est au fondement de l'ordre juridique, aussi bien au niveau du droit national

²³ Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994.

²⁴ PRIEUR Stéphane, *La disposition par l'individu de son corps*, op. cit., p. 169.

²⁵ Nous faisons le choix d'utiliser l'expression de « droits humains » au lieu de « droits de l'Homme », qui se veut à notre sens plus inclusive.

²⁶ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, article 12.

²⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, article 3.

²⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, article 3.

²⁹ Charte européenne d'éthique médicale du 10 juin 2011, Principe n°9 : cette Charte a été adoptée par le Conseil Européen de l'Ordre des Médecins, qui regroupe les Ordres des médecins des Etats membres de l'UE et de l'AELE.

qu'international et européen des droits humains. Ainsi, à la différence des personnes trans, dont les opérations d'assignation sexuée ne dépassent pas les frontières des sexes féminin et masculin, les interventions chirurgicales pratiquées sur les personnes intersexes visent précisément à consolider ces catégories de sexe : l'intersexuation vient « *troubler le genre* »³⁰.

9. Le genre comme outil d'analyse juridique. La réalisation d'opérations de conformation sexuée sur les personnes intersexes peut ainsi être appréhendée à travers le prisme du genre, dont deux acceptations peuvent être retenues³¹.

Selon une première acceptation, le concept de genre permet la redéfinition du sexe « *depuis une notion strictement biologique [...] vers une notion sociopolitique* »³². Il s'agit ici de se concentrer davantage sur les rapports sociaux de sexe, et de penser notamment les inégalités et discriminations fondées sur le sexe biologique des individus, sans interroger la notion même de sexe biologique³³. En ce sens, le sexe précède le genre : il n'est pas entendu comme une construction sociale, et ne remet pas en question la stabilité des deux sexes³⁴.

Le concept de genre peut aussi être entendu comme l'ensemble des « *dispositifs par lesquels le pouvoir, et son arme principale qu'est le droit, saisit, classe et discipline les individus* »³⁵ : au sein de l'ordre juridique, il permet d'identifier les individus selon la binarité sexuée en leur assignant un sexe biologique mais aussi social. Le genre permet ainsi de déconstruire le processus même de division des individus en seulement deux catégories sexuées³⁶. Dans cette perspective, il convient de « *chercher à comprendre les enjeux politiques qu'il y a à désigner ces catégories de l'identité comme si elles étaient leurs propres origines et cause alors qu'elles sont en fait les effets d'institutions, de pratiques, de discours provenant de lieux multiples et diffus* »³⁷. En ce sens, le genre précède les sexes, et construit les catégories de sexes : la binarité sexuée apparaît comme une conséquence du genre, et non comme une

³⁰ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble): le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La Découverte/Poche, « Sciences humaines et sociales », 2012, 283 p.

³¹ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre: études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éd, 2014, 799 p, p.11.

³² *Ibid.*

³³ FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », in *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, n° 5, 1 juin 2014.

³⁴ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, *op. cit.*, p. 67.

³⁵ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre: études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éd, 2014, 799 p, p.12 ; HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 3ème ed., Paris, Editions Dalloz, 2017, 837 p, p.95.

³⁶ FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *art cit.*, p. 3.

³⁷ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble): le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La Découverte/Poche, « Sciences humaines et sociales », 2012, 283 p, p. 53.

réalité présociale³⁸. Le genre interprète et donne un sens à la matérialité des corps. La classification des individus selon une construction sociale impact directement la manière dont les personnes intersexes vont être formatées et appréhendées comme sujets de droit.

10. Toutefois, le genre sous sa dimension « *la plus révolutionnaire* »³⁹ n'est pas employé par les acteurs juridiques. Le droit utilise essentiellement la notion de genre par référence à l'identité de genre des individus⁴⁰, notion plus dynamique que celle d'identité sexuelle, qui se réfère à une réalité biologique⁴¹. Ainsi, vingt-quatre pays du Conseil de l'Europe ont adopté une législation consacrant la notion d'identité de genre⁴², et le droit français l'utilise depuis 2016 en matière pénale⁴³. Dès lors, les résistances de l'ordre juridique à utiliser le concept de genre sous sa forme la plus riche manifestent les difficultés du droit « *à abandonner la conception traditionnelle d'une catégorie fondée sur une réalité immuable et naturalisée : le sexe* »⁴⁴.
11. La binarité des sexes est donc au fondement de la définition juridique de la personne. Dès lors, la bicatégorisation de l'ordre juridique est-elle opposable au respect du droit à l'intégrité physique des personnes intersexes ?
12. **Plan.** Le régime juridique des opérations de conformation sexuée réalisées sur les personnes intersexes mérite d'être précisé afin, notamment, de révéler (ou non) le caractère médical de ces actes (Titre 1). Cela nous conduira ensuite à interroger la capacité du droit international et européen des droits humains à se départir de l'ancrage de la binarité au sein de l'ordre juridique, au fondement de la justification des interventions chirurgicales (Titre 2).

³⁸ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, op. cit., p. 13.

³⁹ FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art cit, §32.

⁴⁰ La notion d'identité de genre peut être entendue comme l'expression de « *la dimension subjective du sexe* », le sentiment profond d'une personne d'appartenir à un sexe : BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps: un droit encore à conquérir*, Paris, Textuel, 2019, 158 p, p.86.

⁴¹ BORRILLO Daniel, « L'identité de genre et le droit: entre ordre public et vie privée », audition devant la CNCDH, 2013, 10 p.

⁴² BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps*, op. cit., p. 87.

⁴³ Depuis l'adoption de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 relative à la modernisation de la justice du XXIème siècle, l'article 225-1 du Code pénal énonce : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe [...] de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre* ».

⁴⁴ BORRILLO Daniel, « L'identité de genre et le droit: entre ordre public et vie privée », art cit, p. 3.

TITRE 1 : Intersexuation et normalisation des corps : quel encadrement juridique des actes de conformation sexuée sur les personnes intersexes ?

- 13.** L'article 16-3 du Code civil prévoit des exceptions au principe d'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique du corps humain. Ces dérogations sont en particulier destinées à encadrer l'activité du corps médical, qui par essence, peut conduire à porter atteinte à l'intégrité corporelle du patient dans un but thérapeutique. Deux conditions cumulatives doivent pour cela être réunies : d'une part, l'acte pratiqué par le médecin doit être réalisé en cas de nécessité médicale pour la personne, et d'autre part, cette dernière doit avoir exprimé son consentement à l'intervention⁴⁵.
- 14. Plan.** Puisqu'elles portent atteinte à leur intégrité physique, les opérations de conformation sexuée réalisées sur les personnes intersexes sont soumises à ce cadre législatif. Dans le domaine médical, l'exigence d'une nécessité médicale est le préalable à toute atteinte au corps humain : le consentement de l'individu ne peut à lui seul justifier une atteinte à son intégrité physique⁴⁶. Nous verrons donc successivement si ces traitements sont justifiés par une nécessité médicale pour les personnes intersexes (Chapitre 1), et si l'exigence du recueil de leur consentement est vérifiée (Chapitre 2).

⁴⁵ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, Paris, Conseil d'Etat, 2018, p. 133.

⁴⁶ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, Rennes I, 2016, 392 p, p.255.

Chapitre 1 : Opérer les personnes intersexes : une nécessité médicale justifiée par la volonté des autorités médico-légales de maintenir la binarité des sexes.

15. La réalisation d'un acte médical est d'abord autorisée grâce à la présence d'une nécessité médicale, « *préalable indispensable à toute atteinte au corps humain* »⁴⁷. C'est sur cette nécessité que le droit va se fonder afin d'évaluer la légalité d'une pratique médicale. À ce titre, l'article 16-3 du Code civil dispose en son premier alinéa qu'il « *ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Notre étude portera uniquement sur l'exigence d'une nécessité médicale pour la personne, puisque les actes d'assignation sexuée n'ont par définition pas d'intérêt thérapeutique pour autrui⁴⁸.
16. **Plan.** L'assignation sexuelle au sexe féminin ou masculin des personnes intersexes est réalisée via des traitements médicaux qui, par essence, portent atteinte à leur intégrité physique. À l'instar des opérations de changement de sexe réalisées sur les personnes trans, les médecins affirment vouloir répondre à une pathologie en pratiquant des interventions de conformation sexuée sur les personnes intersexes. L'intersexuation étant perçue par le corps médical comme un « *désordre du développement sexuel* », cette atteinte est justifiée au nom de la nécessité de conformer leur corps à la binarité des sexes. Une telle pratique, pour être justifiée sur le plan légal, doit répondre à une finalité médicale entendue au sens de l'article 16-3 du Code civil (Section 1). Nous verrons ainsi que l'assimilation des opérations de conformation sexuée à des actes répondant à une nécessité médicale par le législateur traduit son refus de consacrer aux individus la liberté de choisir leur sexe (Section 2).

Section 1 : Des actes soumis à l'exigence d'une finalité médicale.

17. À propos de l'intersexuation, J-P. Branlard estimait que « *les tribunaux, après les médecins, sont sollicités* »⁴⁹. En effet, avant la généralisation des actes de conformation sexuée à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, certaines personnes intersexes se sont au départ adressées de leur plein gré aux médecins afin de modifier l'apparence de leur sexe, qu'elles

⁴⁷ HENNION-JACQUET Patricia, « Le paradigme de la nécessité médicale », in *RDSS*, n° 6, 2007, p. 1038.

⁴⁸ La possibilité de porter atteinte à l'intégrité du corps humain « *dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* » a notamment été introduite afin de permettre le don d'organes entre vifs : CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., p. 651.

⁴⁹ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes: aspects historique, sociologique et juridique*, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, 682 p, p. 409.

estimaient embarrassante⁵⁰. C'est seulement après l'intervention du corps médical que les enjeux juridiques se sont dessinés, notamment en ce qui concerne la mention du sexe à l'état civil. Ainsi, l'intersexuation, « *d'abord d'ordre médical* », est aussi une problématique « *d'ordre social* », et il était en ce sens « *inéluçtable qu'elle devienne juridique* »⁵¹.

18. Plan. Les opérations d'assignation sexuée sur les personnes intersexes sont connues des pratiques médicales depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle⁵². Les médecins ont été les premiers à justifier ces interventions afin de soigner ce qui fait aujourd'hui référence à un « *désordre du développement sexuel* »⁵³ (§1). La parole scientifique doit toutefois être soumise au régime juridique des actes portant atteinte à l'intégrité physique des individus, ce qui nous conduit à questionner la finalité médicale de ces opérations (§2).

§1. Une pratique médicale guidée par la volonté de guérir les personnes intersexes.

19. Plan. L'intersexuation a progressivement été médicalisée : les personnes intersexes sont désormais prises en charge par le corps médical, le plus souvent dès leur naissance (A), afin de conformer leurs corps aux normes de la binarité sexuée (B).

A. Une prise en charge des personnes intersexes par le corps médical.

20. La grande majorité du corps médical considère que les personnes intersexes sont atteintes d'une pathologie du fait de la variation du développement de leurs caractéristiques sexuées. Cette conception s'est imposée du fait du dogme de la binarité des sexes, un modèle qui s'est progressivement inscrit dans les corps grâce à la maîtrise des techniques chirurgicales (1), et à l'utilisation de la notion de genre dans le domaine médical (2).

1. L'intersexuation : un trouble dans la binarité des sexes.

a. Imposer une identité de genre.

21. Impuissance originelle des médecins. À l'origine, l'état des connaissances scientifiques ne permettait pas au corps médical de conformer les personnes intersexes à un

⁵⁰ CATTO Marie-Xavière, « L'intersexualité à la naissance, le regard du droit », in *Espace Ethique Azuréen - La lettre d'information*, n°5, Hors série, Aout 2015, p. 10.

⁵¹ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes*, op. cit., p. 417.

⁵² CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., §451.

⁵³ MOURIQUAND Pierre, GORDUZA Daniela Brindusa, GAY Claire-Lise, et al., « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue: If (why), when, and how? », in *Journal of Pediatric Urology*, n° 3, vol. 12, juin 2016, p. 139-149.

sexe féminin ou masculin. Au XVII^{ème} siècle, un « *hermaphrodite* » devait « *choisir son sexe, celui qui était dominant chez lui, [et] se conduire en fonction du sexe qui était ainsi déterminé* »⁵⁴. Ainsi, malgré la relative impuissance du corps médical face à ces corps « *atypiques* »⁵⁵, les personnes intersexes devaient tout de même s'identifier à l'un des deux sexes et adopter une apparence physique et un comportement conforme à celui-ci⁵⁶. En aucun cas un individu ne pouvait s'identifier ouvertement aux deux sexes.

22. Stigmatisation. Au XIX^{ème} siècle, les travaux d'Isidore Geoffroy Saint-Hilaire proposent par exemple une classification précise des différentes formes « d'hermaphrodisme » « *selon le rapport mâle-femelle des organes génitaux* »⁵⁷. Les personnes intersexes sont alors stigmatisées comme étant des erreurs de la nature, certains auteurs allant jusqu'à les considérer comme relevant de la tératologie⁵⁸. Le développement de leurs appareils génitaux externes fait peser une menace sur « *la naturalité de la bi-catégorisation des identités sexuées* »⁵⁹ : des techniques chirurgicales visant à normaliser ces corps vont alors progressivement être étudiées afin d'assurer une distinction physique stricte entre les sexes féminin et masculin.

b. La technique médicale au service de la binarité.

23. Techniques chirurgicales. L'injonction faite aux personnes intersexes de s'identifier à l'un des deux sexes va par la suite s'imposer directement dans leurs corps : les progrès en matière d'opérations de conformation sexuée vont permettre aux médecins de « normaliser » le physique de leurs patients. Ainsi, en 1931, les nomenclatures des actes médicaux mentionnent des opérations visant la « *création d'un néo-vagin* »⁶⁰. Un pénis fonctionnel étant

⁵⁴ FOUCAULT Michel, *Les anormaux: cours au Collège de France (1974 - 1975)*, Paris, Gallimard, « Hautes études », 1999, 351 p, p.62.

⁵⁵ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes*, op. cit., p. 413.

⁵⁶ FAUSTO-STERLING Anne, *Les cinq sexes: pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Paris, Payot & Rivages, 2013, 92 p, p.53.

⁵⁷ DREGER Alice, *Hermaphrodites and the medical invention of sex*, 4. print., Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 2003, 268 p, p.140 ; PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 112.

⁵⁸ BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Jurisprudence. Revue Critique*, 2011, p. 267 : c'était également le cas dans l'antiquité gréco-romaine, où l'hermaphrodisme était considéré comme une forme de monstruosité. L'auteur cite ici les travaux de L. BRISSON, qui révèle que « *les êtres pourvus de deux sexes semblent avoir été impitoyablement éliminés, comme des monstres, c'est-à-dire comme des signes funestes envoyés aux hommes par les dieux pour manifester leur colère et pour annoncer la destruction de l'espèce humaine* » (voir BRISSON Luc, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Les Belles lettres, Paris, 1997, p.9) ; FOUCAULT Michel, *Les anormaux*, op. cit., p. 62 ; PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 21.

⁵⁹ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », in *Raisons politiques*, n° 2, vol. 18, 2005, p. 117.

⁶⁰ CATTO Marie-Xavière, « L'intersexualité à la naissance, le regard du droit », art cit, p. 10.

bien plus difficile à créer qu'une cavité vaginale, la plupart des personnes intersexes opérées étaient conformées au sexe féminin sur la base de ces limitations d'ordre technique⁶¹.

24. Evolution. Par la suite, les progrès dans le domaine de la chirurgie des corps caverneux⁶² ont permis aux médecins d'assigner un plus grand nombre de personnes intersexes à un sexe masculin⁶³, qui se seraient normalement vues assigner un sexe féminin. Ces progrès techniques ont donc permis d'asseoir la volonté des médecins d'assigner un sexe aux personnes intersexes et de conformer leur anatomie « *aux standards masculin ou féminin* »⁶⁴. Le développement des traitements de conformation sexuée a donc été permis grâce à la maîtrise accrue de ces techniques opératoires, ce protocole ayant lui-même été complété par des connaissances issues du domaine de la psychologie.

2. Le sexe d'élevage : un tournant dans la prise en charge des personnes intersexes.

a. Distinguer le sexe et le genre.

25. Théorie. En 1957, le psychologue et sexologue J. Money publie les résultats d'une étude menée sur « *105 patients hermaphrodites* » et présente sa théorie du « sexe d'élevage ». Selon lui, le sexe dit social est l'élément dominant dans le développement de l'identité sexuée⁶⁵. Ainsi, le sexe assigné à la naissance (sexe d'élevage) est indéniablement un indice plus fiable du « *rôle de genre* » d'un hermaphrodite que les facteurs biologiques de détermination du sexe, tels que l'identité chromosomique ou les gonades⁶⁶. Le concept de genre fut introduit pour la première fois dans le domaine des sciences médicales grâce à ces travaux.

26. Sexe et genre. Ainsi, à partir de cette théorie, une nette distinction doit désormais être faite entre sexe et genre, entendu comme le sentiment d'appartenance au sexe féminin ou masculin : si un individu naît certes avec des caractéristiques biologiques sexuelles féminines,

⁶¹ BRUNET Laurence, « Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personnes intersexes », in *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, n° 4, vol. 64, juin 2016, p. 255-264, p. 260 ; GREENBERG Julie A., *Intersexuality and the law: why sex matters*, New York, New York University Press, 2012, 169 p, p.17.

⁶² Les corps caverneux sont constitués de tissus érectiles qui se gorgent de sang pendant l'érection de la verge.

⁶³ JACQUOT Mélanie, « Le médecin, les parents et l'enfant intersexe : enjeux et effets d'une rencontre intersubjective », in *Corps & Psychisme*, n° 69, 2016, p. 99-113, p. 101.

⁶⁴ BRUNET Laurence, « Ordre social contre ordre « naturel » », art cit, p. 260.

⁶⁵ RODRIGUEZ EVA, *Fabriquer le sexe, éduquer le genre*, <http://biosex.univ-paris1.fr/dossiers-thematiques/scientifiques-du-genre-2/>, consulté le 12 avril 2019.

⁶⁶ « *The sex of assignment and rearing is consistently and conspicuously a more reliable prognosticator of a hermaphrodite's gender role and orientation* », voir MONEY John, HAMPSON Joan G et HAMPSON, JOHN L., « Imprinting and the Establishment of Gender Role », in *Archives of Neurology And Psychiatry*, n° 3, vol. 77, 1957, p. 333.

ce n'est pas pour autant qu'il naît avec le genre correspondant⁶⁷. C'est ainsi que la plupart des médecins, sociologues et psychologues considéraient que les enfants étaient nés sans le sentiment inné d'être femme ou homme⁶⁸. Dès lors, le genre est malléable, et se construit non pas en fonction des attributs biologiques, mais selon l'éducation reçue : lorsqu'un enfant naît, « *il est déjà mâle ou femelle, mais ne se sent pas encore homme ou femme* »⁶⁹.

b. Opérer dès la naissance.

27. Sexe d'élevage. Selon J. Money, ce sentiment d'appartenir à l'un ou l'autre des deux sexes se développe très tôt dans l'enfance, vers l'âge de deux ans. Très largement adoptée par la communauté scientifique, cette hypothèse a eu une influence considérable sur les traitements réservés aux personnes intersexes : le genre devient « *le fondement ultime du sexe* »⁷⁰, et la nécessité d'opérer le plus tôt possible ces enfants est justifiée par le besoin de leur attribuer un « sexe d'élevage » en fonction du sexe assigné chirurgicalement par les médecins⁷¹. Dès lors, le corps médical s'emploie « *à faire rentrer dans l'ordre, grâce au genre (social), le désordre (biologique, psychique)* »⁷². Cette théorie a donc permis de légitimer les opérations pratiquées sur les enfants intersexes au sein de la communauté médicale⁷³ : ces actes doivent être réalisés le plus tôt possible afin de permettre à l'enfant de s'identifier au sexe qui lui a été assigné.

28. Il existe donc un lien fort entre les possibilités offertes par les techniques chirurgicales et l'assignation d'un sexe d'élevage. Ce dernier permet d'inscrire la binarité « *dans les corps avec l'aide de tout ce que permettent les nouveaux instruments médico-chirurgicaux* »⁷⁴, en conjuguant à la fois la maîtrise des techniques chirurgicales et données médicales issues des critères d'identification du sexe⁷⁵.

⁶⁷ FRIGNET Henry, « Fabrication du genre, effacement du sexe », in *La revue lacanienne*, n° 4, n° 4, 2007, p. 21-25, p.24.

⁶⁸ « *Most doctors, sociologists, and psychologists believed that children were born without an innate sense of being male or female* », voir GREENBERG Julie A., *Intersexuality and the law*, op. cit., p. 16.

⁶⁹ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 139.

⁷⁰ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité », art cit, p. 132.

⁷¹ CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », art cit, p. 38 ; RODRIGUEZ EVA, « Fabriquer le sexe, éduquer le genre », art cit.

⁷² FASSIN Eric, « Postface: le vrai genre » in *Herculine Barbin dite Alexina B.*, FOUCAULT Michel (dir.), Paris, Gallimard, 2014, p. 221-258.

⁷³ LEE Peter A, WISNIEWSKI Amy B et BASKIN Laurence, « Advances in diagnosis and care of persons with DSD over the last decade », in *International Journal of Pediatric Endocrinology*, n° 1, vol. 2014, décembre 2014, p. 19.

⁷⁴ RODRIGUEZ EVA, « Fabriquer le sexe, éduquer le genre », art cit, p. Naissance du genre.

⁷⁵ JACQUOT Mélanie, « Le médecin, les parents et l'enfant intersexe : enjeux et effets d'une rencontre intersubjective », art cit, p. 100.

B. Définir le sexe selon le modèle de la binarité sexuée.

29. **Critères multiples.** En l'état actuel des connaissances scientifiques, une multitude de critères est utilisée afin d'identifier le sexe d'un individu⁷⁶. Le corps médical superpose ces « niveaux de sexe »⁷⁷ afin de déterminer, *in fine*, son caractère féminin ou masculin. Le législateur n'a pas donné de définition du sexe au sein du Code civil : toutefois, la jurisprudence s'appuie sur ces mêmes critères lorsqu'il lui revient de désigner le sexe d'un individu.
30. Ainsi, l'identification du sexe se fait à la lumière d'une multitude de critères (1), qui, combinés, doivent toujours aboutir à un même résultat : le sexe de l'individu est féminin ou masculin (2).

1. Des composantes multiples d'identification du sexe.

a. Le sexe biologique : socle de l'identification du sexe.

31. **Le sexe phénotypique.** Le sexe phénotypique est le premier critère : à la naissance, le personnel médical se fonde sur l'apparence des organes génitaux externes afin d'attribuer un sexe féminin ou masculin au nouveau-né⁷⁸, la plupart du temps retranscrit sans difficulté sur l'acte d'état civil en l'absence « *d'ambiguïté* »⁷⁹. En cas de doute quant à l'apparence du sexe, les médecins peuvent se référer cette fois-ci au sexe phénotypique interne, à savoir à la présence ou non d'utérus, de prostate, de trompes, etc. Ces examens superficiels peuvent toutefois s'avérer insuffisants afin de déterminer si le sexe est féminin ou masculin.

Le sexe gonadique. Le sexe gonadique sera alors examiné afin d'apporter des précisions quant à la nature du sexe. Cela revient à rechercher la présence d'ovaires ou de testicules : encore une fois, cet examen n'est toutefois pas infaillible.

⁷⁶ GOGOS-GINTRAND Amélie, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », in *Revue de droit sanitaire et social*, n° 5, 2016, p. 920-929 ; GREENBERG Julie A, *Intersexuality and the law*, *op. cit.*, p. 12 ; KRAUS Cynthia, « La bicatégorisation par "sexe" à l'épreuve de la science : le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains » in *L'Invention du naturel : Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, GARDEY Delphine et LÖWY Ilana (dir.), Paris, EAC, « Histoire des sciences, des techniques et de la médecine », 2000, p. 187-213, p. 193 ; PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁷ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, *op. cit.*, p. 182.

⁷⁸ BORRILLO Daniel, « L'intersexualité et l'état des personnes : le droit face à l'identité du genre », in *Gesellschaft*, 2014, p. 7-9 ; CATTO Marie-Xavière, « L'intersexualité à la naissance, le regard du droit », art cit, p. 9 ; REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1883.

⁷⁹ Il faut souligner ici qu'en cas de doute de la part du corps médical, la détermination du sexe d'un nouveau-né peut prendre jusqu'à plusieurs semaines, temps nécessaire à la réalisation de certains examens médicaux. Pourtant, l'article 55 du code civil impose un délai de seulement cinq jours afin de déclarer la naissance d'un enfant, déclaration qui énonce notamment le sexe.

Le sexe endocrinien. Si une ambiguïté continue de peser, les médecins auront recours au sexe hormonal. Le corps médical distingue les hormones mâles (les androgènes) des hormones femelles (les œstrogènes). Ainsi, les médecins vont par exemple analyser le taux d'hormones présent dans l'organisme, et examiner la réaction de l'enfant à l'injection de testostérone ou d'œstrogène⁸⁰.

Le sexe génétique. Enfin, le sexe chromosomique pourra être un indice décisif dans le choix d'assignation du sexe du nouveau-né⁸¹. Les médecins vont donc se référer au caryotype d'un individu : s'il possède deux chromosomes XX, c'est une fille, et s'il est au contraire doté de chromosomes XY, c'est un garçon. Toutefois, dès 1959, les médecins se sont aperçus que le caryotype pouvait être « inhabituel », et qu'un individu pouvait posséder un seul ou au contraire plusieurs chromosomes⁸². L'étude des gènes pourra éventuellement compléter et préciser les observations du caryotype⁸³.

b. Le sexe psychosocial : prise en compte tardive.

32. La dimension purement biologique du sexe a progressivement été contestée notamment grâce aux revendications des personnes trans : si un sexe féminin ou masculin leur a été assigné à la naissance, selon l'apparence de leurs organes génitaux, ce n'est pas pour autant qu'elles se sentent appartenir à ce sexe. La prise en compte du seul sexe biologique laisse donc de côté une part importante de la composante du sexe d'un individu.

Sexe psychique. Ainsi, le sexe psychique a progressivement été envisagé comme partie intégrante du sexe de l'individu. Il peut être entendu comme le « *socle identitaire* » de la personne, son sentiment d'appartenance, ou encore les éléments qui constituent sa personnalité selon son propre ressenti⁸⁴.

⁸⁰ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, Panthéon-Assas, 2010, 100 p, §21.

⁸¹ Le sexe génétique a pu être admis par le juge comme étant le critère décisif de détermination du sexe d'un individu. Ainsi, dans un arrêt du 21 mai 1990 à propos de la demande d'une personne trans de voir son acte d'état civil modifié, la première chambre civile de la Cour de cassation considère le sexe génétique comme « *intangible* » : ce critère doit donc primer afin de déterminer le sexe, et le juge refuse ainsi tout changement de la mention du sexe à l'état civil, une intervention chirurgicale ne pouvant permettre une quelconque modification du sexe chromosomique (Cass., 1^{ère} civ., 21 mai 1990, Bull. civ. 1990, I, n° 117).

⁸² WIELS Joëlle, « La détermination génétique du sexe : une affaire compliquée », in *Mon corps a-t-il un sexe? : sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, 2015, « La Découverte », p. 42-63, p.49. : l'auteur précise que ces anomalies ne sont pas rares : « *on peut estimer qu'il y a environ 30 000 personnes en France qui ont 3 (voire 4) chromosomes X, autant qui ont 1 X et 2 Y et 60 000 qui ont 2 X et 1 Y* ».

⁸³ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, op. cit., §20.

⁸⁴ AÏDAN Géraldine, « Genre et identité psychique », in *Espace Ethique Azuréen - La lettre d'information*, n°5, Hors-Série, Aout 2015, p. 7.

Dimension sociale. Cette dimension subjective de l'identité sexuée est complétée par un point de vue « extérieur » : il s'agit ici de la perception de l'identité sexuée par la société. Le juge fait d'ailleurs mention de cette dimension sociale du sexe dans un arrêt du 22 juin 2000 relatif à la rectification de l'état civil d'une personne intersexe. La Cour de cassation prend en compte le fait que « *l'enfant est considéré par sa famille et toutes les personnes qui l'entourent comme étant de sexe féminin* » afin de faire droit à la demande⁸⁵. Aussi, dans un arrêt du 11 décembre 1992, où pour la première fois une personne trans avait obtenu la rectification de la mention de son sexe à l'état civil⁸⁶, la Cour de cassation se base sur « *l'apparence physique* », le « *comportement social* » ou encore « *l'insertion sociale* » afin de déterminer le sexe d'un individu. Désormais, l'article 61-5 du Code civil⁸⁷ permet à toute personne dont la mention du sexe à l'état civil « *ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente* » et « *dans lequel elle est connue* » d'en obtenir la modification, sans exiger une opération chirurgicale⁸⁸. Ainsi, depuis cette réforme législative, le sexe psycho-social des individus, pouvant être entendu comme l'identité de genre, repose uniquement sur les critères liés aux composantes psychique et sociale du sexe, et non plus biologiques⁸⁹ : l'identité sexuée est détachée des composantes biologiques.

33. Dans tous les cas, quels que soient les critères retenus par les médecins ou les juges pour identifier le sexe d'un individu, la démarche sera effectuée selon une conception binaire des sexes, qui paraît pourtant aller à l'encontre des données biologiques.

2. Des données biologiques à l'encontre de la binarité sexuée.

a. Le refus de consacrer la diversité des sexes.

34. **Combien de sexes ?⁹⁰** Il apparaît en réalité bien difficile de définir une frontière nette entre les sexes féminin et masculin : au vu des variations multiples au sein même de ces

⁸⁵ CA Versailles, 22 juin 2000, JCP G, II, 10595, obs. P. GUEZ.

⁸⁶ Ce revirement de jurisprudence est dû à la condamnation de la France par la CEDH dans l'arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992 : la Cour conclut à une violation de l'article 8 pour avoir refusé à une personne trans la rectification de son acte d'état civil, celle-ci ayant pourtant subi une opération de changement de sexe, voir infra n°221.

⁸⁷ Cet article a été introduit par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

⁸⁸ L'article 61-6 du Code civil précise en son troisième alinéa : « *Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ».

⁸⁹ MORON-PUECH Benjamin, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », in *Recueil Dalloz*, n°18, 18 mai 2017, p. 994.

⁹⁰ COBURN Elaine, *Combien de sexes ?*, « Socio », 2017, vol. 9/, 292 p.

catégories, la science ne parvient pas à établir une définition claire des sexes⁹¹. La binarité réduit donc l'infinie variation possible des sexes à seulement deux catégories : à l'image d'une courbe de Gauss, le féminin et le masculin pourraient en réalité être envisagés comme les deux extrémités d'un continuum des sexes⁹². Ainsi, la multiplicité des corps et les variations d'anatomies sexuelles sont telles « *qu'aucun système de classement ne pourrait les prendre intégralement en compte* »⁹³. À ce titre, d'après une étude menée par le Dr Page, « *10% au moins de la population porte des variations chromosomiques qui n'entrent pas parfaitement dans les catégories de femelles XX et de mâles XY* »⁹⁴. Le Défenseur des droits parle quant à lui d'une « *quête infinie* » chez certains individus afin de déterminer si leur sexe penche vers le féminin ou le masculin⁹⁵.

35. Révéler le vrai sexe. La combinaison des différentes composantes du sexe conduit inévitablement à une représentation kaléidoscopique du sexe. Pourtant, loin de reconnaître cette diversité, les différents degrés de développement des corps sont volontairement réduits à deux alternatives : un sexe féminin ou un sexe masculin. En application de ce modèle de la binarité sexuée, les médecins cherchent ainsi à « *révéler* » la nature véritable du sexe en cas d'ambiguïté génitale⁹⁶. Les opérations de conformation sexuée permettent d'établir le « *vrai sexe* » de l'individu, selon l'expression utilisée par M. Foucault⁹⁷. Même si, « *pendant des siècles, on a admis tout simplement* » qu'une personne intersexe « *en avait deux* »⁹⁸, le corps médical se donne désormais pour objectif d'achever la différenciation « *naturelle* » des sexes féminin et masculin.

b. La diversité des états d'intersexuation.

36. Des états d'intersexuation variables. Le terme d'intersexuation regroupe une quarantaine de variations, différentes les unes des autres⁹⁹, désormais désignées sous le terme de « *désordre du développement sexuel* ». Afin de simplifier, il est possible de retenir trois

⁹¹ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 184.

⁹² GONTHIER Josiane, « De la révolution copernicienne du sexe », in *Mon corps a-t-il un sexe?: sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, p. 316.

⁹³ FAUSTO-STERLING Anne, *Les cinq sexes*, op. cit., p. 49.

⁹⁴ Cité par BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 218.

⁹⁵ Défenseur des droits, *Avis n°17-04*, op. cit., p. 2.

⁹⁶ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes*, op. cit., p. 486. : « *Une anomalie sexuelle causée par un dysfonctionnement naturel étant constatée, la chirurgie révélatrice et non créatrice du sexe vise à la correction* ».

⁹⁷ FOUCAULT Michel, *Herculine Barbin dite Alexina B.*, Paris, Gallimard, 2014, 258 p, p.9.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁹⁹ CARPENTER Morgan, « The human rights of intersex people: addressing harmful practices and rhetoric of change », in *Reproductive Health Matters*, n° 47, vol. 24, 2016, p. 74.

situations principales d'intersexuation : cette classification selon le profil chromosomique résulte du symposium de Chicago de 2005¹⁰⁰.

46, XX. Les personnes appartenant à ce groupe ont un caryotype 46,XX : elles sont généralement assignées au sexe féminin. La majorité est atteinte d'une hyperplasie congénitale des surrénales¹⁰¹ : leurs organes génitaux sont ainsi dits « survirilisés », puisque leur clitoris est plus développé que la moyenne, et qu'elles n'ont globalement pas d'ouverture du vagin sur le périnée.

46, XY. Génétiquement masculins, les individus du groupe 46,XY présentent généralement un trouble de développement testiculaire (par exemple une dysgénésie gonadique¹⁰²). Le syndrome de Swyer fait partie de cette variation du développement sexuel : la personne possède un phénotype entièrement féminin et des ovaires, mais un caryotype masculin.

Mosaïcisme. Enfin, une personne est intersexe lorsqu'elle possède « *deux populations de cellules avec chacune un caryotype* », par exemple l'une XX et l'autre XY : c'est un caryotype en mosaïque¹⁰³. La variante la plus connue est le syndrome de Turner (45,X/46,XX).

37. Paradoxalement, les « *connaissances plus sophistiquées de la complexité des système sexuels* » ont mené le corps médical à la réduire sans cesse au modèle de la binarité des sexes¹⁰⁴. Ainsi, c'est en s'appuyant sur une grille de lecture variée que les médecins vont déterminer le sexe, féminin ou masculin, d'un individu. L'intersexuation est donc appréhendée comme un état de santé par les médecins, et non comme une variation naturelle du développement sexuel des individus.

38. Or, « *c'est au regard des règles professionnelles établies par les médecins eux-mêmes que le caractère thérapeutique de l'intervention sera apprécié* »¹⁰⁵ : dès lors, les opérations de conformation sexuée poursuivent-elles une finalité médicale au regard de l'article 16-3 du Code civil ?

¹⁰⁰ Nous utiliserons ici le vocabulaire médical afin de faire état de la classification adoptée par les professionnels de santé ; toutefois, nous rejoignons le fait que certaines expressions doivent être considérées comme pathologisantes selon des organes de protection des droits humains et le milieu associatif.

¹⁰¹ Une hyperplasie congénitale des surrénales (HCS) est une augmentation du volume des glandes surrénales.

¹⁰² Une dysgénésie gonadique est un développement non conforme des gonades.

¹⁰³ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme, op. cit.*, p. 222.

¹⁰⁴ FAUSTO-STERLING Anne, *Les cinq sexes, op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁵ THOUVENIN Dominique, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », in *Recueil Dalloz*, n° 32, 2000, p. 485-490.

§2. Une pratique médicale encadrée par l'exigence légale d'une finalité médicale.

39. Après avoir étudié la pratique du corps médical face à des situations d'intersexuation, il convient d'interroger la qualification de cette pratique par le législateur. En effet, rappelons ici que l'article 16-3 du Code civil précise en son premier alinéa qu'il « *ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne [...]* ». Les opérations de conformation sexuée doivent donc répondre à une finalité médicale, envisagée à l'aune des besoins de chaque personne intersexe.

40. **Plan.** L'exigence d'une finalité médicale des actes médicaux a connu des évolutions successives, notamment depuis l'adoption des lois bioéthiques de 1994. Il nous faut alors clarifier la portée juridique de l'exigence d'une finalité médicale par le législateur (A), avant d'appliquer ce régime aux traitements d'assignation sexuée réalisés sur les personnes intersexes (B).

A. De « thérapeutique » à « médicale » : les contours de la finalité médicale.

41. Le droit positif exige que les actes médicaux, en tant que dérogations au droit au respect de l'intégrité physique, poursuivent une finalité médicale. Cet impératif a connu des évolutions législatives (1), qui permettent aujourd'hui d'affirmer que plusieurs objectifs sont admis derrière le terme de « finalité médicale » (2).

1. Une évolution législative justifiée par la diversification de l'activité médicale.

a. Une finalité thérapeutique fidèle aux origines de la pratique médicale.

42. **Origine jurisprudentielle.** L'exigence d'une finalité thérapeutique était à l'origine reconnue par le juge, qui affirme dès le XIX^{ème} siècle que l'intégrité physique d'une personne peut être atteinte, par exception, en cas de nécessité thérapeutique¹⁰⁶. Les actes médicaux sont ainsi justifiés en cas de visée curative¹⁰⁷, conformément à l'évidence du rôle des médecins : guérir ses patients¹⁰⁸. Ainsi, avant même l'inscription d'un encadrement des actes médicaux

¹⁰⁶ GRÜNDLER Tatiana, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude » in *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger : modernité du droit de la santé*, MONDIELLI Eric, VIALLA François et CADEAU Emmanuel (dir.), Bordeaux, LEH Edition, « Mélanges », 2015, p. 483.

¹⁰⁷ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 197.

¹⁰⁸ Il faut toutefois noter que les médecins ont toujours eu d'autres missions que celle de soigner les individus d'une pathologie, qui n'étaient simplement pas reconnues ni par le corps médical, ni par le droit : voir en ce sens CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., §437.

dans le droit positif, la logique juridique était de conditionner la légalité des pratiques médicales à la poursuite d'une finalité thérapeutique¹⁰⁹.

43. Rédaction initiale. Face aux progrès rapides dans le domaine de la recherche médicale et à l'internationalisation croissante de principes généraux en matière de bioéthique¹¹⁰, une réponse juridique devait s'imposer dans le paysage législatif français. Trois lois ont ainsi été adoptées en 1994, chacune visant à assurer le respect de la personne humaine au vu des progrès scientifiques¹¹¹. À cette occasion, le Conseil constitutionnel rendit une décision dans laquelle il déclara que le principe d'intégrité du corps humain énoncé au sein de ces lois assurait « *le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »¹¹². C'est dans ce contexte que le Chapitre II du Code civil intitulé « Du respect du corps humain » est créé par la loi du 29 juillet 1994¹¹³, dans lequel l'article 16-3 du Code civil y est inséré. Le choix du terme de « nécessité thérapeutique » avait pour objectif de proposer une règle de portée générale, conditionnant les atteintes portées au corps humain à la seule volonté de soigner les personnes concernées. Ainsi formulé, l'article 16-3 ne faisait qu'explicitier le rôle premier des médecins¹¹⁴, et rappeler des règles préexistantes¹¹⁵.

b. Une finalité médicale conforme à l'évolution de la pratique médicale.

44. Justification de la réforme. Cette formulation s'est rapidement avérée inadéquate. Le corps médical s'est inquiété de l'insuffisance de la terminologie employée, puisqu'elle ne

¹⁰⁹ Par exemple, dans un arrêt du 15 décembre 1859 du Tribunal correctionnel de Lyon, les juges estiment que le but principal d'une intervention médicale doit être la recherche de la guérison du patient, et non la poursuite d'un but scientifique. Le médecin qui procède à l'inoculation du virus de la syphilis à un patient souffrant de la teigne est ainsi inculpé pour blessures volontaires, l'intervention visant en premier lieu la résolution d'une importante question de médecine (Voir Tribunal correctionnel de Lyon, 4^{ème} chambre, 15 décembre 1859, Recueil Dalloz, 1859, 3, p.87).

¹¹⁰ En 1964, l'Association médicale mondiale adopte la Déclaration d'Helsinki, premier texte international de bioéthique ; deux ans plus tard, en 1966, le PIDCP est adopté par l'Assemblée générale des Nations unies : il énonce la protection de principes tels que le droit à la vie, ou l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; en 1997, le Conseil de l'Europe adopte la « Convention d'Oviedo », qui vise la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.

¹¹¹ Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ; Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

¹¹² Conseil constitutionnel, Décision n° 94-343-344 du 27 juillet 1994.

¹¹³ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

¹¹⁴ THOUVENIN Dominique, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », art cit.

¹¹⁵ GRÜNDLER Tatiana, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude », art cit, p. 484.

permettait pas de prendre en considération les actes ne poursuivant pas une finalité purement thérapeutique, pourtant régulièrement pratiqués par les médecins dans le cadre de leur profession¹¹⁶. Les médecins craignaient donc de voir leur responsabilité engagée pour des actes dont la légitimité était contestée au sein même de la profession¹¹⁷. Ce « risque médico-légal » était d'autant plus redouté du fait de la multiplication des actes médicaux à visée autre que thérapeutique¹¹⁸. Le terme « thérapeutique » fut donc remplacé par celui de « médicale » sous la pression de la communauté médicale. Cette proposition avait déjà été formulée lors des discussions relatives au projet de loi : un sous-amendement avait été soumis au vote par des membres du groupe socialiste visant à « compléter la finalité thérapeutique par l'ajout de la finalité médicale »¹¹⁹. Le sénateur M. Dreyfus-Schmidt relevait à ce titre que l'ajout du terme de « nécessité médicale » se justifiait par les activités de recherche et de prévention, étrangères au domaine de la thérapeutique¹²⁰. Cette interprétation fut finalement adoptée par la loi du 27 juillet 1999¹²¹, qui, selon D. Thouvenin, satisfait « l'intérêt des médecins »¹²².

2. La nécessité médicale : un terme polysémique.

a. Des significations multiples.

45. **Sens.** L'adjectif « médical » doit d'être envisagé selon une acceptation matérielle de la notion¹²³ : il englobe l'ensemble des actes pratiqués au titre de la médecine, et non par une personne en qualité de médecin¹²⁴. Désormais, la thérapeutique n'est plus la seule finalité

¹¹⁶ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., p. 417 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions sur l'acte médical non thérapeutique » in *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains.*, PY Bruno (dir.), s.l., LEH Edition, 2015, vol. 1/, p. 399.

¹¹⁷ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 264 ; Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 133. : c'est notamment le cas des actes de stérilisation.

¹¹⁸ C'était le cas notamment de la stérilisation contraceptive non thérapeutique : seules les stérilisations nécessaires à la réalisation d'un acte étaient admises, celles visant uniquement à la stérilisation étant considérées comme prohibées en vertu de l'article 16-3 du Code civil (à ce titre, voir l'avis rendu par la Cour de cassation du 6 juillet 1998, n°9820012 P., qui estime qu'une « atteinte à l'intégrité du corps humain, telle la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du Code civil »).

¹¹⁹ SENAT, « Compte-rendu intégral, 8ème séance - Séance du jeudi 20 janvier 1994 », in *Journal officiel de la République Française*, 21 janv. 1994 p. 69.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

¹²² THOUVENIN Dominique, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », art cit, p. 490.

¹²³ MORON-PUECH Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », art cit, p. 202.

¹²⁴ GRÜNDLER Tatiana, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude », art cit, p. 485. : l'auteure justifie ici que « la juxtaposition de l'adjectif au substantif implique une lecture finaliste de l'expression ».

acceptée pour porter légitimement atteinte à l'intégrité du corps humain. L'article 16-3 du Code civil reconnaît en ce sens la pluralité des activités que recouvrent les professions du corps médical¹²⁵.

46. Finalités multiples. Le caractère polysémique de la notion de nécessité médicale permet de distinguer plusieurs types de dérogations au principe du respect de l'intégrité du corps humain. Puisque la signification du terme de finalité médicale « *varie en fonction du but poursuivi* »¹²⁶, il est dès lors possible de reconnaître cinq types d'activités : de recherche, préventive, thérapeutique, reproductive ou encore esthétique. Les étudier chacune successivement risquerait d'opposer certains actes qui relèvent pourtant de la même finalité¹²⁷. Ainsi, nous adopterons ici la classification opérée par B. Moron-Puech¹²⁸, qui regroupe ces activités selon la dimension individuelle ou collective de la lutte contre le mal-être, le caractère actuel ou prévisible du mal-être, et le type de mal-être corporel concerné.

b. La pluralité des finalités englobées par le terme de « nécessité médicale ».

a. *La lutte contre un mal-être.*

47. Dans certaines situations, l'activité médicale se justifie par les effets qu'elle cherche à produire. Il en va ainsi du domaine de la recherche, où l'intégrité du corps humain pourra être atteinte « *en vue d'obtenir des résultats potentiels* »¹²⁹ : la nécessité médicale peut ici être qualifiée d'hypothétique, puisque la recherche a pour but de « *faire naître une thérapeutique* »¹³⁰. Elle est ainsi susceptible d'impliquer un prélèvement d'élément corporel¹³¹. La recherche fait partie intégrante de la science médicale¹³² : elle est à ce titre désignée sous le terme de « recherche biomédicale » au sein de l'article L1121-1 du CSP, qui

¹²⁵ Pour une lecture alternative de la modification de l'article 16-3 du Code civil, voir COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., §568 : l'auteur considère que la « nécessité médicale » de l'article 16-3 doit être lue comme une autorisation des seuls actes médicaux thérapeutiques.

¹²⁶ HENNION-JACQUET Patricia, « Le paradigme de la nécessité médicale », art cit.

¹²⁷ Par exemple, les actes à finalités contraceptives visent pour la plupart à prévenir l'état de gestation : ils appartiennent à la fois aux actes à visée reproductive et préventive, voir MORON-PUECH Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », art cit,

¹²⁸ MORON-PUECH Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », art cit, p. 203.

¹²⁹ HENNION-JACQUET Patricia, « Le paradigme de la nécessité médicale », art cit.

¹³⁰ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 275.

¹³¹ Par exemple, les études des caractéristiques génétiques de la personne à des fins de recherche impliquent l'extraction d'un échantillon de sang.

¹³² Les recherches scientifiques furent à ce titre encadrées par la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales (Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales).

définit cette activité comme étant celle organisée et pratiquée « *sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales* ».

B. La prévisibilité du mal-être.

48. Le corps médical est également concerné « *par les hypothèses de possibilité de maladie* »¹³³. Ainsi, l'activité médicale peut se vouloir préventive : elle consiste dans cette optique à établir un diagnostic qui permettra de prévenir l'apparition d'une maladie. Un dépistage pourra ainsi être réalisé afin d'identifier un risque pour la santé du patient. Aussi, les actes de prévention peuvent viser à la fois une souffrance physique et/ou psychologique.

γ. Le type de mal-être.

49. Ainsi, « *le but curatif d'un traitement ne doit pas s'entendre nécessairement au sens strict de « guérir », dans la mesure où « l'intérêt du malade peut être aussi bien psychique que physique, moral que corporel* »¹³⁴.

Un mal-être thérapeutique. L'acte thérapeutique vise à soigner le patient atteint d'une pathologie, à savoir d'une lésion provoquant une souffrance¹³⁵. Il renvoie ainsi à l'activité première du corps médical, qui consiste à guérir les individus atteints d'une maladie. Face à l'absence de définition du terme « thérapeutique » par le législateur¹³⁶, les juges l'ont désigné comme étant ce « *qui concerne l'ensemble des actions et pratiques destinées à guérir* »¹³⁷.

Un mal-être reproductif. Un acte médical peut également avoir pour objectif de répondre à un mal-être directement en lien avec la reproduction. C'est par exemple le cas de la ligature des trompes de Fallope, ou encore de l'interruption volontaire de grossesse.

Un mal-être esthétique. L'activité de chirurgie esthétique, au départ controversée, a progressivement été adoptée au sein de la profession médicale. La licéité de ces actes était remise en question du fait de l'absence de visée curative¹³⁸. La chirurgie esthétique est condamnée par les juges, qui n'hésitent pas à engager la responsabilité des médecins qui entreprennent des opérations « *sur un membre sain* » en l'absence de nécessité thérapeutique et

¹³³ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 62.

¹³⁴ BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes*, op. cit., p. 443.

¹³⁵ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 134.

¹³⁶ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., p. 132.

¹³⁷ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 30 mai 1991, 90-84.420, Publié au bulletin.

¹³⁸ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi? une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2004, 447 p, p.186.

sans « *utilité quelconque pour la santé de l'opéré* »¹³⁹. L'émergence de la psychanalyse a contribué à légitimer ces actes : le corps médical n'a plus seulement vocation à soigner les corps malades, il doit aussi s'assurer de l'état de santé mentale de ses patients¹⁴⁰. Une distinction est alors (difficilement) faite entre la chirurgie réparatrice (ou reconductrice) et esthétique¹⁴¹. La chirurgie réparatrice « *touche à la dimension sociale de l'apparence* » : elle vise à « réparer » des corps qui ne sont pas malades, et à leur (re)donner une apparence normale¹⁴². La chirurgie esthétique n'a quant à elle pas une finalité thérapeutique *stricto sensu*.

B. La justification de la finalité médicale des opérations de conformation sexuée.

50. Notre étude mettra de côté la dimension individuelle ou collective de la lutte contre le mal-être, qui vise principalement les actes médicaux destinés à la recherche scientifique. Nous nous attacherons à interroger successivement le caractère actuel ou prévisible du mal-être (1), puis le type de mal-être corporel concerné (2) pour les personnes intersexes.

1. La prévention d'un mal-être à venir ?

a. Prévenir l'apparition de pathologies.

51. **Cas exceptionnels.** En dehors de très rares cas, l'intersexuation ne met pas en danger l'état de santé de l'individu. Des traitements peuvent toutefois être réalisés afin de prévenir précisément l'apparition d'une telle situation. Par exemple, une gonadectomie¹⁴³ pourra être préconisée par les médecins dès le plus jeune âge, afin d'éviter à l'enfant intersexe de développer un cancer des gonades à l'avenir¹⁴⁴. Ce risque semble toutefois surestimé¹⁴⁵ : de récentes études ont démontré la possibilité de repousser une telle opération après la puberté, en assurant en parallèle une surveillance régulière de l'évolution de l'état de santé¹⁴⁶. De plus, selon l'article R4127-41 du Code de la santé publique, les interventions mutilantes telles que

¹³⁹ Voir l'arrêt du Tribunal civil de la Seine du 25 février 1929, cité par CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., p. 150.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 418.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 425 ; PRIEUR Stéphane, *La disposition par l'individu de son corps*, op. cit., p. 186.

¹⁴² CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., p. 421.

¹⁴³ Une gonadectomie est une opération chirurgicale qui consiste en l'ablation des gonades (testicules ou ovaires).

¹⁴⁴ CARPENTER Morgan, « The human rights of intersex people: addressing harmful practices and rhetoric of change », in *Reproductive Health Matters*, n° 47, vol. 24, 2016, p. 75; SCHNEIDER Erik, « Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective », novembre 2013, p. 31.

¹⁴⁵ BLONDIN Maryvonne et BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions.*, op. cit., p. 184.

¹⁴⁶ HANNEMA Se et SCOTT Is, « Testicular development in the complete androgen insensitivity syndrome », in *The Journal of Pathology*, n° 4, vol. 208, mars 2006, p. 526.

l'amputation d'un membre ou l'ablation d'un organe ne peuvent être pratiquées « *sans motif médical très sérieux* » : l'ablation des testicules ou des ovaires pourrait donc être remise en cause si le risque de développer un cancer n'est effectivement pas avéré.

52. Conditions. Ainsi, la finalité thérapeutique d'une intervention sera caractérisée si elle vise effectivement à prévenir le risque réel de l'apparition d'une maladie. Il est possible de citer l'exemple des personnes atteintes d'une hyperplasie congénitale des surrénales, qui peut causer une perte de sels minéraux¹⁴⁷ et donc un danger potentiel pour la santé de l'individu¹⁴⁸.

b. Prévenir l'apparition de troubles psychiques.

53. Les actes de conformation sexuée peuvent également être conseillés aux parents afin d'éviter à leur enfant de développer des troubles d'ordre psychiques du fait de leur « particularité », à savoir ne pas correspondre aux normes des sexes féminin ou masculin. Il s'agirait de permettre le bon développement psycho-social de l'enfant en tant que fille ou garçon¹⁴⁹, et de lui éviter toute stigmatisation liée à une « anatomie atypique »¹⁵⁰. En effet, il est concevable d'envisager les difficultés auxquelles pourrait faire face un enfant intersexe dans un environnement où les seules représentations possibles des sexes sont féminines ou masculines.

2. Un mal-être corporel thérapeutique ou esthétique ?

a. L'hypothèse d'un mal-être d'origine thérapeutique.

54. Pathologie. Admettre la finalité thérapeutique des actes de conformation sexuée reviendrait à caractériser le besoin de soigner une personne intersexe d'une pathologie, dont son mal-être est directement issu. Or, en règle générale, le seul état d'intersexuation ne met pas en jeu le pronostic vital de la personne¹⁵¹. L'urgence médicale est donc rare, mais pourtant largement décriée par les médecins¹⁵². Pour le corps médical, le fait pour un individu d'avoir

¹⁴⁷ GOGOS-GINTRAND Amélie, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », art cit, p. 925.

¹⁴⁸ Toutefois, d'après le chirurgien pédiatrique B. Meyrat, des exemples prouvent que des personnes intersexes atteintes d'une HCS peuvent aussi se passer d'intervention chirurgicale : ESPACE ÉTHIQUE, *Les variations du développement sexuel*, par Blaise Meyrat, colloque organisé à l'Assemblée nationale, 2019.

¹⁴⁹ CARPENTER Morgan, « The "Normalisation" of Intersex Bodies and "Othering" of Intersex Identities » in *The Legal Status of Intersex Persons*, SCHERPE Jens M. (dir.), Intersentia, 2018, p.447.

¹⁵⁰ « *Avoid stigmatization related to atypical anatomy* » : MOURIQUAND Pierre et al., « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue », art cit, p. 142.

¹⁵¹ Excepté pour les cas d'hyperplasie congénitale des surrénales comme nous venons de la voir, supra n°52; MORON-PUECH Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », art cit, p. 206.

¹⁵² PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 144.

des organes génitaux qui ne correspondent pas aux normes de la binarité sexuée, qualifiés « d’ambigus », constitue en soi une pathologie.

55. Chirurgie réparatrice. La chirurgie réparatrice ou correctrice « *touche à la dimension sociale de l’apparence* »¹⁵³ : cette branche de la chirurgie vise à rendre « normale » l’apparence des corps selon des normes sociales préétablies. Ainsi, selon les propos du docteur Dartigues en 1929, les opérations sur les personnes intersexes sont des interventions chirurgicales « *correctrices des aberrations de la nature qui n’a pas produit le type humain normal* »¹⁵⁴.

Dès lors, en l’absence de souffrance physique, l’intersexuation ne peut en aucun cas être associée à une pathologie : il s’agit seulement de conformer les organes génitaux des individus aux normes des sexes féminin et masculin.

b. L’hypothèse d’un mal-être d’origine esthétique.

56. Chirurgie esthétique. La chirurgie esthétique se distingue de la chirurgie réparatrice par l’absence de finalité thérapeutique : ainsi, le législateur définit ces actes comme des interventions « *tendant à modifier l’apparence corporelle d’une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice* »¹⁵⁵. Cela pourrait être le cas des opérations de conformation sexuée, si l’intersexuation n’était pas envisagée comme une pathologie par le corps médical.

57. Régime. Les actes de chirurgie esthétique sont soumis à un régime particulier, établi aux articles R6322-1 et suivant du Code de la santé publique. Or, il apparaît évident que le corps médical n’applique pas ce régime en matière d’opérations de conformation sexuée¹⁵⁶ : l’intersexuation est perçue comme une pathologie, et les médecins pratiquent ces interventions dans le but de guérir les patients de leur « ambiguïté ».

58. Hypothèse. Dans le cas où les règles des actes esthétiques seraient effectivement respectées, le régime appliqué serait plus restrictif en ce qui concerne les opérations pratiquées sur les enfants intersexes que les actes médicaux réalisés dans un but thérapeutique (chirurgie réparatrice par exemple). Dès lors, si l’enfant est mineur, une opération de conformation

¹⁵³ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d’indisponibilité du corps humain, op. cit.*, §442.

¹⁵⁴ Propos retranscrits dans « Le droit à la chirurgie esthétique. Rapport présenté au conseil général de l’Association générale des médecins de France. Séance du 1er mars 1929 », in *La Vie Médicale*, 25 mars 1929, p. 292, cité par CATTO Marie-Xavière, *Le principe d’indisponibilité du corps humain, op. cit.*, p. 426.

¹⁵⁵ Article R6322-1 du Code de la santé publique.

¹⁵⁶ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit, op. cit.*, §59.

sexuée réalisée sous le régime des actes esthétiques sera subordonnée à l'accord des deux parents, tandis qu'une intervention de chirurgie réparatrice pourra être décidée par un seul titulaire de l'autorité parentale¹⁵⁷, du fait de son caractère thérapeutique (même si la finalité est ici la même : rendre un organe conforme à la norme)¹⁵⁸. Assimiler les actes de conformation sexuée des personnes intersexes à la chirurgie plastique serait pourtant « *un premier pas de nature à acter en droit que l'ambiguïté sexuelle n'est pas une pathologie* »¹⁵⁹.

59. Bilan de la section 1. Les actes de conformation sexuée des personnes intersexes qui poursuivent une finalité médicale sont donc relativement rares. En l'absence d'urgence médicale, qui mettrait en danger le pronostic vital de la personne intersexe, la finalité médicale des opérations d'assignation sexuée ne semble pas admise. En effet, l'intersexuation n'est pas une maladie en soi : même si elles sont aujourd'hui encore présentées comme une pathologie par la majorité du corps médical, les variations du développement sexuel n'entraînent pas de complications pour la santé. L'intersexuation a donc été pathologisée afin de répondre aux exigences légales du régime des actes médicaux. Aussi, dans l'hypothèse où une personne intersexe voudrait se soumettre volontairement à une opération de conformation sexuée, un tel acte sera justifié au nom de la finalité thérapeutique de l'intervention : la personne doit être guérie de son « ambiguïté » sexuée, qu'elle juge à l'origine d'un mal-être.

60. Que nous révèle la pathologisation de l'intersexuation ? Puisque les opérations de conformation sexuée ne répondent pas à une finalité médicale, comment le corps médical a-t-il pu poursuivre la pratique de ces interventions malgré l'encadrement des actes médicaux prévus par l'article 16-3 du Code civil ? Il convient ici de faire un parallèle avec les opérations d'assignation sexuée des personnes trans : les demandes de changement de sexe ont progressivement été admises par le corps médical afin de répondre à la nécessité pour les personnes trans de guérir un « syndrome ».

¹⁵⁷ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions sur l'acte médical non thérapeutique », art cit, p. 405. : c'est le cas notamment de la circoncision religieuse, voir à ce titre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 septembre 2000, D 2001,1585 note DUVERT.

¹⁵⁸ Pour des développements relatifs au consentement aux opérations de conformation sexuée si la personne intersexe est mineure, voir infra n° 118.

¹⁵⁹ MATTIUSI Julie, *L'apparence de la personne physique : pour la reconnaissance de la liberté*, Paris I - Panthéon Sorbonne, 2016, 445 p, p.214.

Section 2 : Des actes justifiés par une pathologisation de l'intersexuation.

61. Au sein de l'ordre juridique, l'identité de genre, et par conséquent le corps des individus, relève de l'état civil. Or, celui-ci est considéré comme indisponible : ils ne peuvent donc pas disposer librement de leur personnalité juridique. Le corps est donc entièrement soustrait au droit, ce qui écarte toute possibilité d'un droit à disposer de son corps. Cela va de pair avec la pathologisation de la « transsexualité », plus communément désignée sous le terme « dysphorie de genre » au sein du discours médical : ainsi, M-X Catto estime que « *le modèle de la pathologie conduit à considérer qu'il n'y a aucun droit à disposer de son corps* » ; au contraire, il y a « *un état de détresse ou de nécessité* » qui justifie l'intervention du corps médical¹⁶⁰.
62. **Plan.** Les opérations d'assignation sexuée réalisées sur les personnes trans et intersexes sont justifiées par une nécessité thérapeutique (§1) : cela traduit nettement la volonté du législateur de refuser la consécration d'un droit de choisir son sexe pour les individus (§2).
- §1. Corriger les états d'intersexuation : une nécessité thérapeutique.
63. Au départ hostiles aux revendications des personnes trans, les médecins ont pratiqué des opérations d'assignation sexuée sous couvert d'une pathologisation, afin de légitimer ces interventions notamment au regard de la loi pénale (A). Ce même raisonnement est appliqué aux personnes intersexes : l'intersexuation est une maladie qui doit nécessairement être soignée (B).
- A. Répondre aux besoins des personnes trans : le syndrome de la dysphorie de genre.
64. Au sein du corps médical, l'absence de nécessité médicale des opérations pratiquées sur les personnes trans (1) a pu être palliée par la pathologisation de la dysphorie de genre (2).
1. Le refus initial d'opérer les personnes trans.
- a. Ne pas opérer des corps sains.
65. Les revendications des personnes trans n'ont à l'origine pas été entendues, ni par les médecins, ni par les autorités législatives. Désirant modifier leur apparence sexuée, pour des raisons autres que d'ordre de santé physique, elles se sont retrouvées face à un corps médical

¹⁶⁰ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., §455.

ne sachant comment aborder leurs demandes. Ainsi, en 1962, le Conseil national de l'ordre des médecins prend publiquement position à propos de demandes de personnes transsexuelles désirant être opérées afin de conformer leurs corps à une identité sexuée autre que celle qui leur a été attribuée : l'organisation affirme qu'elle « *ne peut que condamner toute intervention chirurgicale mutilante qui aurait pour objet de transformer un sexe bien défini* »¹⁶¹. Le raisonnement est donc clair : un corps sain, qui ne présente aucune pathologie, ne peut faire l'objet d'une intervention chirurgicale. Cela constituerait une mutilation, et irait à l'encontre des dispositions légales en vigueur, susceptibles d'engager la responsabilité des médecins.

b. La peur des condamnations.

- 66. Responsabilité.** Alors que le corps médical refuse de pratiquer de telles opérations, le droit rejette également les revendications des personnes trans. Le juge va ainsi anéantir toute possibilité de modification de leur état civil, et déclarer par la même occasion ces opérations pénalement condamnables¹⁶². Il va pour cela se baser notamment sous l'égide de l'article 316 du Code pénal, punissant le crime de castration par la réclusion à perpétuité¹⁶³. Selon la jurisprudence, « *il est formellement interdit de fausser par quelque moyen que ce soit le jeu naturel de la différenciation des sexes* »¹⁶⁴.
- 67. Evolution.** Le refus de répondre à ce « *délire transsexuel* »¹⁶⁵ et la condamnation des éventuelles opérations n'effacent pas pour autant le profond désir de certaines personnes trans de modifier leur apparence corporelle. Au vu du nombre croissant de sollicitations de personnes souhaitant changer de sexe¹⁶⁶, et des cas de suicide ou d'automutilation face au refus d'accéder à ces demandes¹⁶⁷, des médecins vont tenter d'apporter une certaine légitimité aux opérations visées.

¹⁶¹ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, op. cit.*, §457.

¹⁶² CALAIS Vincent, « Choisir son sexe, un droit de l'homme ? », in *La revue lacanienne*, n° 4, vol. 4, 2007, p. 134.

¹⁶³ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, op. cit.*, §458.

¹⁶⁴ TGI Seine, 18 janvier 1965, JCP, 1965. II. 14421.

¹⁶⁵ WACHSMANN P. et MARIENBURG-WACHSMANN A., « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 56, vol. 2003, 2003, p. 1157-1184.

¹⁶⁶ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, op. cit.*, §459.

¹⁶⁷ LEPRINCE Christelle, « Le transsexualisme, évolution contemporaine des idées et du droit », in *Revue juridique de l'Ouest*, n° 2, vol. 21, 2008, p. 134.

2. La reconnaissance d'une pathologie afin de soustraire les opérations au droit pénal.

a. Du pénal au médical : le « syndrome transsexuel ».

68. Syndrome. Devant le refus du corps médical et des juges de prendre en considération la réalité de ces vécus et d'en tirer les conséquences, certains auteurs ont apporté leurs contributions afin de permettre une prise en charge médicale des personnes trans. Ainsi, il convient de citer les travaux du docteur H. Benjamin : s'appuyant en partie sur les publications du psychiatre et sexologue D. Cauldwell, Benjamin va contribuer à accorder le statut de syndrome aux requêtes de transformations corporelles demandées par les personnes trans¹⁶⁸. La dépénalisation des opérations doit selon lui passer par une légitimation du changement de sexe, et donc par une pathologisation du transsexualisme¹⁶⁹.

69. Réponse chirurgicale. La volonté de changer de sexe devient un trouble mental, et ces opérations, qui visent à « corriger » un décalage entre le sexe assigné et le sexe auquel s'identifie l'individu, vont être envisagées comme un remède en complément des thérapies psychiatriques¹⁷⁰. Benjamin ira jusqu'à considérer ces dernières comme inefficaces : selon lui, la chirurgie devient au contraire « *un traitement justifié par la nécessaire mise en cohérence du corps et du psychisme seule capable de faire cesser la souffrance des patients* »¹⁷¹. De ce fait, les opérations de changement de sexe visent à répondre à une souffrance, et sont de ce point de vue légitimes en vertu de leur visée thérapeutique.

b. Des opérations pratiquées dans un but thérapeutique

70. Pratique médicale. En France, la première opération de conversion sexuelle a lieu en 1979, sous l'égide d'une équipe pluridisciplinaire : le Conseil de l'ordre recommande à cette date qu'un protocole précis soit signé par un psychiatre, un endocrinologue et un chirurgien afin d'attester de la réelle nécessité pour certains patients de recevoir un traitement

¹⁶⁸ HERAULT Laurence, « La chirurgie de transsexuation: une médecine entre réparation et amélioration », in *Aux frontières de la médecine*, 2014, p. 211.

¹⁶⁹ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., §459.

¹⁷⁰ LÖWY Ilana, « Intersexe et transsexualités : Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », in *Cahiers du Genre*, n° 1, n° 34, 2003, p. 81-104.

¹⁷¹ HERAULT Laurence, « La chirurgie de transsexuation: une médecine entre réparation et amélioration », art cit, p. 212.

chirurgical¹⁷². Les médecins érigent donc la souffrance psychique des personnes trans au rang de maladie¹⁷³ : la pathologie, et donc le but thérapeutique des interventions, est fondée sur le psychisme et non le physique des individus (puisque leurs organes génitaux sont parfaitement sains). Des réflexions vont alors être menées sur le plan juridique afin de déterminer si ces opérations de changement de sexe sont entachées d'illégalité.

71. Réponse juridique. Comme le souligne M-X. Catto, si la légalité des opérations n'a pas été clairement posée par la Cour de cassation, les juges semblent toutefois avoir retenu cette hypothèse¹⁷⁴. Dans un arrêt relatif à l'engagement de la responsabilité d'un médecin suite à une opération de changement de sexe non réussie ayant entraîné le suicide du patient, la Cour s'est basée sur l'irrespect du protocole afin de retenir la culpabilité du praticien¹⁷⁵. Selon elle, l'intervention n'avait pas été faite « *dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien* », ce dernier n'étant donc pas « *couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi* ». A contrario, en cas de respect du protocole imposé par le corps médical lui-même, ces opérations sont admises en vertu de leur caractère thérapeutique. Un véritable « *bouclier thérapeutique* »¹⁷⁶ a donc été déployé afin de prendre médicalement en charge les personnes trans, et la question trans a été déplacée du pénal au médical¹⁷⁷, pour devenir une maladie.

72. La volonté derrière l'acceptation de la pratique de ces opérations par les autorités médico-légales est claire : assurer une certaine logique du modèle binaire, en évitant que des individus dans un corps de femme ne se comportent en homme et inversement. Comme le souligne P. Reigné, le « *transsexualisme est donc une construction sociale produite par le modèle à deux sexes et il n'a d'existence que dans ce modèle* »¹⁷⁸. Ainsi, le traitement thérapeutique vise à « *rétablir la correspondance sexe/genre nécessaire à l'équilibre mental et à l'intégration sociale des personnes* »¹⁷⁹, à l'instar des opérations de conformation sexuée.

¹⁷² GIRARD Lucie, *La demande de soins des personnes transsexuelles en France : prise en charge médicale et respect de la dignité*, 2013, 202 p, p.20.

¹⁷³ FONTANA-CONTENT Justine, *Binarité sexuée et états d'intersexuation : de l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil*, Montpellier, 2017, 689 p, §167.

¹⁷⁴ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., §462.

¹⁷⁵ Cass., ch. crim., 30 mai 1991, n°90-84420.

¹⁷⁶ ESPINEIRA Karine, « Le bouclier thérapeutique : discours et limites d'un appareil de légitimation », in *Le sujet dans la Cité - Revue internationale de recherche biographique*, 2011, p. 189-201.

¹⁷⁷ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., §456.

¹⁷⁸ REIGNE Philippe, « La notion juridique de sexe », in *Mon corps a-t-il un sexe?: sur le genre, dialogues entre biologies et sciences sociales*, 2015, p. 310.

¹⁷⁹ MACE Éric, « Ce que les normes de genre font aux corps / Ce que les corps trans font aux normes de genre », in *Sociologie*, n° 4, vol. 1, 2010, p. 497.

B. Des interventions chirurgicales jugées nécessaires pour les personnes intersexes.

73. La formulation de l'article 16-3 suggère que la personne concernée est la mieux placée afin d'apprécier la nécessité médicale de l'acte¹⁸⁰ : la poursuite du but doit être « dans l'intérêt » de la personne, selon son ressenti. Cela interdit donc une évaluation de la proportionnalité de l'acte de manière « *purement théorique et désincarnée* »¹⁸¹, et pousse au contraire à apprécier la nécessité selon chaque situation (1). Dans le cas des opérations de conformation sexuée, les médecins estiment qu'elles sont nécessaires afin de répondre à une pathologie (2).

1. L'acte médical pratiqué « pour la personne ».

a. L'esprit du texte initial de l'article 16-3 du Code civil.

74. Dès l'adoption de l'article 16-3 du Code civil, en 1994, le texte accordait une importance particulière à la manière dont la nécessité médicale devait être envisagée : le législateur précisait que l'examen devait se faire à l'aune des besoins propres de la personne. Ainsi, les propositions à l'origine du texte final précisait que la nécessité thérapeutique devait « *regarder la personne concernée et non autrui* »¹⁸². La portée du texte est donc claire, et la volonté affichée : « *seul l'intérêt thérapeutique de celui qui subit l'atteinte peut légitimer cette dernière* »¹⁸³. Le respect de l'intégrité physique implique donc que l'atteinte soit caractérisée par une nécessité ayant un bénéfice direct pour la personne.

b. La médecine pour répondre à une détresse.

75. **Santé mentale.** L'extension de la nécessité d'une finalité thérapeutique vers une finalité médicale¹⁸⁴ a eu pour effet de tolérer la pratique d'interventions n'ayant pas vocation à guérir à proprement parler un patient, mais à améliorer tout de même son état de santé, et notamment sa santé psychique¹⁸⁵. L'émergence des connaissances en matière de psychanalyse va pousser les médecins à prendre soin non plus seulement des corps, mais aussi des états mentaux¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 136.

¹⁸¹ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 245.

¹⁸² THOUVENIN Dominique, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », art cit.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Voir supra n°41 et suivants.

¹⁸⁵ GRÜNDLER Tatiana, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude », art cit, p. 487.

¹⁸⁶ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., §439.

76. Subjectivisation. Ainsi, la nécessité médicale désormais imposée par l'article 16-3 du Code civil peut aussi être justifiée par un mal-être ou une souffrance exprimée par le patient, qui n'est pas à proprement parler issue d'une maladie ou d'une pathologie¹⁸⁷. La nécessité d'un acte médical pourra être justifiée par le ressenti de l'individu, qu'il estime indispensable à l'amélioration de son état de santé¹⁸⁸. Dès lors, il n'est plus possible « *d'affirmer que l'activité médicale ne se justifie que par le soin ou le strict intérêt thérapeutique de l'individu* » : elle peut au contraire répondre à sa détresse¹⁸⁹. Ainsi, puisque la nécessité médicale doit être appréciée à l'aune des besoins de la personne, les mêmes actes médicaux justifiés autrefois par une finalité purement thérapeutique ont pu être légalisés lorsqu'ils poursuivaient un but autre. C'est le cas par exemple de l'interruption volontaire de grossesse¹⁹⁰, ou encore de la stérilisation¹⁹¹. Toutefois, cela ne doit pas empêcher de prendre en considération l'éventuel mal-être des patients qui ne seraient pas à même de s'exprimer, comme pour certains mineurs. En ce sens, B. Moron-Puech précise que la nécessité médicale doit pouvoir être appréciée *in abstracto* dans ces cas précis, en interprétant le comportement d'individus « *aptes à s'exprimer et placés dans la même situation* »¹⁹².

77. Ainsi, l'acte médical, qu'il poursuive une finalité thérapeutique ou médicale, a toujours eu vocation à être justifié par une nécessité pour la santé ou le bien-être de la personne : lorsque les médecins pratiquent des opérations de conformation sexuée, considérées comme des actes médicaux par la profession, elles doivent ainsi être réalisées dans l'intérêt de la personne intersexe, selon son état de santé et son ressenti personnel.

¹⁸⁷ Défenseur des droits, *Avis n°17-04, op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁸ À ce titre, l'OMS définit la santé comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmi  * » (Voir Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19 juin -22 juillet 1946).

¹⁸⁹ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, op. cit.*, §436.

¹⁹⁰ Avant la loi de 1975, l'avortement n'était possible qu'en cas de danger pour la vie de la femme enceinte, donc conditionné à un motif thérapeutique.

¹⁹¹ Auparavant, les st  rilitations étaient admises seulement pour un motif thérapeutique, la Cour de cassation estimant que « *la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives* » était prohibée par l'article 16-3 du Code civil : le changement d'une nécessité thérapeutique à médicale a ainsi permis de rendre légitime cette intervention malgré l'absence de finalité thérapeutique (Voir THOUVENIN Dominique, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », art cit.).

¹⁹² MORON-PUECH Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », art cit, p. 204.

2. Des opérations de conformation sexuée pratiquées pour répondre à une pathologie.

a. Une souffrance indirecte.

78. Contrairement aux personnes trans, il paraît difficile d'établir que l'intersexuation est la source directe d'une souffrance afin de caractériser le caractère pathologique. En effet, pour être établie, la pathologie doit être issue de la souffrance directe de la personne, et non de son environnement¹⁹³. Dès lors, qu'en est-il pour les personnes intersexes ? La plupart des études montrent que l'état d'intersexuation ne cause pas de souffrance physique à proprement parler pour l'individu : les personnes intersexes ne sont pas « malades » du fait de la variation de leurs organes génitaux¹⁹⁴. D'ailleurs, les médecins justifient en grande partie les opérations afin d'éviter la stigmatisation dont pourrait souffrir les personnes intersexes du fait de leur non-conformité aux normes de la binarité des sexes¹⁹⁵ : cet objectif, à priori altruiste, est-il pour autant susceptible de caractériser une atteinte légitime à leur intégrité physique ?

b. Un motif infondé de l'intérêt thérapeutique.

79. Si cette hypothèse était retenue, il faut souligner que la qualification de finalité thérapeutique de l'intervention semble inadéquate. En effet, l'état d'intersexuation n'est pas en lien direct avec la souffrance qui pourrait être endurée. Adopter ce raisonnement reviendrait à faire un dangereux raccourci, dans la mesure où ce sont bien les « *discriminations, humiliations et tracasseries causés par la société* » qui seraient à l'origine du trouble vécu par la personne, et non la variation de son développement sexuel en elle-même¹⁹⁶. Il s'agirait alors d'éviter une souffrance liée au regard que porte la société sur les variations du développement sexuel¹⁹⁷. Dès lors, si la volonté d'éviter une éventuelle stigmatisation des enfants intersexes est tout à fait compréhensible, elle ne doit pas toutefois pouvoir justifier une atteinte à leur droit au respect de l'intégrité physique.

80. Ainsi, le caractère thérapeutique des opérations de conformation sexuée, aussi bien pour les personnes intersexes que pour les personnes trans, justifie la pratique médicale actuelle, et par conséquent l'atteinte à l'intégrité physique des individus. Dès lors, dans la mesure où

¹⁹³ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir? », §43.

¹⁹⁴ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 144.

¹⁹⁵ MOURIQUAND Pierre et al., « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue », art cit, p. 142.

¹⁹⁶ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 294.

¹⁹⁷ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 135.

« *changer de sexe n'est pas un droit* »¹⁹⁸, car conditionné par l'autorité médico-légale, il semble que le droit de le choisir n'est pas non plus admis par le législateur.

§2. Pathologiser : le refus de consacrer la liberté de choisir son sexe.

81. Les individus n'exercent pas une liberté quant au choix de leur sexe : cette faculté est conditionnée, si ce n'est imposée, par l'ordre juridique et médical (A). Pourtant, l'identité sexuée d'un individu est un élément intime de sa personnalité : pourrait-on envisager une dépathologisation des identités intersexes et trans ? (B).

A. Le caractère pathologique pour justifier la pratique médicale.

82. Cette pathologisation reflète une pratique paternaliste de la part des institutions (1), qui se répercute directement sur l'intégrité physique des personnes intersexes (2).

1. Une pratique médico-légale paternaliste.

a. Le poids du savoir médical dans la relation patient-médecin.

83. **Notion.** Le paternalisme médical « *considère qu'au nom de la mission du médecin, le consentement du malade n'est pas une donnée médicalement pertinente et ne doit pas, à cet égard, être considéré comme norme de référence de la décision* »¹⁹⁹. La justification de ce paternalisme est double : d'une part, il vise « *à affirmer que le médecin est la personne la plus compétente pour réaliser le bien-être du patient* » et, d'autre part, « *que le patient est intrinsèquement dans un état le rendant inapte à prendre des décisions pour lui-même* »²⁰⁰.

84. **Application.** Ainsi, la déontologie médicale semble parfois mettre de côté le fait que le patient est le mieux à même de caractériser sa souffrance, au titre de la légitimité du médecin à pouvoir décider ce qu'il y a de mieux pour un malade²⁰¹. Dans le cas des personnes intersexes, le corps médical estime que l'intersexuation est nécessairement une pathologie : une intervention chirurgicale d'assignation sexuée permet selon les médecins de leur éviter la souffrance, supposée, de vivre avec des caractéristiques sexuées non conformes à la binarité.

¹⁹⁸ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain, op. cit.*, §464.

¹⁹⁹ JAUNAIT Alexandre, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », in *Raisons politiques*, n° 3, vol. 11, 2003, p. 60.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 61.

²⁰¹ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi?, op. cit.*, p. 158.

b. Le poids de l'autorité légale dans l'assignation du sexe.

85. Etat civil. Il est aussi possible de parler d'un paternalisme juridique, dans la mesure où, en plus des parents et des médecins, « *juges et procureurs se substituent à la personne intersexuée* » dans le choix de son sexe²⁰². En effet, l'ordre juridique impose la déclaration d'un sexe féminin ou masculin lors de la naissance. Aussi, si une personne intersexe souhaite modifier la mention de son sexe à l'état civil (féminin ou masculin), une demande en rectification devra être présentée devant le juge. Différents critères pourront être pris en compte afin de faire droit à cette demande : dans son arrêt du 22 juin 2000, la Cour d'appel de Versailles s'appuie notamment sur « *l'évolution sociale, psychologique et affective* » afin d'accepter la requête des parents d'un enfant intersexué²⁰³.

86. Intégrité physique. Par ailleurs, la doctrine française conçoit la notion du corps humain de manière restrictive : le corps est identifié à la personne. En ce sens, la protection du corps humain, et notamment le droit à l'intégrité physique, vise *in fine* à protéger la personne et non seulement le corps humain appréhendé comme une chose, comme « *un instrument au service de la personne* »²⁰⁴. Ainsi, le dispositif juridique vise à « *défendre certaines valeurs sociales jugées plus essentielles pour la collectivité que l'individualité des désirs personnels* »²⁰⁵.

87. Dès lors, le « *paternalisme est généralisé* »²⁰⁶ : les personnes trans doivent demander la permission au juge afin de modifier leur sexe à l'état civil, et le corps médical comme l'ordre juridique imposent aux personnes intersexes la binarité sexuée, qui s'affirme matériellement par les opérations d'assignation sexuée.

2. Un pouvoir des autorités médico-légales exercé sur les corps intersexués.

a. Le choix du sexe réservé aux praticiens.

88. Lorsque les connaissances médicales ne permettaient pas la réalisation des opérations de conformation sexuée, il était permis aux individus dont le sexe était incertain de faire le choix de leur identité féminine ou masculine. Or, selon la pratique actuelle, « *on préfère aujourd'hui confier à des experts le soin de dire quel doit être le sexe de l'individu* »²⁰⁷. Les

²⁰² BORRILLO Daniel, « L'intersexualité et l'état des personnes : le droit face à l'identité du genre », art cit, p. 8.

²⁰³ CA Versailles, 22 juin 2000, Juris-Data n° 134595 ; JCP G 2001.

²⁰⁴ AILINCAI Mihaela, « Corps, genre et droit : Propos introductifs », in *Revdh*, 17 novembre 2015, 18 p., §7.

²⁰⁵ *Ibid.*, §8.

²⁰⁶ BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps, op. cit.*, p. 8.

²⁰⁷ REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1888.

médecins semblent donc les mieux à même de déterminer le sexe d'un individu, à partir de constatations purement biologiques : le psychisme n'entre pas en compte. À ce titre, certains professionnels estiment que les opérations d'assignation sexuée pratiquées sur les personnes trans relèvent du « délire », puisque cela revient à faire croire à la personne qu'elle peut réellement « faire partie de l'autre sexe », qui, par hypothèse, ne correspond pas à son « vrai sexe » d'origine décelé par le corps médical²⁰⁸. Il est ainsi possible de voir « la construction du sexe comme une opération politique : le pouvoir de catégoriser est un pouvoir sur les corps »²⁰⁹.

b. Une difficulté générale à accepter les corps « hors-norme ».

89. En faisant référence au concept de biopouvoir développé par Foucault, A. Fausto-Sterling considère que « les connaissances acquises en biochimie, en embryologie, en endocrinologie, en psychologie, et en chirurgie ont permis aux médecins de contrôler le sexe même de l'être humain »²¹⁰. En effet, l'accumulation de ce savoir permet de rapprocher les corps intersexes des normes corporelles normalement attendues.

90. **Minorités corporelles.** Il est possible de noter une tendance générale à stigmatiser les corps en dehors de la norme. Comme le souligne B. Moron-Puech, un exemple relativement proche de la situation des personnes intersexes est celui des personnes sourdes. Effectivement, une « politique d'implantation forcée et généralisée des enfants sourds » est appliquée²¹¹, ce qui pose des problématiques similaires en matière du droit au respect de l'intégrité physique. Encore une fois, une atteinte à l'intégrité physique est portée au nom de la conformation à une norme physique.

Ainsi, comme le formule J-P. Branlard, « l'apparition en plein jour de ces minorités sexuelles « périphériques » est-elle le signe d'un relâchement de la règle, ou un souci plus grand de leur contrôle ? »²¹². Serait-ce envisageable d'adopter une approche dépathologisée de l'intersexuation afin de favoriser la liberté de choix des personnes intersexes ?

²⁰⁸ WACHSMANN P. et MARIENBURG-WACHSMANN A, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », art cit, p. 1169.

²⁰⁹ FASSIN Eric, « Postface: le vrai genre », art cit, p. 237.

²¹⁰ FAUSTO-STERLING Anne, *Les cinq sexes*, op. cit., p. 60.

²¹¹ MORON-PUECH Benjamin, *Les politiques publiques relatives aux minorités corporelles à l'épreuve des droits humains fondamentaux*, CNRS, 2017, p.6.

²¹² BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes*, op. cit., p. 414.

B. De la pathologisation à la démedicalisation.

91. Les évolutions récentes en matière de transsexualisme ont permis une certaine démedicalisation de la procédure de changement de sexe (1) : ce schéma est-il envisageable pour les personnes intersexes ? (2).

1. Le contrôle persistant du législateur de la question trans.

a. Une démedicalisation progressive.

92. Il y a peu, les personnes trans devaient encore passer par un protocole médical et chirurgical lourd afin de voir leur sexe reconnu par les autorités législatives. Ce n'est plus le cas aujourd'hui : les personnes trans n'ont désormais plus besoin de prouver le caractère irréversible de leur transition afin de demander la modification de la mention du sexe à leur état civil. Aussi, la « transsexualité » ne fait désormais plus partie des maladies psychiatriques : le décret du 8 février 2010 retire les « *troubles précoces de l'identité de genre* » de la liste des « *affections psychiatriques de longue durée* ».

93. Toutefois, la pathologisation des personnes trans est encore bien présente, ces dernières étant atteintes d'un syndrome de « dysphorie du genre » aux yeux du corps médical, inscrit au sein des « *affections longue durée hors liste* »²¹³. Ainsi, même si le décret a permis de dépsychiatriser la transsexualité, « *il n'a nullement remis en cause la pathologisation de la dysphorie de genre* »²¹⁴. Cela contribue, selon la CNCDH, à la stigmatisation des personnes trans et « *à l'incompréhension de ce qu'est la réalité de la transidentité* »²¹⁵. De plus, à la pathologisation s'ajoute la judiciarisation du « transsexualisme ».

b. Une judiciarisation constante.

94. **Loi 2016.** La loi dite de « modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle » a permis une évolution en matière de changement de sexe à l'état civil²¹⁶. Ainsi, l'article 61-6 du Code civil

²¹³ Ces affections constituent « *une forme évolutive ou invalidante d'une affection grave, nécessitant des soins prolongés* ». L'inscription de la dysphorie de genre sur cette liste permet notamment aux personnes trans de bénéficier d'un remboursement complet des traitements, dans la limite du tarif de remboursement de la Sécurité sociale.

²¹⁴ MORON-PUECH Benjamin, *Propositions de modification du commentaire de l'Ordre national des médecins sur l'article 41 du code de déontologie médicale*, Paris, s.n., 2018, p.9.

²¹⁵ CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, 2013, p.7. : la CNCDH s'est ainsi prononcée en faveur du retrait de la condition d'établissement d'un « syndrome de dysphorie de genre » dans la procédure de changement de sexe à l'état civil.

²¹⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

précise qu'en matière de changement de la mention du sexe à l'état civil, « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, opérations chirurgicales ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ». La demande des personnes trans a été démedicalisée, puisqu'elles n'ont plus besoin de prouver le caractère irréversible de leur changement de sexe, et donc de subir une opération d'assignation sexuée. Toutefois, la démedicalisation n'a pas conduit à la déjudiciarisation : l'intervention du juge reste nécessaire, afin de constater « *une réunion suffisante de faits* » prouvant que la mention relative au sexe d'une personne à l'état civil « *ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue* ». La saisine du TGI est toujours indispensable : il n'y a donc pas eu de déjudiciarisation de la procédure de changement de sexe à l'état civil²¹⁷.

95. **Éléments de droit comparé.** Cette hypothèse est déjà appliquée dans certains pays. Ainsi, contrairement à la législation française, la loi argentine prévoit une procédure de changement de sexe à l'état civil par une simple déclaration devant l'officier d'état civil²¹⁸.

2. Vers une dépathologisation de l'intersexuation ?

a. Le maintien contesté du caractère pathologique.

96. **Caractère évolutif.** Le caractère pathologique d'un état n'est pas figé : à titre d'exemple, l'homosexualité a été supprimée de la liste des maladies mentales par l'OMS en 1990²¹⁹. Le déplacement de la frontière « *entre le normal et le pathologique* »²²⁰ peut donc pertinemment être questionné, tout comme la notion de « *médicalisation sans pathologisation* »²²¹.

97. **Maintenir le caractère pathologique ?** La qualification pathologique des variations du développement sexuel doit-elle être maintenue ? Lorsque la variation du développement génital d'une personne intersexe provoque un sentiment de souffrance, cela lui permettrait de continuer à bénéficier d'un remboursement des soins, en tant qu'acte à visée thérapeutique. C'est la position adoptée par le Conseil d'Etat²²², bien que cette approche laisse perdurer le

²¹⁷ CNCDH, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, op. cit., p. 9. : la CNCDH recommande l'adoption d'une « déjudiciarisation partielle » de la procédure de changement de sexe à l'état civil, ce qui revient à exiger une déclaration auprès d'un officier d'état civil, qui sera contrôlée et validée par un juge du siège grâce à une procédure d'homologation.

²¹⁸ Loi n°26743 du 23 mai 2012, voir *Ibid*.

²¹⁹ BORRILLO Daniel, « La réception des revendications LGBT et des droits LGBT: un regard critique », Université d'Angers, 2017, p.2.

²²⁰ CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1979, 224 p.

²²¹ BUJON Thomas et DOURLENS Christine, « Entre médicalisation et dépathologisation », art cit, p. 36.

²²² Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 135.

caractère stigmatisant de l'intersexuation. Dans le cas contraire, les actes seraient qualifiés de chirurgie esthétique. Toutefois, une dépathologisation ne pourrait-elle pas être une difficulté pour les personnes intersexes qui souhaitent volontairement changer d'apparence pour se voir assigner un sexe féminin ou masculin ? Ce questionnement apparaît notamment au niveau de la prise en charge des interventions chirurgicales : en effet, seuls les actes figurants sur la liste de la Classification commune des actes médicaux (CCAM) sont remboursés²²³. Des solutions sont toutefois envisageables.

b. La possibilité d'écarter la qualification pathologique.

98. Il existe une différence primordiale entre dépathologisation et démedicalisation²²⁴ : comme le mentionne E. Macé à propos des personnes trans, la dépathologisation ne conduit pas nécessairement à un déremboursement des traitements médicaux. Ces derniers peuvent bénéficier du statut d'actes à visée thérapeutique du fait de « *difficultés à maîtriser son architecture corporelle* », permettant ainsi à la personne d'atteindre un bien-être « *constitutif d'une bonne santé mentale et physique* »²²⁵. Pour preuve, la CCAM contient des actes qui ne sont pas issus d'une pathologie, mais bénéficient pourtant d'un remboursement²²⁶.
99. **Droit comparé.** Ainsi, en Argentine, la loi du 23 mai 2012 a permis une totale « *démedicalisation* » de la dysphorie de genre²²⁷. Si l'individu le souhaite, il peut recourir à des traitements chirurgicaux ou encore hormonaux afin de modifier son apparence physique : la transsexualité « *disparait du savoir médical* »²²⁸.
100. **Bilan de la Section 2.** Tant les personnes intersexes que les personnes trans n'ont pas de poids dans la liberté de choisir leur sexe face à la subordination de cette procédure aux autorités médico-légales. La pathologisation de ces identités et de leurs corps permet au législateur de maintenir son contrôle quant au choix du sexe des individus.

²²³ Article L162-1-7 du Code de la sécurité sociale : à l'heure actuelle, la CCAM prévoit divers actes ayant pour but une « correction des ambiguïtés sexuelles » (« 8.7.1. Correction des ambiguïtés sexuelles »).

²²⁴ MACE Éric, « Les conséquences de la dépathologisation des identifications de genre trans' », in *L'information psychiatrique*, n° 4, Volume 87, 2011, p. 291-293.

²²⁵ *Ibid.*, p. 293. : à ce titre, l'OMS adopte une définition large de la santé, s'agissant d'un « *état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* ». (Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, New York, 19 juin -22 juillet 1946).

²²⁶ Par exemple, les actes médicaux visant à corriger une oreille décollée en cas de « *gêne sociale importante* » (CAMA008 – Plastie unilatérale d'oreille décollée).

²²⁷ Loi n°26743 du 23 mai 2012 sur le droit à l'identité de genre.

²²⁸ BORRILLO Daniel, « L'intersexualité et l'état des personnes : le droit face à l'identité du genre », art cit, p. 8.

101. Bilan du Chapitre 1. Cette pathologisation de l'intersexuation permet de justifier l'atteinte à leur intégrité physique en cas d'opération de conformation sexuée : la nécessité médicale d'une telle intervention est admise, puisqu'en conformant les organes génitaux des personnes intersexes à la binarité sexuée, la médecine répond à une pathologie. Cela relève d'une certaine évidence pour le législateur, qui n'a jamais questionné la conformité de ces actes à l'article 16-3 du Code civil : il s'agit donc d'un encadrement *de facto*, dans la mesure où ni le législateur ni le juge n'a jamais affirmé explicitement la licéité des opérations²²⁹.

²²⁹ MATTIUSI Julie, *L'apparence de la personne physique : pour la reconnaissance de la liberté*, op. cit., p. 211.

Chapitre 2 : Opérer les enfants intersexes : un consentement aux traitements de conformation sexuée imposé par un impératif social.

102. Le second alinéa de l'article 16-3 du Code civil précise que « *le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». La rédaction de ce principe au sein du Code civil n'est que la confirmation d'une jurisprudence constante, selon laquelle l'atteinte au corps humain n'est possible qu'avec l'assentiment de l'individu, sauf en cas d'urgence médicale²³⁰. Une exception législative est donc reconnue à ce principe, puisque l'exigence du recueil du consentement du patient pourra être écartée lorsque son état rend nécessaire une intervention thérapeutique. L'article 36 du Code de déontologie médicale, repris par l'article R4127-36 du CSP, affirme en ce sens que « *le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* ».

Nous nous situerons donc uniquement dans le cas où la personne intersexe est mineure : en effet, si un individu majeur décide lui-même de subir une opération de conformation sexuée, celle-ci sera justifiée, comme nous venons de le voir, par une nécessité thérapeutique du fait de la pathologisation de l'intersexuation par le corps médical²³¹.

103. Il convient ici de rappeler que le consentement à l'acte médical est une condition cumulative, avec celle de la nécessité médicale pour la personne, à la formation d'une exception au principe du respect de l'intégrité physique de la personne : le consentement ne suffit pas à lui seul à rendre licite un acte médical²³².

104. Plan. Les interventions chirurgicales sont en très grande majorité pratiquées sur des enfants intersexes : le consentement à l'opération est donc subordonné à celui de leurs parents. Pourtant, l'intersexuation ne rend pas nécessaire une intervention sans le consentement de la personne concernée (Section 1), ce qui rend possible la mise en œuvre des mécanismes de responsabilité envers les médecins : l'acte n'est plus médical, mais constitue une atteinte à leur intégrité physique (Section 2).

²³⁰ PRIEUR Stéphane, *La disposition par l'individu de son corps*, op. cit., p. 103.

²³¹ A condition que le consentement à l'opération soit de nature libre et éclairé, voir infra n°111.

²³² Ainsi, dans l'affaire des « stérilisés de Bordeaux », les juges estiment que « *les prévenus ne pouvaient invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pu donner le droit de violer sur leurs personnes les règles régissant l'ordre public* » (à propos d'une personne ayant stérilisé des individus qui s'étaient volontairement soumis à cette opération, voir Cass. crim., 1^{er} juill. 1937, Bull. crim., 1937, n°139, p. 257, cité par CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., p. 127.)

Section 1 : Des interventions médicales à l'encontre de la volonté individuelle en l'absence de consentement d'une personne intersexe.

105. Dans son rapport publié en 2013, le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants prenait appui sur les Principes de Jogjakarta²³³ pour rappeler l'importance de « *sauvegarder le consentement éclairé des minorités sexuelles* » du fait de leurs besoins spécifiques, et notamment celui des personnes intersexes²³⁴.

106. Plan. Pourtant, à l'heure actuelle, le consentement des enfants intersexes n'est nullement pris en compte : les actes de conformation sexuée sont réalisés dès leur naissance, et les interventions sont donc soumises au consentement de leurs parents (§1). En effet, le corps médical considère qu'un nouveau-né intersexe doit nécessairement être opéré au plus vite afin de voir son corps conformé aux normes des sexes féminin ou masculin (§2).

§1. Des actes soumis au consentement des parents de l'enfant intersexe.

107. Le consentement est une condition indispensable à tout acte médical. Toutefois, le législateur prévoit des exceptions pour les cas où l'individu n'est pas en mesure de consentir lui-même à une intervention sur sa personne (A). Appliqué aux opérations de conformation sexuée, cela revient à solliciter le consentement des titulaires de l'autorité parentale, sans tenir aucunement compte de celui-ci de l'enfant intersexe (B).

A. Consentir à l'acte médical : une exigence difficilement dérogeable.

108. Le droit positif consacre largement la nécessité de recueillir le consentement du patient avant la réalisation de tout acte médical (1). Toutefois, le principe peut souffrir d'exceptions selon un cadre précis, délimité par le législateur (2).

1. La nécessité de recueillir le consentement de l'individu à un acte médical.

a. Un préalable indispensable à toute intervention médicale.

109. Origine du principe. Dans son célèbre arrêt « Mercier » du 20 mai 1936, la Cour de cassation qualifie de contractuelle la relation qui lie le médecin et son patient²³⁵. Cette

²³³ Les Principes de Yogyakarta, adoptés en 2007, regroupent les normes fondamentales du droit international et européen des droits humains appliqués en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Ils n'ont pour l'instant pas de valeur contraignante pour les Etats.

²³⁴ Conseil des droits de l'Homme, MENDEZ Juan E., *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 2013, p.9.

²³⁵ Cass. civ., 20 mai 1936, Mercier, D., 1936, 1, p. 88. : « *attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat [...]* ».

qualification « *place la notion de consentement au centre de la relation médicale* »²³⁶. En conséquence, la relation médicale est soumise à un régime contractuel de droit civil, et se forme à partir du moment où les parties ont échangé leurs consentements²³⁷.

110. Evolution. Au-delà de cette qualification contractuelle²³⁸, la notion de consentement tire son fondement d'un principe supérieur : celui du respect de la personne humaine²³⁹. Ainsi, dans un arrêt du 28 janvier 1942, la chambre des requêtes de la Cour de cassation affirme l'obligation du chirurgien d'obtenir le consentement du patient avant une intervention, obligation qui s'impose au nom du « *respect de la personne humaine* »²⁴⁰.

L'importance de la place accordée au consentement du patient dans la relation qui le lie avec son médecin est précisément due à la nature déséquilibrée de cette relation : les rapports de forces entre un professionnel de santé et son patient ne sont pas égaux, puisque le premier s'appuie sur un savoir scientifique afin de proposer une réponse médicale au second, qui se trouve alors « *dans une situation de dépendance face au professionnel* »²⁴¹. Le rôle du législateur est donc de s'assurer qu'un certain équilibre soit maintenu, en garantissant la délivrance d'une information compréhensible et neutre par le professionnel de santé, permettant d'assurer le consentement libre et éclairé de la personne à l'intervention médicale.

b. Un consentement libre et éclairé.

111. Même si le second alinéa de l'article 16-3 du Code civil ne fait pas directement référence au caractère libre et éclairé du consentement, cette notion s'est progressivement imposée en droit²⁴². À ce titre, l'article L.1111-4 du Code de la santé publique précise qu'aucun acte médical « *ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ».

²³⁶ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi?*, op. cit., p. 156.

²³⁷ BYK Christian, « Médecine et droit : Le devoir de conscience », in *Revue générale de droit*, n° 3, vol. 27, 1996, p. 323.

²³⁸ Qualification qui n'est d'ailleurs pas toujours retenue par la jurisprudence.

²³⁹ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi?*, op. cit., p. 156.

²⁴⁰ Cour de cass., ch. req., Teyssier, 28 janvier 1942, DC 1942. 63 ; Gaz. Pal. 1942. 1. 177.

²⁴¹ GRÜNDLER Tatiana, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude », art cit, p. 492.

²⁴² COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., §401 : l'auteur souligne d'ailleurs que jusqu'au début du XX^{ème} siècle, le consentement du patient à l'acte n'était pas un principe cardinal de la médecine ; au contraire, il était admis qu'il était parfois nécessaire de « *cacher la plupart des choses au patient [...] sans dire un mot de son état présent ou futur* » (§405).

112. Un consentement libre. Le consentement d'un individu à un acte médical se doit d'être libre : celui-ci doit être capable de consentir à une décision médicale sans subir de pressions de la part d'autrui. Il doit être en mesure de faire un choix selon sa propre volonté.

113. Un consentement éclairé. Aussi, les professionnels de santé ont une obligation d'information envers leurs patients, inscrite dans la loi²⁴³. Ainsi, avant toute intervention médicale, les médecins doivent les informer des éventuels risques encourus, et des conséquences liées à l'acte²⁴⁴. Le consentement doit être réitéré à chaque intervention, puisqu'il s'agit d'un consentement spécial par rapport au consentement initial qui permet de former le contrat médical²⁴⁵.

2. Des exceptions au recueil du consentement prévues par le législateur.

a. La nécessité d'une intervention thérapeutique.

114. En cas de nécessité thérapeutique, le médecin pourra passer outre le consentement du patient. En revanche, le consentement de l'individu est indispensable si l'acte suppose une nécessité médicale : l'exception au principe vaut seulement en cas de nécessité thérapeutique. En effet, la rédaction du second alinéa de l'article 16-3 du Code civil se veut l'expression volontaire d'une distinction par le législateur entre nécessité médicale et nécessité thérapeutique. Ce dernier n'a pas modifié le terme de nécessité thérapeutique par celui de « médicale », comme il aurait pu le faire pour le premier alinéa lors de la réforme adoptée en 1999²⁴⁶. L'article L.1111-4 du Code de la santé publique précise également qu'aucune « *intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité* » lorsque la personne n'est pas en état d'exprimer sa volonté sans que ses proches aient été consultés.

b. L'incapacité à s'exprimer.

115. Minorité. Cette hypothèse concerne notamment les personnes mineures. Lorsque l'acte médical est pratiqué sur un mineur, le consentement à l'intervention est donné par les titulaires

²⁴³ L'article L.1111-2 du CSP précise ainsi que « *toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ».

²⁴⁴ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 140.

²⁴⁵ PRIEUR Stéphane, *La disposition par l'individu de son corps*, op. cit., p. 174.

²⁴⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions sur l'acte médical non thérapeutique », art cit, p. 402.

de l'autorité parentale jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant²⁴⁷. À ce titre, le législateur n'a fixé aucun âge minimal en dessous duquel l'enfant serait à même d'exprimer son consentement, « *laissant ainsi latitude au médecin pour apprécier s'il est apte ou non à exprimer sa volonté* »²⁴⁸.

116. Relativité. Toutefois, le Code de la santé publique prévoit la participation des mineurs à la décision de l'acte médical lorsqu'ils ont une capacité de discernement suffisante. Ainsi, les personnes mineures « *ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant* » en fonction de « *leur degré de maturité* »²⁴⁹. De plus, si l'enfant est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, son consentement « *doit être systématiquement recherché* »²⁵⁰.

117. Ainsi, selon ces dispositions législatives, le médecin peut se passer du consentement de la personne concernée lorsque son état rend nécessaire une intervention thérapeutique, et qu'il n'est pas à même d'y consentir. En adoptant une « *lecture statique* » de ces dispositions, à partir du moment où le mineur est encore un nourrisson, son état implique de rendre la volonté des parents pleinement substituée à celle de l'enfant²⁵¹. C'est le cas pour les opérations de conformation sexuée, puisqu'elles sont réalisées sur des nouveau-nés intersexes.

B. Un choix entre les mains des médecins et des titulaires de l'autorité parentale.

118. Comme nous l'avons vu précédemment, la pratique médicale tend à réaliser les traitements de conformation sexuée des personnes intersexes dès leur plus jeune âge. Du fait des rares cas où une opération de conformation sexuée est justifiée par une finalité thérapeutique, il convient ici d'examiner la seconde exception au consentement, à savoir le fait de ne pas être à même de consentir à la décision médicale. Cela revient donc à examiner l'exercice de l'autorité parentale (1) ainsi que la qualité du consentement des parents de l'enfant intersexe (2).

²⁴⁷ Le second alinéa de l'article 371-1 du Code civil précise que l'autorité parentale « *appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ».

²⁴⁸ WELSCH Sylvie, *Responsabilité du médecin*, 2e éd., Paris, Litec : Juris-Classeur, « Pratique professionnelle », 2003, 346 p, §88.

²⁴⁹ Alinéa 5 de l'article L1111-2 du Code de la santé publique.

²⁵⁰ Alinéa 7 de l'article L1111-4 du Code de la santé publique.

²⁵¹ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 139.

1. L'exercice de l'autorité parentale dans le cadre des opérations de conformation sexuée.

a. La notion d'autorité parentale.

119. L'autorité parentale est définie à l'article 371-1 du Code civil comme « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* » qui appartiennent aux parents, et ce jusqu'à la majorité de celui-ci. Ainsi, selon ce principe, tout acte médical réalisé sur un mineur devra être soumis au consentement des titulaires de l'autorité parentale, puisque ces derniers concourent en principe à améliorer son bien-être²⁵².

b. Les limites à l'exercice de l'autorité parentale.

120. Intérêt de l'enfant. L'autorité parentale n'est toutefois pas sans limites : si la décision des titulaires porte atteinte à l'intérêt de l'enfant, qu'ils sont censés protéger, le médecin pourra s'en départir en tant que « *défenseur de l'enfant* » lorsque son intérêt est mal préservé par ses parents²⁵³.

121. Actes usuels et actes graves. Selon le principe de coparentalité, lorsqu'une décision doit être prise par les titulaires de l'autorité parentale concernant un acte usuel, « *chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre* »²⁵⁴. A fortiori, les actes non-usuels ou graves nécessitent le consentement des deux parents. Les opérations de conformation sexuée peuvent à ce titre être qualifiés d'actes graves. En effet, dans un arrêt du 26 janvier 1994 à propos d'une circoncision réalisée sur un enfant pour des motifs religieux, la Cour de cassation avait affirmé que le père devait obtenir le consentement exprès de la mère²⁵⁵. De plus, l'Ordre des médecins précise que ne sont pas usuels des actes médicaux qui impliquent « *un traitement nécessitant une hospitalisation prolongée* » ou encore « *le recours à un traitement lourd* »²⁵⁶. Une

²⁵² Le second alinéa de l'article R1112-35 du CSP précise en ce sens que « *dans le cas où les père, mère ou tuteur légal sont en mesure de donner une autorisation écrite à bref délai, celle-ci leur est demandée aussitôt qu'une intervention chirurgicale se révèle nécessaire* ».

²⁵³ Article R4127-43 du Code de la santé publique : « *le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage* ».

²⁵⁴ Article 372-2 du Code civil : « *A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* ».

²⁵⁵ En revanche, une circoncision, si elle répond à une nécessité médicale, sera qualifiée d'acte usuel (voir l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 1^{er} janvier 2016 à propos d'une posthécomie, n°15/08970 et FERCOT Céline, *Circoncision pour motifs religieux : le prépuce de la discorde*, <https://revdh.files.wordpress.com/2012/07/lettre-adl-du-credof-13-juillet-2012.pdf>, 13 juillet 2012, consulté le 6 mai 2019.) : ce n'est en l'occurrence pas le cas des opérations de conformation sexuée réalisée sur un nouveau-né, sauf en cas d'urgence pour son pronostic vital.

²⁵⁶ Voir les commentaires sous l'article 42 du Code de déontologie médicale, disponible : <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/devoirs-patients-art-32-55/article-42-soins-mineurs-majeurs-protoges>

« *relation tripartite* » s’instaure donc entre l’enfant intersexe, le médecin, et les titulaires de l’autorité parentale²⁵⁷.

2. La qualité du consentement des titulaires de l’autorité parentale.

a. Les difficultés à qualifier le consentement de libre.

122. La nature du consentement libre des parents aux opérations de conformation sexuée de leur enfant peut être remise en question.

Urgence médicale. Les médecins présentent majoritairement l’intersexuation du nouveau-né comme une situation d’urgence, une maladie qu’il convient de prendre en charge au plus vite²⁵⁸. Dans l’arrêt du 22 juin 2000²⁵⁹, les juges de la Cour d’appel de Versailles semblent mettre en avant l’influence du milieu médical sur la décision des parents en ce qui concerne leur consentement aux différents traitements. En l’espèce, ils soulignent que la féminisation de leur enfant s’est faite suite à une démarche « *médicalement constatée et conseillée* », et que les parents étaient « *entourés médicalement* » pour prendre cette décision qui était « *plus imposée que choisie* » par eux. Les parents sont-ils les seuls à décider de recourir à l’opération ? Dans son enquête, J. Picquart évoque que « *le milieu médical se montre assez directif* » avec les parents²⁶⁰. Ainsi, s’il existe une urgence à traiter l’intersexuation, elle n’est certainement pas médicale mais sociale²⁶¹, ou encore administrative²⁶².

123. Urgence administrative. Une contrainte est-elle également imposée aux titulaires de l’autorité parentale du fait de la procédure de déclaration de la naissance ? En effet, le sexe de l’enfant doit être indiqué dans les cinq jours suivant sa naissance sur l’acte d’état civil. L’urgence médicale devient alors une urgence morale pour les parents²⁶³ : celle de décider du sexe de leur enfant.

b. Le défaut d’un consentement éclairé.

124. La difficulté se trouve surtout dans le caractère éclairé du consentement des parents à une opération de conformation sexuée.

²⁵⁷ Conseil d’Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 137.

²⁵⁸ CATTOT Marie-Xavière, « L’intersexualité à la naissance, le regard du droit », art cit, p. 10.

²⁵⁹ CA Versailles, 22 juin 2000, JCP G, II, 10595, obs. P. GUEZ.

²⁶⁰ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 147.

²⁶¹ É. Macé, « Les conséquences de la dépathologisation des identifications de genre trans’ », art cit, p. 293.

²⁶² FONTANA-CONTENT Justine, *Binarité sexuée et états d’intersexuation : de l’opportunité du maintien de la mention du sexe à l’état civil*, op. cit., p. 205.

²⁶³ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 147.

125. Neutralité. La neutralité de l'information délivrée par les médecins paraît difficilement admissible²⁶⁴. Cela pose des difficultés notamment en ce que les parents risquent de ne pas être à même de faire la différence entre d'un côté, des traitements indispensables à la préservation de l'état de santé de leur enfant, et de l'autre, des interventions poursuivant uniquement un but esthétique, à savoir une normalisation de ses organes génitaux²⁶⁵. Aussi, le Conseil d'Etat met en avant le fait que le manque d'étude et de connaissances au sujet des personnes intersexes ne permet pas au personnel médical de communiquer les conséquences à long terme des opérations d'assignation sexuée²⁶⁶. Les parents manquent d'une information complète afin d'appréhender l'intersexuation de leur enfant.

126. Influence. Ainsi, certaines études ont pu montrer que la manière dont les parents étaient accompagnés par le corps médical influençait fortement leur prise de décision²⁶⁷. Selon une présentation de l'intersexuation sous un angle médicalisé ou non, le choix de recourir à un traitement chirurgical peut varier considérablement²⁶⁸. Le professeur Meyrat parle ainsi d'une « *pression* » exercée par les professionnels de santé sur les parents²⁶⁹.

§2. La nécessité de réaliser des actes de conformation sexuée pour les personnes intersexes.

127. Le second alinéa de l'article 16-3 du Code civil précise que le consentement de l'individu à l'acte médical n'est pas impératif si « *son état rend nécessaire une intervention thérapeutique* ». L'acte médical doit donc être nécessaire à la poursuite d'un objectif thérapeutique en cas de défaut de consentement du patient²⁷⁰.

²⁶⁴ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., §451.

²⁶⁵ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 136.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 141.

²⁶⁷ WINCKLER Martin, *Le chœur des femmes*, Paris, Gallimard, « Folio », 2017, 688 p, p.358. : dans son roman, l'écrivain et médecin montre bien cette difficulté. Les propos suivants sont ceux d'une interne dans un service de gynécologie, après avoir discuté avec les parents d'un enfant intersexe : « *Cependant, ça m'avait fait réfléchir sur l'influence et le pouvoir démesurés que je pouvais, en tant que chirurgien, exercer auprès des parents désemparés – en les poussant à accepter une intervention en urgence ou, au contraire, en les rassurant, en leur assurant qu'ils pouvaient attendre* ».

²⁶⁸ STREULI Jürg C., VAYENA Effy et CAVICCHIA-BALMER Yvonne, « Shaping Parents: Impact of Contrasting Professional Counseling on Parents' Decision Making for Children with Disorders of Sex Development », in *The Journal of Sexual Medicine*, n° 8, vol. 10, août 2013, p. 1953-1960. : selon les résultats de cette étude, 66% des parents ayant reçu une information « médicalisée » de la part d'un endocrinologue ont opté pour une chirurgie, contre seulement 23% de ceux présents dans le groupe où une information « démedicalisée » était délivrée par un psychologue.

²⁶⁹ Groupes d'études Discriminations et LGBTQI-phobies dans le monde et Droits de l'enfant et protection de la jeunesse, *Table ronde portant sur les mutilations subies par les personnes intersexuées à leur naissance*, Assemblée nationale, 22 janvier 2019.

²⁷⁰ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 244.

128. Ainsi, la notion de nécessité mérite ici toute notre attention : le législateur suggère que le corps médical pourra passer outre le consentement de l'individu à l'acte médical seulement si celui-ci est indispensable au maintien de son état de santé. En ce qui concerne les opérations de conformation sexuée, elles s'avèrent disproportionnées (A) et ne répondent pas à l'exigence d'une finalité thérapeutique (B).

A. Des traitements disproportionnés quant à la finalité médicale poursuivie.

129. La notion de nécessité médicale imposée aux actes médicaux s'évalue selon la « *mise en balance entre les bénéfices attendus et les risques encourus* »²⁷¹. Il y a donc une mise en balance entre deux intérêts distincts²⁷² : d'un côté, préserver l'intégrité physique de la personne, et de l'autre, porter impérativement atteinte à celle-ci. Cela renvoie à l'idée d'une proportionnalité de l'acte quant au but poursuivi²⁷³.

130. Il nous faut donc déterminer si les opérations d'assignation sexuée sont indispensables (1), et si les moyens mis en œuvre respectent le principe de proportionnalité quant au but poursuivi par ces interventions (2).

1. Des traitements dispensables à la préservation de la santé.

a. Nécessité médicale et état de nécessité.

131. **Raison proportionnée.** La situation d'urgence médicale peut être appréhendée comme celle où des actes médicaux sont indispensables à la survie du patient, son pronostic vital étant en jeu²⁷⁴. Le principe de proportion exige qu'une intervention médicale soit effectuée seulement si le bénéfice attendu est supérieur au risque encouru²⁷⁵. Ce principe est notamment rappelé par l'article L.1110-5 du CSP, en vertu duquel « *les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins* » ne doivent pas « *faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté* » à la personne.

132. **Précisions.** Dès lors, plus l'atteinte à l'intégrité physique portée par l'acte médical sera importante, « *plus les avantages liés à l'accomplissement d'un tel acte ou les risques associés*

²⁷¹ BRUNET Laurence, « Ordre social contre ordre « naturel » », art cit, p. 261.

²⁷² COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 244.

²⁷³ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 136.

²⁷⁴ PRIEUR Stéphane, *La disposition par l'individu de son corps*, op. cit., p. 107.

²⁷⁵ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., §132. ; GRÜNDLER Tatiana, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude », art cit, p. 486 ; Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 136.

à l'inaction devront s'avérer importants »²⁷⁶. En ce sens, l'Ordre des médecins précise à propos de l'article 41 du Code de déontologie médicale²⁷⁷ que « l'amputation d'un membre, l'ablation d'un organe, sont lourde de conséquences puisqu'irréversibles », et qu'un médecin doit y recourir seulement en cas de nécessité « parce que les lésions l'imposent » et « qu'agir autrement serait périlleux »²⁷⁸.

b. Assigner un sexe féminin ou masculin : l'absence d'urgence thérapeutique.

133. Urgence psychologique. Comme l'affirmait la théorie développée par J. Money²⁷⁹, les opérations de conformation sexuée actuellement pratiquées seraient indispensables afin que l'enfant puisse grandir en s'identifiant en tant que fille ou garçon²⁸⁰. À ce titre, des chirurgiens et professionnels de santé ont récemment affirmé dans une tribune que la chirurgie précoce des enfants intersexes est nécessaire afin de leur permettre de « s'identifier fille ou garçon » et de se construire une identité sexuelle²⁸¹.

134. Neutralité. D'autant plus que pour certains praticiens, il n'est pas concevable d'éduquer un enfant sans qu'il ne puisse s'identifier à l'un ou l'autre sexe²⁸². Ainsi, selon la professeure C. Nihoule-Fékete, dans la mesure où « nous ne savons pas quelles conséquences peut entraîner cet élevage neutre »²⁸³, il paraît plus sage d'attribuer chirurgicalement un sexe à un enfant de manière réfléchie, auquel il pourra s'identifier. Ce refus peut aussi venir des parents eux-mêmes²⁸⁴. Toutefois, choisir d'élever un enfant dans l'un ou l'autre sexe n'implique pas

²⁷⁶ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 136.

²⁷⁷ Article 41 : « Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement » (repris par l'article R.4127-41 du Code de la santé publique).

²⁷⁸ Voir le commentaire de l'article 41 précité, disponible sur : <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/devoirs-patients-art-32-55/article-41-mutilation>.

²⁷⁹ Voir supra n° 25.

²⁸⁰ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 145.

²⁸¹ « L'absence systématique d'intervention chirurgicale précoce aurait de graves conséquences », in *Le Monde.fr*, 4 juill. 2019 p. https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/07/04/l-absence-systematique-d-intervention-chirurgicale-precoce-aurait-de-graves-consequences_5485156_3232.html

²⁸² LOHR Barbara, THULLIER Cécile et KLEINSCHMAGER Elsa, *France : n'être ni fille ni garçon*, ARTE, 2016. : voir par exemple les propos de la docteure S. MALIVOIR.

²⁸³ NIHOUL-FEKETE Claire, « Abord médico-chirurgical des désordres de la différenciation sexuelle » in *Regards croisés sur le genre*, MATEU Jacques, REYNIER Mathieu et VIALLA François (dir.), Bordeaux, Les Études hospitalières, 2010, p. 57-62.

²⁸⁴ Institut Emilie du Châtelet, Colloque international "Mon corps a-t-il un sexe? Détermination du sexe et contraintes du genre", *Communication de Claire Bouvattier*, Paris, 22 et 23 juin 2011 : lors de cette intervention, la pédiatre C. Bouvattier constate que « la neutralité est quelque chose qui est très difficile pour les parents ; à chaque fois que nous avons essayé la neutralité, on s'est retrouvés avec l'absence d'attachement des parents à l'enfant, ce qui me paraît quelque chose de dramatique » (12mn 38).

nécessairement d'avoir recours à un traitement chirurgical. À quel prix cet objectif est-il poursuivi ?

2. Des actes particulièrement graves.

a. Des techniques chirurgicales lourdes et répétées.

135. Actes lourds. Les opérations de conformation sexuée ne sont pas des actes usuels : la chambre sociale de la Cour de cassation le reconnaît elle-même en les qualifiant de « *chirurgie extrêmement lourde* »²⁸⁵. Lorsque les médecins décident d'assigner un enfant intersexe au sexe masculin, l'opération visant à agrandir la taille d'un micropénis « *est un traitement chirurgical difficile* » et pratiqué « *par de très rares équipes en France* »²⁸⁶. Si le choix se porte sur l'assignation du sexe féminin, une vaginoplastie pourra être réalisée afin de créer une cavité vaginale pénétrable. Avant d'atteindre cet objectif, il faut d'abord passer par l'introduction régulière d'un dilateur dans le néovagin durant l'enfance afin que l'ouverture soit maintenue comme telle. Les témoignages de personnes intersexes ayant reçu ce type de traitement relatent les traumatismes que peuvent provoquer ces dilatations répétées, souvent réalisées par la mère de l'enfant à l'aide d'une « bougie » lorsque l'intervention est pratiquée dès le plus jeune âge²⁸⁷, ou que l'enfant refuse d'obtempérer²⁸⁸. Il est à noter que ces opérations ont pour conséquence d'entraîner une insensibilité des zones génitales²⁸⁹.

136. Actes répétés. Certaines opérations vont devoir être pratiquées à plusieurs reprises dans le temps²⁹⁰. Ce fut par exemple le cas dans l'affaire traitée le 6 mars 2018 par la chambre criminelle de la Cour de cassation à propos d'une personne intersexe ayant subi une castration à la naissance, puis un agrandissement de la cavité vaginale et une réduction du clitoris à l'âge

²⁸⁵ Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-40.046, n°1609.

²⁸⁶ BOUVATTIER Claire et DURANTEAU Lise, *Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) Insensibilité aux androgènes*, Centre de référence du développement génital: du fœtus à l'adulte, 2017, p.15.

²⁸⁷ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2015, p.22.

²⁸⁸ EHRENREICH Nancy et BARR Mark, « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of “Cultural Practices” », in *Harvard Civil Rights*, vol. 40, 2005, p. 107 : les auteurs rapportent ici la description d'une vidéo éducative de l'ISNA, où une famille se rend dans un hôpital afin d'obtenir de l'aide pour procéder à une dilatation vaginale face au refus de leur enfant d'obtempérer. D'après la description des images, un médecin tente de dilater une fillette de neuf ans, bras et jambes écartées sur la table d'examen par les étudiants en médecine, tandis que huit à dix professionnels regardent la procédure.

²⁸⁹ GOGOS-GINTRAND Amélie, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », art cit, p. 924. ; Voir aussi les propos de ANSERMET François, chef du service de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent des Hôpitaux universitaires de Genève dans un article du journal *Le Monde* publié le 08.09.2009 par VINCENT Catherine, disponible à : https://www.lemonde.fr/vous/article/2009/08/08/ni-lui-ni-elle-alors-qui_1226800_3238.html.

²⁹⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 1952 (2013), le droit des enfants à l'intégrité physique », op. cit, §54.

de six ans²⁹¹. Aussi, certaines personnes intersexes témoignent d'interventions humiliantes « *comme le fait d'être exposées devant d'importants groupes de professionnels de la médecine et d'étudiants* »²⁹².

b. Des conséquences opératoires disproportionnées.

137. Risques post-opératoires. Le protocole de soin élaboré pour traiter les cas d'insensibilité partielle ou complète aux androgènes le reconnaît : « *les complications postopératoires des chirurgies génitales sont fréquentes* »²⁹³. Ces opérations provoquent des douleurs chroniques, un syndrome d'infertilité, ou encore la suppression du plaisir sexuel²⁹⁴.

138. Caractère irréversible. Le caractère irréversible des opérations a été pointé du doigt par le Comité des droits de l'enfant qui fait état de « *traitements qui ne sont pas nécessaires mais sont irréversibles* »²⁹⁵. Cette caractéristique des opérations de conformation sexuée semble d'autant plus problématique depuis l'abandon de la condition d'irréversibilité des opérations de changement de sexe pour les personnes trans : si une personne n'a pas besoin de prouver le caractère irréversible de son changement de sexe afin de demander à voir la mention de son sexe à l'état civil modifiée²⁹⁶, une personne intersexe ne devrait pas, dans la même logique, subir une opération irréversible afin de se voir assigner un sexe féminin ou masculin dès la naissance.

139. Traumatismes psychiques. Lorsqu'un enfant est opéré dans les mois qui suivent sa naissance pour être conformé au sexe féminin ou masculin, le choix du sexe est réalisé par le corps médical selon des critères arbitraires ou techniques qui ne peuvent prendre en compte son identité sexuée réelle et ressentie²⁹⁷. L'identité de genre est un paramètre que seul

²⁹¹ Cass. Crim, 6 mars 2018, n°17-81.777 ; MORON-PUECH Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes - Une nouvelle « mutilation juridique » par la Cour de cassation ? », in *Revue de l'association des juristes de Sciences Po*, n° 15, juin 2018, p. 73.

²⁹² Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 1952 (2013), le droit des enfants à l'intégrité physique », op. cit., §54.

²⁹³ BOUVATTIER Claire et DURANTEAU Lise, *Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) Insensibilité aux androgènes*, op. cit., p. 13. : à titre d'exemple, il est mentionné : « *résultats cosmétiques insatisfaisants, défaillances urétrales (fistule, déhiscence), difficultés mictionnelles (sténose, uréthrocele), difficultés sexuelles (la courbure persistante du pénis, les troubles de l'érection) chez le garçon, sténose vaginale chez la fille* ».

²⁹⁴ GOGOS-GINTRAND Amélie, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », art cit, p. 924.

²⁹⁵ Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5, p.10.

²⁹⁶ Voir le troisième alinéa de l'article 61-6 du Code civil, introduit par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

²⁹⁷ BRUNET Laurence, « Ordre social contre ordre « naturel » », art cit, p. 260 ; PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 102. : voir à ce titre le témoignage d'une endocrinologue pédiatre, qui considère que « *face à un désordre du développement sexuel, il y a parfois une totale incompréhension du phénomène* ». Selon elle, « *dans 20% des cas, il y a des interrogations* » et « *le choix du sexe d'élevage est compliqué* ».

l'individu peut exprimer, qui se développe et peut changer au cours de la vie. À ce titre, le Commissaire aux droits de l'Homme rappelle que « *le sexe avec lequel un enfant naît peut ne pas correspondre à l'identité de genre innée qu'il va cultiver en grandissant* »²⁹⁸.

Les conséquences que peut avoir ce choix aléatoire ont notamment été révélées par le cas de David Reimer²⁹⁹ : suite à une circoncision thérapeutique ayant gravement endommagé son pénis³⁰⁰, il fut pris en charge par J. Money, qui recommanda à ses parents de réassigner leur fils en fille. Il fut donc opéré et élevé dans ce sexe : David était devenu « Brenda ». Il présenta l'opération comme un succès, jusqu'au jour où David Reimer révéla les difficultés qu'il avait eu à vivre dans un corps qu'il ne sentait pas être le sien et avec une identité qu'on lui avait imposée. Il reprit une identité masculine pendant son adolescence et changea de sexe au cours de l'âge adulte³⁰¹. Une « erreur » quant au choix du sexe décidé par les médecins pourra, entre autres, causer des états de dépression³⁰².

140. Ainsi, les opérations de conformation sexuée sont disproportionnées quant au but poursuivi, à savoir l'assignation sexuée des enfants intersexes aux sexes féminin ou masculin. Elles ne sont pas moins nécessaires à la poursuite d'une finalité thérapeutique.

B. Des traitements dont la nécessité thérapeutique n'est pas justifiée.

141. La supposée nécessité thérapeutique des interventions soulève en réalité une nécessité d'ordre sociale (1), ce qui conduit à remettre en question le protocole médical actuellement en vigueur (2).

1. La correction de l'intersexuation : une nécessité en réalité « pour la société ».

a. Une volonté de prévenir l'intolérance sociale.

142. Lutter contre la stigmatisation ? Pour certains parents comme pour la majorité du corps médical, les interventions chirurgicales sont justifiées afin d'assurer l'insertion correcte

²⁹⁸ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre, op. cit.*, p. 3.

²⁹⁹ BEH Hazel Glenn et DIAMOND Milton, « An Emerging Ethical and Medical Dilemma: Should Physicians Perform Sex Assignment Surgery on Infants with Ambiguous Genitalia? », in *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. 7, 2000, 65 p, p. 5 : d'autres témoignages similaires ont pu être traduits dans la littérature médicale, comme le cas de deux jeunes hommes rapporté dans cet article ; PICQUART Julien, *Ni homme ni femme: enquête sur l'intersexuation*, Paris, La Musardine, « L'attrape-corps », 2009, 234 p, p.140.

³⁰⁰ REIGNE Philippe, « La notion juridique de sexe », art cit, p. 308.

³⁰¹ BEH Hazel Glenn et DIAMOND Milton, « An Emerging Ethical and Medical Dilemma: Should Physicians Perform Sex Assignment Surgery on Infants with Ambiguous Genitalia? », art cit, p. 11.

³⁰² EHRENREICH Nancy et BARR Mark, « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices" », art cit, p. 108.

des personnes intersexes dans la société³⁰³. C'est dans cet intérêt que la correction de leur intersexuation est envisagée : en leur attribuant un sexe, aussi bien physique qu'identitaire, on chercherait à leur éviter toute stigmatisation³⁰⁴, devant « *l'urgence sociale* » que représente la variation de leurs organes génitaux³⁰⁵. Si ce raisonnement est compréhensible, il manque toutefois de logique : est-ce vraiment à l'enfant discriminé de s'adapter aux intolérances qui l'entourent ? En reprenant le raisonnement appliqué aux personnes intersexes, un médecin devrait-il « *proposer aux parents d'un enfant noir de blanchir celui-ci pour lui éviter la souffrance du racisme* »³⁰⁶ ? Derrière cette réflexion volontairement provoquante, il s'agit de remettre en cause la manière dont les différences corporelles, qu'elles soient d'ailleurs visibles ou non³⁰⁷, sont tolérées par l'environnement sociétal.

143. Tolérer la différence. Admettre que l'intersexuation relève des actes médicaux à visée thérapeutique suppose que l'intersexuation « *puisse être une souffrance causée par la société et que cette souffrance puisse permettre un acte sur le corps de la personne* »³⁰⁸. Ne faudrait-il pas inverser la logique, et assurer une protection aux personnes en dehors des normes sociales en tant que minorité ? Conformer des corps à une norme sociale peut-il réellement être admis comme motif d'atteinte à l'intégrité physique au nom d'une pathologisation de ces différences corporelles ?³⁰⁹. Ainsi, « *le coût individuel d'une assignation [sexuée] vaut-il le bénéfice social, toujours incertain, du maintien de la binarité ?* » ; est-il possible de modifier un corps dans le seul but de « *ne pas perturber les juges ou les parents ?* »³¹⁰.

³⁰³ BRUNET Laurence, « Ordre social contre ordre « naturel » », art cit, p. 260 ; *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 133.

³⁰⁴ CARPENTER Morgan, « The “Normalisation” of Intersex Bodies and “Othering” of Intersex Identities », art cit, p. 447 ; *Avis du Défenseur des droits n°17-04*, op. cit., p. 7.

³⁰⁵ Committee on Genetics, « Evaluation of the Newborn With Developmental Anomalies of the External Genitalia », in *Pediatrics*, n° 1, vol. 106, 1 juillet 2000, p. 138.

³⁰⁶ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 191.

³⁰⁷ En effet, comme le rappelle l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, les différences corporelles des personnes intersexes « *ne sont pas toujours évidentes ou visibles* » (Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 1952 (2013), le droit des enfants à l'intégrité physique », art cit, §50).

³⁰⁸ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 295.

³⁰⁹ Ce questionnement est valable pour l'ensemble des personnes appartenant à des minorités corporelles, comme les personnes sourdes, c'est-à-dire « *les personnes présentant des variations corporelles rares tout à fait viables, mais perçues comme anormales par le groupe majoritaire* », voir à ce titre MORON-PUECH Benjamin, *Les politiques publiques relatives aux minorités corporelles à l'épreuve des droits humains fondamentaux*, op. cit.

³¹⁰ ALESSANDRIN Arnaud, « Jean-Yves Tamet (dir.) : Différenciation sexuelle et identité : clinique, art et littérature », in *Nouvelles Questions Feministes*, n° 1, Vol. 33, 20 octobre 2014, p. 121-124.

b. Une volonté de répondre à l'inquiétude des parents.

144. Une peur compréhensible. Il convient de reconnaître que la naissance d'un enfant intersexué peut être bouleversante pour les parents³¹¹, qui ne sont la plupart du temps pas préparés à une telle situation³¹². Les repères habituels sont perturbés, et il peut être difficile pour eux de débiter une relation affective avec leur enfant tant que son identification en tant que fille ou garçon n'est pas admise³¹³. Désemparés face au sexe « atypique » de leur enfant, les parents peuvent ainsi être à l'origine de la demande des opérations afin que « *la physionomie de leur enfant soit normalisée au plus vite* »³¹⁴.

145. Appui médical. Cette inquiétude semble favorisée par le milieu médical, qui la légitime au point d'en faire un motif valable de recours aux traitements médicaux. Pour les médecins, « *la situation des organes génitaux atypiques est très douloureuse pour les parents* »³¹⁵, et les traitements proposés sont utiles afin de répondre au désir des parents d'élever un enfant dans les meilleures conditions possibles³¹⁶. Dans son enquête sur l'intersexuation, J. Picquart parle à ce titre d'une « *urgence psychologique* »³¹⁷ : pour les parents, il paraît inconcevable d'élever un enfant qui ne soit pas fille ou garçon. Le sexe est perçu comme l'un des premiers critères permettant d'identifier un enfant à sa naissance, avec le prénom, qui lui aussi indique le sexe du nouveau-né. Ainsi, si ces préoccupations sont parfaitement intelligibles, elles semblent toutefois disproportionnées au vu des conséquences des interventions chirurgicales : la pratique médicale mérite d'être réévaluée afin de respecter les exigences légales du droit à l'intégrité physique.

³¹¹ BOUVATTIER Claire et DURANTEAU Lise, *Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) Insensibilité aux androgènes*, op. cit., p. 7. : le protocole de soin spécifique aux individus présentant une insensibilité partielle (IPA) ou complète (ICA) aux androgènes développé par la HAS précise par exemple que « *l'annonce du diagnostic doit être réalisée le plus souvent possible avec l'aide d'un psychiatre ou d'un psychologue habitué aux atypies des organes génitaux et à leurs conséquences* », et que « *toute situation de diagnostic prénatal entraîne chez les parents une situation extrêmement anxiogène* » (p.11).

³¹² SENAT Victoire et FERNANDEZ Hervé, *Détermination prénatale du sexe fœtal à partir du sang maternel*, Saint-Denis, HAS, 2009, p.11. : un diagnostic prénatal peut parfois être pratiqué et révéler une variation du développement sexuel de l'enfant à naître. Par exemple, la détermination prénatale du sexe du fœtus à partir du sang maternel peut cibler les « *risques de transmission d'hyperplasie congénitale des surrénales* », où un traitement par dexaméthasone sera proposé à la femme enceinte afin d'éviter la virilisation des organes génitaux extérieurs d'un fœtus identifié comme étant de sexe féminin.

³¹³ JACQUOT Mélanie, « Le médecin, les parents et l'enfant intersexe : enjeux et effets d'une rencontre intersubjective », art cit, p. 102.

³¹⁴ BRUNET Laurence, « Ordre social contre ordre « naturel » », art cit, p. 260.

³¹⁵ BOUVATTIER Claire et DURANTEAU Lise, *Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) Insensibilité aux androgènes*, op. cit., p. 20.

³¹⁶ « *To respond to the parents' desire to bring up a child in the best possible conditions* » : MOURIQUAND Pierre et al., « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue », art cit, p. 142.

³¹⁷ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme*, op. cit., p. 144.

2. Une remise en cause du protocole médical actuel.

a. Les difficultés à prouver l'efficacité des traitements.

146. Les résultats escomptés de telles opérations pour prévenir l'apparition d'un trouble psychique ne paraissent pas suffisamment convaincants pour admettre une nécessité médicale, leur efficacité n'étant pas démontrée³¹⁸. L'acte médical est une obligation de moyens : ne pas parvenir au résultat escompté ne le déqualifie pas pour autant. Toutefois, s'il est très peu probable que l'acte permette d'arriver au but poursuivi, *ie* définir l'identité sexuée de la personne intersexe, sa nécessité pourra être remise en cause³¹⁹. L'argument selon lequel les opérations poursuivent une finalité thérapeutique puisqu'elles permettent la construction identitaire de la personne intersexe ne peut être admis : comme le souligne le Conseil d'Etat, « dans la mesure où une incertitude demeure sur l'aptitude des actes envisagés à poursuivre un tel objet », ces derniers « ne répondent pas à une telle exigence »³²⁰.

b. L'existence d'alternatives aux actes chirurgicaux.

147. Alternatives à l'acte. Les alternatives éventuelles à l'acte projeté entrent également dans le calcul de la proportionnalité de l'acte³²¹. De plus, des méthodes alternatives, moins invasives qu'une chirurgie, pourraient être adaptées, telles que des traitements hormonaux, un suivi psychothérapeutique ou encore la participation à des groupes de parole³²².

148. Report des interventions. Comme le souligne le Conseil d'Etat, le caractère précoce des interventions ne semble pas pouvoir être justifié avec certitude³²³. Deux motifs sont en général admis par les médecins afin d'opérer les personnes intersexes dès leur enfance : d'une part, intervenir au plus tôt faciliterait les techniques chirurgicales, d'autre part, cela limiterait l'impact psychologique des opérations³²⁴. En ce qui concerne le premier motif, il est par exemple difficile de voir les bienfaits d'une vaginoplastie pratiquée sur un enfant intersexe.

³¹⁸ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, *op. cit.*, p. 38.

³¹⁹ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, *op. cit.*, §492.

³²⁰ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 139.

³²¹ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, *op. cit.*, p. 246.

³²² BRETON Xavier, *Compte rendu n°51*, *op. cit.*, p. 7 ; MORON-PUECH Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », *art cit.*, p. 207 ; Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 136.

³²³ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, *op. cit.*, p. 140.

³²⁴ MOURIQUAND Pierre et al., « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue », *art cit.*, p. 144.

Destinée à créer un vagin d'une profondeur conforme à la moyenne, une telle intervention semble inutile dans la mesure où, réalisée sur un patient plus âgé, les risques de complication sont moins importants³²⁵. Le deuxième motif avancé semble réfutable en prenant l'exemple du cas de David Reimer, élevé en tant que fille par ses parents dès les premiers mois qui ont suivi sa naissance suite à l'ablation de ses organes génitaux mâles. Les résultats escomptés par le docteur J. Money n'auront pas été concluants, puisque David Reimer refusa quelques années plus tard cette identité féminine imposée³²⁶. D'autres témoignages plus récents font état de ces mêmes difficultés rencontrées par certaines personnes intersexes ayant été opérées durant leur enfance, se traduisant par des « *séquelles postopératoires [qui] durent des décennies après les interventions, souvent à vie* »³²⁷.

- 149.** Ainsi, à l'aune de ces développements, les seuls cas de nécessité médicale qui peuvent être admis sont les suivants : lorsqu'il existe un danger pour le pronostic vital (présent ou à venir, si le traitement préventif est jugé efficace), en cas de chirurgie esthétique (si celle-ci est demandée par la personne intersexe et que le régime est respecté), et enfin en cas de nécessité thérapeutique si le mal-être est issu de l'intersexuation et directement prononcé par la personne, ou pour soigner une maladie (qui n'est pas l'intersexuation en elle-même).
- 150.** En dehors de ces hypothèses, la mise en œuvre des mécanismes de responsabilité semble possible : les traitements ne bénéficient pas de l'autorisation de la loi, puisque l'article 16-3 s'applique seulement aux actes médicaux. Or, on retrouve ici une absence de nécessité thérapeutique (l'enfant intersexe en l'absence de discernement ne peut exprimer un mal-être qui justifierait une finalité thérapeutique), et d'autre part de consentement (puisque'il n'est pas nécessaire de remplacer son consentement à celui de ses parents).

³²⁵ PICQUART Julien, *Ni homme ni femme, op. cit.*, p. 104.

³²⁶ Voir supra n°139.

³²⁷ GUILLOT Vincent. « Intersexes : ne pas avoir le droit de dire ce que l'on ne nous a pas dit que nous étions », in *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 27, no. 1, 2008, pp. 37-48.

Section 2 : Des actes contraires au droit au respect à l'intégrité physique

- 151.** Le régime juridique des actes médicaux s'apprécie comme une dérogation au principe du respect de l'intégrité physique par le jeu de l'article 16-3 du Code civil. Ces derniers doivent ainsi être, comme nous l'avons vu, nécessaires à la poursuite de la finalité médicale et réalisés selon le consentement du patient. Dans le cas contraire, l'acte ne sera pas qualifié de médical du fait de l'absence de fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi, et pourra entraîner la mise en œuvre du régime de responsabilité de son auteur.
- 152. Plan.** Puisqu'il n'est pas nécessaire d'opérer un enfant dès la naissance, il pourrait être admis d'attendre que celui-ci soit en capacité de consentir lui-même à l'opération (§1), au risque de pouvoir engager la responsabilité des médecins (§2).

§1. Laisser l'enfant participer à la décision.

- 153.** Une lecture plus dynamique des dispositions liées à l'exigence de consentement de la personne aux actes médicaux devrait pouvoir être privilégiée³²⁸ : selon cette conception, si un mineur est effectivement inapte à exprimer son consentement du fait d'un manque de discernement, il convient d'attendre que celui-ci soit à même de donner son avis.
- 154.** Dès lors, cela reviendrait à vouloir impliquer directement l'enfant dans les décisions relatives à sa santé (A), enfin de garantir son droit à faire des choix concernant son état de santé (B).

A. Impliquer le mineur dans les décisions concernant sa santé.

- 155.** Prendre en compte l'avis de l'enfant intersexe lui-même implique de reporter les interventions afin qu'il soit à même de s'exprimer (1) selon son degré de maturité (2).
1. La nécessité d'attendre le consentement de l'enfant : une hypothèse controversée.
- a. Attendre que l'enfant soit en âge de consentir.

- 156. Attendre le consentement de l'enfant.** Pourquoi ne pas envisager d'attendre que l'enfant soit en âge de consentir lui-même à une opération de conformation sexuée, puisqu'il

³²⁸ Par opposition à une lecture statique des dispositions légales envisagée précédemment, voir supra n°117 : Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 139.

n'apparaît pas nécessaire de le faire sans son accord ³²⁹. Dans ce cas, cela reviendrait à un acte médical réalisé selon une nécessité médicale, et plus précisément thérapeutique, du fait de la pathologisation de l'intersexuation (à condition que le consentement de l'enfant soit libre et éclairé)³³⁰. Ainsi, une des alternatives possibles au protocole actuel serait simplement de ne pas réaliser de chirurgie à la naissance d'un nouveau-né intersexe : certaines études ayant montré l'absence de difficulté pour un adulte de vivre avec une intersexuation³³¹, il ne paraît pas absurde d'envisager cette option.

157. Conséquences. Ainsi, en l'absence d'urgence médicale pour la santé du mineur, une intervention ne devrait pas pouvoir être pratiquée sans son consentement : il faudrait au contraire attendre que ce dernier soit à même de participer à la décision médicale qui le concerne lorsqu'elle risque de porter atteinte à son intégrité physique. En l'absence de toute urgence pour la santé d'un enfant intersexe, il devrait donc être recommandé d'attendre que celui-ci soit en mesure de consentir pleinement et librement à une opération de conformation sexuée, s'il l'estime nécessaire de son plein gré. D'ailleurs, l'Ordre des médecins précise lui-même qu'en cas d'amputation d'un membre ou de l'ablation d'un organe, le consentement du patient est indispensable « *encore plus que d'en d'autres circonstances* »³³².

b. Des positions divergentes entre le milieu juridique et médical.

158. Consensus juridique. Attendre le consentement de l'enfant à une intervention d'assignation sexuée semble être une hypothèse aujourd'hui largement partagée. Ainsi, des autorités juridiques (comme le Conseil d'Etat³³³ ou le Défenseur des droits³³⁴) mais aussi le milieu associatif ont fait part de leur position en faveur du report des opérations. De plus, cela aurait pour effet de faire respecter les engagements internationaux issus notamment de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : selon son article 3, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans toutes les décisions qui le concernent³³⁵.

³²⁹ C'est d'ailleurs une des propositions qui avait été envisagées à l'occasion de la révision des lois de bioéthique de 2019.

³³⁰ Voir supra n°111.

³³¹ CATTO Marie-Xavière, « L'intersexualité à la naissance, le regard du droit », art cit, p. 10.

³³² Voir le commentaire de l'article 41 du Code de déontologie : <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/devoirs-patients-art-32-55/article-41-mutilation>

³³³ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 140.

³³⁴ Défenseur des droits, *Avis n°17-04*, op. cit..

³³⁵ Assemblée générale de l'ONU, Convention internationale des droits de l'enfant, 20 novembre 1989, Art.3.

159. Opposition médicale. En revanche, une certaine réticence de la communauté médicale est palpable face à cette proposition. Un collectif composé de vingt-quatre professeurs de médecine et chirurgiens et d'une centaine de professionnels de la santé s'est ainsi opposé à la possibilité d'inscrire dans le texte de la loi la nécessité explicite d'attendre le consentement de l'enfant. Au sein d'une tribune, ils estiment ainsi que « *la précocité du geste chirurgical, dans les premiers mois après la naissance, donne de meilleurs résultats pour l'enfant* »³³⁶.

2. La prise en compte du degré de maturité de l'enfant.

a. Une attention accrue du législateur.

160. Désormais, le droit positif consacre l'obligation du personnel médical d'associer le mineur aux décisions qui le concernent. Depuis l'entrée en vigueur de la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé³³⁷, l'article 371-1 du Code civil dispose en son troisième alinéa que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* », en accord avec les dispositions du Code de la santé publique selon lequel les mineurs « *ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant* », et ce « *d'une manière adaptée à leur degré de maturité* »³³⁸. Aussi, le consentement du mineur « *doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* »³³⁹. Toutefois, établir le moment où un enfant est suffisamment mature afin d'exprimer sa volonté soulève des difficultés.

b. Les difficultés à saisir la notion de discernement.

161. Minorité et discernement. La pratique d'un acte médical sur une personne mineure ne l'exclut pas totalement de la relation médicale : si celle-ci est dotée de discernement, son avis sera recueilli, et le médecin devra « *en tenir compte dans toute la mesure du possible* »³⁴⁰. Aussi, l'article L1111-4 du CSP dispose en son septième alinéa que le consentement du mineur « *doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* ». Ce principe est rappelé au niveau international : la Convention sur les droits de

³³⁶ « L'absence systématique d'intervention chirurgicale précoce aurait de graves conséquences », art cit. https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/07/04/l-absence-systematique-d-intervention-chirurgicale-precoce-auroit-de-graves-consequences_5485156_3232.html.

³³⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

³³⁸ Article L.1111-2 du CSP.

³³⁹ Article L.1111-4 du CSP.

³⁴⁰ Article R4127-42, alinéa 3, Code de la santé publique.

l'Homme et la biomédecine souligne que « *l'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant* », et ce « *en fonction de son âge et de son degré de maturité* »³⁴¹. Faudrait-il fixer un âge à partir duquel un enfant est apte à consentir ou à se prononcer sur une telle opération ? Comment s'assurer du caractère libre et éclairé de ce consentement, sans que l'enfant ne soit soumis à la pression de ses parents ?³⁴².

162. Droit comparé. En Suisse, le législateur a fixé la capacité de discernement des enfants entre l'âge de 10 et 14 ans³⁴³. Toutefois, la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine suggère que les enfants, « *forts de l'expérience qu'ils ont de leur propre corps et de la maladie* », devraient pouvoir prendre part aux décisions médicales qui les concernent avant même d'être capables de discernement³⁴⁴. Dès lors, c'est l'autonomie de l'individu et son aptitude à prendre des décisions qui le concerne seul qui est privilégiée par cette approche.

B. Garantir la liberté du mineur à prendre des décisions concernant sa santé.

163. Outre le fait de garantir le droit au respect à l'intégrité physique, le report des interventions permettrait de protéger spécifiquement le droit à la santé de l'enfant (1). Cela pourrait notamment être assuré par la mise en œuvre de garanties législatives explicites (2).

1. Une protection du droit fondamental à la santé.

a. Une acceptation extensive.

164. Principe. Le droit à la santé est intimement lié au respect du droit à l'intégrité physique : il implique notamment de pouvoir prendre des décisions concernant son propre état de santé³⁴⁵. Ainsi, le PIDESC le consacre comme « *le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* »³⁴⁶. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) a précisé dans ses observations que ce droit ne

³⁴¹ Conseil de l'Europe, Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997, Article 6.

³⁴² BRETON Xavier et TOURAINE Jean-Louis, *Rapport d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, Paris, Assemblée nationale, 2019, p.122.

³⁴³ Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel*, op. cit., p. 13.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Le droit à la santé est notamment protégé par l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, les articles 17, 23 et 24 de la Convention internationale des droits de l'enfant, l'article 25 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, ou encore les articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne.

³⁴⁶ AGNU, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, Article 12.

doit pas être interprété comme « *le droit d'être en bonne santé* », mais davantage comme « *le droit de l'être humain de contrôler sa propre santé et son propre corps* », notamment « *le droit à l'intégrité* » ou encore « *le droit de ne pas être soumis à la torture et de ne pas être soumis sans son consentement à un traitement* »³⁴⁷. Dès lors, selon les dispositions des droits humains, une maîtrise de sa santé doit être pleinement reconnue aux individus.

b. Un enjeu majeur pour les minorités sexuées.

165. Spécificité. Le droit de faire des choix concernant sa santé doit faire l'objet d'une attention particulière pour les personnes appartenant à une minorité sexuée ou de genre. Ainsi, le HCDH, dans une section relative à la santé des personnes LGBT, souligne que les enfants intersexes « *font souvent l'objet de discriminations et subissent des chirurgies médicalement inutiles, pratiquées sans leur consentement avisé ni celui de leurs parents* »³⁴⁸. Le Commissaire aux droits de l'Homme estime quant à lui que le droit à la santé des personnes intersexes revient à « *ne pas subir de traitements et interventions forcés et non consentis qui ont des conséquences négatives, tout au long de la vie, sur la santé physique et mentale* »³⁴⁹. L'état de santé des personnes intersexes est donc soumis à des décisions médicales auxquelles elles n'ont pas consenti la grande majorité du temps. Des dispositions devraient donc être directement inscrites dans le texte de la loi afin de permettre aux enfants intersexes de consentir eux-mêmes à ces traitements.

2. Une protection garantie par le législateur.

a. Favoriser l'autonomie des mineurs.

166. Evolution législative. La règle classique consistait à refuser toute possibilité aux personnes incapables juridiquement, comme les personnes mineures, de consentir à des traitements médicaux. Toutefois, le développement d'un « *modèle autonomiste* » dans le domaine du droit médical conduit à accorder des prérogatives supplémentaires aux personnes

³⁴⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°14 (2000) Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, 11 août 2000, E/C.12/2000/4, §8.

³⁴⁸ HAUT-COMMISSAIRE DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Nés libres et égaux - Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, s.l., s.n., 2013, p.49.

³⁴⁹ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 33.

mineures en matière de consentement aux actes médicaux³⁵⁰. Par exemple, en matière de contraception, l'article L5134-1 du CSP précise que « *la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux personnes mineures* » n'est pas soumise au consentement des parents. Dans la suite de cette logique, le législateur devrait pouvoir consacrer une aptitude pour les enfants intersexes à consentir (ou non) à des opérations de conformation sexuée : en l'absence de consentement exprimé, aucune intervention ne pourrait avoir lieu, sauf en cas d'urgence médicale. Cela implique également de limiter le poids de l'autorité parentale dans les décisions concernant la santé de leurs enfants.

b. Limiter le pouvoir décisionnel des parents.

167. Afin de favoriser la prise en compte du consentement de l'enfant intersexe à la décision médicale, le pouvoir des titulaires de l'autorité parentale pourrait être restreint³⁵¹. Ce mécanisme est déjà mis en œuvre par le législateur : ainsi, l'article L1122-2 du Code de la santé publique précise qu'il « *ne peut être passé outre* » le refus d'un mineur émancipé à participer à une recherche impliquant la personne humaine. Dans la même logique, le seul consentement des parents devrait s'avérer insuffisant à la pratique d'une opération de conformation sexuée sur un mineur intersexe.

168. Droit comparé. Cette hypothèse a déjà été retenue au sein de législations étrangères. Ainsi, Malte a adopté le 14 avril 2015 une loi visant à reconnaître et protéger l'identité de genre. Elle interdit notamment toute opération de conformation sexuée sur les enfants intersexes si celui-ci n'a pas donné son consentement libre et éclairé, sauf en cas d'urgence pour la santé vitale de l'enfant³⁵². Par conséquent, l'enfant peut décider seul et exprimer sa volonté : son consentement est protégé par l'exigence de son caractère libre et éclairé.

169. Dès lors, le fait de ne pas recueillir le consentement de l'enfant intersexe à l'opération devrait, en l'état du droit positif actuel, permettre de constituer une atteinte à son intégrité physique en vertu de l'article 16-3 du Code civil. Si ce régime juridique était effectivement respecté, la mise en œuvre des mécanismes de responsabilité pourrait être envisagée.

³⁵⁰ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 2ème ed., Paris, Editions Dalloz, 2015, 793 p, p.565.

³⁵¹ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, op. cit., §142.

³⁵² Loi du 14 avril 2015, «Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act», ACT n°XI of 2015.

§2. Les mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité du personnel médical.

170. En l'absence de consentement d'une personne intersexe à une opération de conformation sexuée, et donc en cas d'atteinte à son intégrité physique, la responsabilité du médecin pourrait être engagée³⁵³ (A). Sa mise en œuvre pourrait toutefois rencontrer des difficultés du fait de la représentation de l'intersexuation par les juges (B).

A. Le régime de responsabilité applicable aux actes de conformation sexuée.

171. Depuis la loi du 10 juillet 2000, l'identité entre faute civile et faute pénale a été remise en cause³⁵⁴. Dès lors, il convient d'envisager le régime de responsabilité envisagé en matière pénale (1), puis en matière civile (2).

1. La responsabilité des médecins sur le plan pénal.

a. Les garanties du droit pénal en matière de droit au respect à l'intégrité physique.

172. Principe. Le droit pénal est une source privilégiée en matière de protection de l'intégrité physique, qualifiant d'infraction les violences exercées sur le corps des personnes. Ce principe fut intégré au sein des mécanismes de responsabilité civile seulement à partir de 1994, avec l'adoption des lois de bioéthique³⁵⁵. L'acte médical est en soi de « *nature infractionnelle* »³⁵⁶, et l'activité médicale, en dépit de sa nature spécifique, n'en demeure pas moins intégrée au sein du droit pénal.

173. Autorisation de la loi. Ainsi, le droit pénal protège l'inviolabilité du corps humain³⁵⁷, et tient compte en ce sens de l'intervention du médecin sur le corps de leurs patients : celui-ci n'engagera pas sa responsabilité pénale si l'acte pratiqué correspond aux faits justificatifs

³⁵³ L'engagement de la responsabilité des parents pourrait aussi être engagée lorsque les opérations sont réalisées sur des enfants intersexes : il s'agirait d'une action en responsabilité délictuelle en vertu de l'autorité parentale (Article 371-1 du Code civil), pour ne pas avoir respecté l'intérêt de l'enfant. Cette hypothèse est toutefois d'un intérêt moindre, puisqu'il est difficilement envisageable que des personnes intersexes engagent une action en responsabilité contre leurs parents. De plus, nous précisons que les mécanismes de responsabilité envisagés pourraient également s'appliquer si l'intersexuation n'était pas considérée comme une pathologie par les autorités médico-légales (ce qui constituerait l'absence de nécessité médicale).

³⁵⁴ WELSCH Sylvie, *Responsabilité du médecin*, *op. cit.*, p. 37.

³⁵⁵ GRÜNDLER Tatiana, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude », *art cit.*, p. 483.

³⁵⁶ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, *op. cit.*, p. 181.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 254.

énoncés par les articles 122-1 et suivants du Code pénal³⁵⁸. Notamment, selon l’alinéa premier de l’article 122-4 du même Code, « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* » : il s’agit ici de l’autorisation législative³⁵⁹. Ainsi, le médecin est autorisé à exercer des actes médicaux qui portent atteinte à l’intégrité physique d’un individu par le mécanisme de l’article 16-3 du Code civil qui, nous l’avons vu, conditionne cette atteinte notamment à la présence d’une « *nécessité médicale pour la personne* ». L’absence de finalité thérapeutique d’une intervention médicale engage donc potentiellement la responsabilité pénale du médecin³⁶⁰.

b. Les garanties du droit pénal applicables aux opérations de conformation sexuée.

174. Distinction. En matière pénale, le droit réprime les atteintes à la vie d’un côté³⁶¹, et à l’intégrité physique de l’autre, qu’elles soient volontaires ou involontaires³⁶². Ces dispositions protègent à la fois les atteintes physiques et psychiques, et les atteintes corporelles médiate ou immédiates (*ie.* toucher directement au corps).

175. Atteintes volontaires. Le code pénal prévoit des degrés de gravité dans les atteintes volontaires à l’intégrité physique de la personne : il encadre d’abord les actes de barbarie et de torture, puis de violences, et enfin de menaces. Les cas concernés ici pourraient être qualifiés de violences « *ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente* »³⁶³. L’article 222-10 du Code pénal précise que cette infraction est susceptible d’être punie de quinze ans de réclusion criminelle « *lorsqu’elle est commise sur un mineur de quinze ans* » et/ou « *sur une personne dont la particulière vulnérabilité* » notamment due à son âge ou une maladie est connue de son auteur. Afin de caractériser une telle atteinte à l’intégrité physique, il faut établir la réunion d’un élément matériel d’une part, et d’un élément intentionnel d’autre part. Dès lors, il paraît peut opportun d’envisager une atteinte volontaire de la part du

³⁵⁸ Articles énoncés au sein du Chapitre II « Des causes d’irresponsabilité ou d’atténuation de la responsabilité » du Titre II du Code pénal.

³⁵⁹ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d’indisponibilité du corps humain, op. cit.*, §436.

³⁶⁰ En ce sens, la chambre criminelle de la Cour de cassation décidait dans un arrêt du 30 mai 1991 qu’une opération de changement de sexe réalisée sur une personne trans qui n’a « *pas été faite dans l’intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien* » pouvait engager la responsabilité du praticien pour coups ou blessures volontaires avec préméditation (Cass. crim., 30 mai 1991, n°90-84.420, Bull. crim., no 232, p. 591).

³⁶¹ Le Titre II « Des atteintes à la personne humaine » du Code pénal réprime ainsi les atteintes volontaires (articles 221-1 à 221-5-5) et involontaires (articles 221-6 à 221-7) à la vie.

³⁶² PRIEUR Stéphane, *La disposition par l’individu de son corps, op. cit.*, p. 101.

³⁶³ Article 222-9 du Code pénal : c’est d’ailleurs sur ce fondement qu’une personne intersexue s’est basée afin d’introduire une plainte, non instruite en raison d’une ordonnance de refus d’informer du juge d’instruction (Cass, ch. crim., 6 mars 2018, n°17-71.777).

professionnel de santé ayant eu recours à une opération de conformation sexuée : celui-ci agit selon les pratiques actuelles de la médecine, et n'a pas la volonté de blesser ou de mutiler volontairement la personne intersexe, et donc de causer un dommage, mais bien de la « guérir » de son intersexuation³⁶⁴.

176. Atteintes involontaires. D'autre part, selon l'article 121-3 du Code pénal, un délit peut être constitué même sans avoir eu l'intention de le commettre lorsque « *l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ». Ainsi, en cas d'incapacité totale de travail (ITT) supérieure³⁶⁵ ou inférieure³⁶⁶ à trois mois, les faits seront susceptibles d'être punis pour atteintes involontaires à l'intégrité de la personne³⁶⁷.

Concernant la première hypothèse, il faudrait alors prouver que le médecin, « *par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* » a provoqué une ITT de plus de trois mois à la personne intersexe. Serait-il possible de caractériser une négligence ou un manquement à son obligation de prudence dans la mesure où les protocoles de prise en charge des personnes intersexes évoluent ? Les médecins peuvent-ils encore ignorer que la légalité des actes de conformation sexuée est remise en cause ? Cela nous paraît difficilement admissible³⁶⁸ : le Défenseur des droits fait à ce titre une différence entre la prise en charge médico-chirurgicale passée et actuelle³⁶⁹. Toutefois, il resterait encore à qualifier l'existence d'une ITT supérieure à trois mois. Concernant la seconde hypothèse, le médecin doit avoir commis la « *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement* » : le même raisonnement s'applique.

³⁶⁴ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, op. cit., §67.

³⁶⁵ Article 222-19 du Code pénal.

³⁶⁶ Article 222-20 du Code pénal.

³⁶⁷ Le Code pénal prévoit également la sanction des atteintes involontaires à l'intégrité corporelle en cas d'atteinte à la vie (article 221-6) : il s'agirait ici du cas où la personne intersexe serait décédée des suites de l'opération, ou qu'elle se soit par la suite donné la mort, hypothèse plausible à la lecture de différents témoignages, mais qui demeure rare. Voir en ce sens MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, op. cit., §69.

³⁶⁸ Ce constat peut s'appuyer sur différentes sources auxquelles les professionnels de santé ont accès : à commencer par les récentes condamnations de la France par les Comités onusiens (Comité contre la torture, « Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France », art cit ; Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France », art cit.), ou encore les informations communiquées en matière de révision des lois bioéthiques (Colloque du 17 juin 2019 organisé à l'Assemblée nationale par l'Espace éthique Ile-de-France ; Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit.).

³⁶⁹ Défenseur des droits, *Avis n°17-04*, op. cit., p. 3.

177. Chirurgie esthétique. Le Code de la santé publique prévoit à l'article L6324-2 que le fait d'exercer des activités de chirurgie esthétique sans autorisation, et notamment en dehors d'installations spécifiques, est pénalement répréhensible. Toutefois, la difficulté reviendrait ici à la qualification même des opérations comme actes de chirurgie esthétique. Si les professionnels de santé n'avaient pas conscience de pratiquer ces interventions sous ce régime particulier, l'élément intentionnel pourrait difficilement être retenu³⁷⁰.

2. La responsabilité des médecins sur le plan civil.

a. Une relation contractuelle.

178. La relation qui lie le patient à son médecin est généralement considérée de nature contractuelle³⁷¹. Selon cette conception, l'objet du contrat est donc le corps humain. Or, d'après l'article 1128 du Code civil, un contrat est valide notamment si son contenu est « *licite et certain* ». Concernant les actes médicaux, le contenu du contrat qui unit le médecin et son patient sera licite s'il respecte l'exigence d'une nécessité médicale. Le fait de pratiquer une intervention sur un patient sans son consentement et dans une finalité autre que médicale constitue dès lors une faute contractuelle, susceptible d'engager la responsabilité du médecin dès lors que l'intervention en question lui a causé un dommage³⁷².

b. La nullité du contrat.

179. En conséquence, si le contrat n'est pas valide, une sanction de nullité sera prononcée. Il est à noter que l'engagement de la responsabilité du médecin pourrait tout de même être admis si la nature de la relation entretenue avec son patient n'était pas considérée comme contractuelle³⁷³. Dans cette hypothèse, la personne intersexue victime de l'opération de conformation sexuée pourrait formuler une demande de dommages et intérêts, en tant que victime d'un préjudice corporel.

180. Toutefois, tant la responsabilité pénale que civile des médecins pourrait être difficilement mise en œuvre du fait de la perception binaire des sexes par le juge.

³⁷⁰ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, op. cit., §72.

³⁷¹ Cass. civ., 20 mai 1936, Mercier, D., 1936, 1, p. 88. : « *attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat [...]* ».

³⁷² PRIEUR Stéphane, *La disposition par l'individu de son corps*, op. cit., p. 112.

³⁷³ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, op. cit., §64.

B. Les biais de la bicatégorisation du droit sur l'engagement de la responsabilité.

181. L'inaction des juges en matière de mise en œuvre de la responsabilité du corps médical relève des biais engendrés par le dogme de la bicatégorisation, d'autant plus que « *ce sont les mêmes personnes qui poursuivent les crimes et qui œuvrent à la construction d'un modèle binaire du sexe par leur contrôle à l'état civil* »³⁷⁴. Ainsi, deux difficultés majeures apparaissent : d'une part, du point de vue de la qualification des actes (1), et d'autre part, en matière de prescription (2).

1. Une qualification erronée des actes de conformation sexuée.

a. Des actes pouvant être qualifiés de viols.

182. Certains types d'intervention sur les enfants intersexes peuvent être admis sous la qualification des actes de viol. C'est le cas notamment de la vaginoplastie : elle consiste, grâce à l'utilisation d'une « bougie », à introduire le dilatateur qui permet de maintenir l'ouverture du vagin nouvellement créée³⁷⁵. Cette procédure, parfois répétée tout au long de l'enfance, est « *extrêmement douloureuse et comparable à une forme de viol* » selon les personnes intersexes³⁷⁶, mais aussi selon la qualification juridique. En effet, l'article 222-23 du Code pénal définit le viol comme « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise* ». En matière de droit pénal médical, le viol ou l'agression sexuelle sont évidemment formellement exclus de la médecine : il n'y a donc pas besoin de prouver le caractère non-médical dans cette hypothèse³⁷⁷.

b. Des actes pouvant être qualifiés de violences.

183. Circoncision. Un parallèle peut être fait entre les opérations de conformation sexuée et les actes de circoncision : en utilisant l'article 34 de la CIDE, les juges du TGI de Laval ont

³⁷⁴ MORON-PUECH Benjamin, « Intersexuation et binarité : un état des lieux du droit français (2017) » in *Droits de l'Homme et sexualité: vers la notion de droits sexuels?*, GIAMI Alain et PY Bruno (dir.), Paris, Archives contemporaines, 2019, p. 193-216.

³⁷⁵ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2015, p.22.

³⁷⁶ CARPENTER Morgan, « The human rights of intersex people », art cit, p. 75 ; Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 22 ; EHRENREICH Nancy, « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices" », in *Harvard Civil Rights*, vol. 40, 2005, p. 108.

³⁷⁷ COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, op. cit., p. 182.

par exemple estimé que « *la circoncision pratiquée comme un rite religieux porte volontairement atteinte à l'intégrité physique d'un enfant et constitue manifestement une forme de violence sexuelle* »³⁷⁸. Dès lors, au vu de la ressemblance entre l'acte de circoncision et certaines interventions d'assignation sexuée, un tel raisonnement pourrait être retenu par les juges.

184. Mutilations génitales féminines. Si le droit positif tolère certaines atteintes à l'intégrité du corps humain en l'absence de motifs médicaux, il demeure toutefois intransigeant en matière de mutilations génitales féminines (MGF)³⁷⁹ : l'excision est incriminée comme mutilation volontaire passible de peines criminelles par les articles 222-9 et 222-10 du Code pénal³⁸⁰. Le Comité des droits de l'enfant a ainsi explicitement rapproché les deux pratiques, évoquant dans un même paragraphe de son rapport sa préoccupation quant au fait que « *de nombreuses petites filles restent exposées* » au risque de subir des MGF et que « *les enfants intersexués sont couramment soumis à des actes chirurgicaux et à d'autres traitements qui ne sont pas nécessaires mais sont irréversibles* »³⁸¹. L'article 24 de la CIDE condamne pourtant « *les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants* ». Les opérations d'assignation sexuée n'ont fait l'objet d'aucune condamnation par les juges français, « *alors pourtant que des actes proches, ceux par lesquels des excisions sont réalisées, font l'objet d'une vigilance accrue du parquet* »³⁸². Toutefois, puisqu'il s'agit d'une pratique « occidentale », ces interventions sont décrites comme de la chirurgie des organes génitaux³⁸³. Certains auteurs utilisent ainsi l'expression de « *mutilations génitales occidentales* » afin d'appuyer le caractère culturel de ces opérations³⁸⁴.

³⁷⁸ TGI Laval, juge des enfants, 16 avril 2002, AJ Famille 2002, p. 222.

³⁷⁹ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions sur l'acte médical non thérapeutique », art cit, p. 402 ; GRÜNDLER Tatiana, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude », art cit, p. 485.

³⁸⁰ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions sur l'acte médical non thérapeutique », art cit, p. 402.

³⁸¹ Comité des droits de l'enfant, « Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France », art cit, p. 10.

³⁸² MORON-PUECH Benjamin, « Intersexuation et binarité : un état des lieux du droit français (2017) », art cit, p. 206.

³⁸³ JONES Melinda, « Intersex Genital Mutilation – a Western Version of FGM », in *Children's Right – New issues, New Themes, New Perspectives*, 2018, p. 124-135.

³⁸⁴ E. Schneider, « Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective », art cit, p. 30.

2. Des mécanismes de responsabilité soumis aux délais de prescription.

a. Des difficultés à passer outre les délais de prescription.

185. Dans l'arrêt du 6 mars 2018 de la chambre criminelle de la Cour de cassation³⁸⁵, la solution retenue par les juges aurait pu être différente selon la qualification opérée. En l'espèce, une personne intersexe ayant subi des actes de conformation sexuée au cours de son enfance avait saisi la Cour sur le fondement de l'article 222-10 du Code pénal, qui réprime les violences aggravées ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. Effectivement, si la plainte avait visé l'infraction de viol, en raison notamment d'une vaginoplastie réalisée par le corps médical³⁸⁶, et non l'infraction de violences mutilantes, le délai de prescription aurait pu être porté à vingt ans³⁸⁷. Or, comme le montre l'analyse menée par B. Moron-Puech, l'infraction de violences mutilantes implique un délai de prescription de dix ans, qui se trouvait acquis en l'espèce³⁸⁸. En matière de viol, le délai de prescription de l'action publique est de dix ans à partir du jour où l'infraction a été commise. Toutefois, depuis la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité³⁸⁹, une dérogation a été apportée à cette règle : lorsque la victime a moins de quinze ans, le délai court à partir de sa majorité pour une durée de vingt ans³⁹⁰. Les juges n'ont toutefois pas retenu cette qualification, et se sont également basés sur la notion d'obstacle insurmontable afin de rejeter la requête.

b. Des difficultés à dépasser la notion d'obstacle insurmontable.

186. Notion. La notion d'obstacle insurmontable est prévue par l'article 9-3 du Code de procédure pénale : la suspension de la prescription sera admise lorsque « *tout obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure [...] rend impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique* ». Cette notion demeure relativement rare dans son application. Par exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé à plusieurs

³⁸⁵ Cass. Crim, 6 mars 2018, n°17-81.777.

³⁸⁶ Pour l'assimilation des actes de vaginoplastie à des actes de viols, voir supra n°182.

³⁸⁷ MORON-PUECH Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes - Une nouvelle « mutilation juridique » par la Cour de cassation ? », art cit, p. 75.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

³⁹⁰ La loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance avait dans un premier temps introduit la possibilité de faire courir le délai à partir de la majorité de la victime, mais sans prévoir son allongement.

reprises d'admettre l'amnésie traumatique provoquée par un viol comme constitutive d'un obstacle de fait insurmontable pour la victime ayant pu suspendre les délais de prescription³⁹¹.

187. Application. Pour reprendre l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation précité, l'existence d'un obstacle insurmontable aurait pu être une cause valable de suspension de la prescription : en l'espèce, la requérante estime qu'elle ne pouvait avoir connaissance de son intersexuation et des interventions chirurgicales avant l'année 2000, date à laquelle un courrier lui avait été adressé par erreur, contenant « *des informations médicales permettant de comprendre que la détermination de son sexe n'était pas une donnée de la nature, mais a procédé d'un choix* ». Pour les juges, l'obstacle insurmontable ne pouvait être caractérisé : la requérante ne pouvait ignorer la réalité de ces interventions, et aurait pu dans tous les cas en avoir eu connaissance via l'accès à son dossier médical. Pourtant, comme le souligne B. Moron-Puech, une telle qualification aurait pu être retenue par les juges pour deux raisons : d'une part, du fait de l'existence de « *manœuvres destinées à dissimuler la réalité d'un fait* », et d'autre part, au vu leur efficacité à avoir empêché la victime présumée de se porter en justice. Effectivement, il n'est pas rare que les personnes intersexes ne soient aucunement informées de leur situation : les médecins recommandaient, et recommandent parfois encore, de dissimuler à un individu (voir à ses propres parents) son intersexuation³⁹². Aussi, le fait de ne pas avoir connaissance de ces informations médicales peut être considéré comme un motif suffisamment efficace pour empêcher une personne intersexe d'agir en justice : comment serait-il possible pour elle de soupçonner son intersexuation, dissimulée par des interventions chirurgicales, alors même que la condition des personnes intersexe reste très peu évoquée au sein de la société ?³⁹³.

188. Bilan du Chapitre 2. Les enfants intersexes sont opérés dès leur naissance : leur consentement ne peut donc par évidence pas être recueilli avant les interventions d'assignation sexuée. Cela porte atteinte à leur droit au respect de l'intégrité physique, une des conditions de l'article 16-3 du Code civil n'étant pas remplie, et les mécanismes de responsabilité civile et pénale devraient en toute logique pouvoir être appliqués.

³⁹¹ Cass. Crim., 17 octobre 2018, n° 17-86.161 ; Cass. Crim., 18 décembre 2013, n° 13-81.129.

³⁹² BLONDIN Maryvonne et BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions.*, op. cit., p. 31.

³⁹³ MORON-PUECH Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes - Une nouvelle « mutilation juridique » par la Cour de cassation ? », art cit, p. 82.

189. Conclusion du Titre 1. Dès lors, les opérations d'assignation sexuée portent atteinte à l'intégrité physique des personnes intersexes : le seul but de ces interventions est de préserver la binarité sexuelle, norme juridique qui conduit à ces atteintes lorsque les personnes intersexes n'ont pas consenti aux opérations, et à une pathologisation des corps se situant en dehors de la norme binaire. Ainsi, le droit international et européen des droits humains peut-il être un acteur privilégié afin d'assurer le respect des droits fondamentaux des personnes intersexes, notamment face à l'ancrage de la binarité sexuée au sein de l'ordre juridique ?

TITRE 2 : Intersexuation et droits fondamentaux : l'ancrage intangible de la bicatégorisation au sein de l'ordre juridique.

- 190.** Selon certains auteurs, « *la conception abstraite de la personnalité juridique de tous les êtres humains et de leur égalité* » permet aux personnes intersexes « *d'être titulaires des mêmes droits que les autres* »³⁹⁴. Si l'ensemble des droits fondamentaux sont en principe reconnus aux personnes intersexes, il n'en demeure pas moins que leur application et leur respect font pour la plupart défaut. C'est notamment le cas, comme nous venons de le voir dans les développements précédents, du droit à l'intégrité physique. Ainsi, du fait de leurs caractéristiques sexuées qui ne correspondent pas aux normes attendues de la binarité des sexes, le respect des droits fondamentaux des personnes intersexes est régulièrement bafoué.
- 191.** Toutefois, la binarité des sexes est-elle un fondement valable afin de nier le respect de certains droits fondamentaux aux personnes intersexes ? Peut-on considérer que la binarité sexuelle est une donnée immuable, fondamentale, et que l'ordre juridique, pas même le droit international et européen des droits humains, ne peut s'en départir ? C'est ce que laisse supposer l'état du droit positif, relativement indifférent à la protection des droits des personnes intersexes. Cette analyse mérite donc de s'intéresser à la construction de la binarité des sexes comme dispositif de définition et d'identification de la personne juridique. En effet, la binarité des sexes comme norme naturelle est produite à travers différents discours scientifiques qui servent d'autres intérêts, aussi bien politiques, sociaux, que juridiques³⁹⁵ : au même titre que le genre, le sexe (comme matérialité biologique) est en réalité une construction culturelle.
- 192. Plan.** L'ancrage de la binarité au sein de l'ordre juridique forme un obstacle considérable à l'application des garanties en matière de droits humains aux individus qui se trouvent en marge du dogme de la dualité sexuée. Le droit international et européen des droits humains se veut garant de principes universels en matière de protection du droit au respect de l'intégrité physique, censés s'appliquer à tout être humain (Chapitre 1). Pourtant, il n'est pas à même de tenir cette promesse, étant lui-même acteur d'un ordre juridique qui privilégie le modèle de la bicatégorisation en dépit de la violation des droits fondamentaux des personnes intersexes (Chapitre 2).

³⁹⁴ LABRUSSE-RIOU Catherine, « Genre et Egalité » in *Le droit à l'épreuve du genre: actes du colloque du 7 mai 2015*, HAUTEBERT Joël (dir.), Limoges, PULIM, « CIAJ », 2016, p. 121-138, p. 129.

³⁹⁵ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 69.

Chapitre 1 : Garantir les droits humains : la protection du droit au respect de l'intégrité physique.

- 193.** Le droit international et européen des droits humains accorde une importance particulière à la protection du droit à l'intégrité physique des individus. Différents outils juridiques ont été développés afin de garantir le respect de ce droit fondamental : cela se traduit par une protection du droit à la vie, par la prohibition de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou encore la garantie du droit au respect de la vie privée.
- 194.** Le respect de ces droits fondamentaux est, en théorie, garanti à tous les êtres humains. À ce titre, le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'Homme (HCDH) rappelle que « *toutes les personnes, indépendamment de leur sexe, orientation sexuelle ou identité de genre, ont le droit de bénéficier des protections prévues par le droit international des droits de l'Homme* ». Cela vaut particulièrement pour « *le droit à la vie, à la sécurité de la personne et de la vie privée* », ou encore « *le droit de ne pas être soumis à la torture* » et « *de ne pas faire l'objet de discrimination* »³⁹⁶. Au niveau européen, le Commissaire aux droits de l'Homme souligne que la protection des droits fondamentaux implique de « *mettre en œuvre une approche des droits de l'homme cohérente, qui n'exclue aucun groupe de personnes* »³⁹⁷ : Puisque les droits humains sont « *universels et indivisibles* », ils doivent s'appliquer à tous, « *y compris aux personnes intersexes* »³⁹⁸. L'importance d'assurer le respect des droits fondamentaux aux minorités sexuées, sexuelles et de genre a été mise en avant par l'adoption des Principes de Jogjakarta par l'Organisation des Nations-Unies en 2007. Ces Principes, non contraignants pour les Etats, visent à garantir l'application de normes issues des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Même s'ils ne sont pas une norme internationale officielle, les Principes de Jogjakarta ont pu être mentionnés par des organes juridictionnels ou organes onusiens³⁹⁹.
- 195. Plan.** Les garanties des droits humains en matière de protection du droit à l'intégrité physique peuvent être appréhendées sous deux angles différents : le premier, via les dispositions qui prohibent les atteintes portées sur le corps humain par autrui (Section 1), et le second, à travers les garanties en matière de libre disposition de son corps (Section 2).

³⁹⁶ HCDH, *Nés libres et égaux - Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, 2013, p.8.

³⁹⁷ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, op. cit., p. 4.

³⁹⁸ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 29.

³⁹⁹ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, op. cit., p. 6.

Section 1 : La protection de l'intégrité physique contre les atteintes portées par autrui.

196. Plan. Le fait de porter atteinte à l'intégrité physique des individus est condamné par les droits humains. Une telle atteinte est totalement prohibée lorsqu'elle est assimilable à des actes de torture ou à un traitement cruel, inhumain ou dégradant (§1). Le droit au respect de l'intégrité physique est également protégé sous la notion du droit au respect de la vie privée, principe quant à lui susceptible de connaître des dérogations (§2).

§1. La protection des individus contre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants.

197. La prohibition de ces traitements est reconnue de manière universelle (A) : elle constitue donc un outil privilégié afin d'aboutir à une condamnation des opérations de conformation sexuée, et d'assurer le droit à l'intégrité physique des personnes intersexes (B).

A. Une garantie universelle.

198. L'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants est absolue : ces dispositions ont donc une force particulièrement contraignante (1), ce qui justifie la qualification rigoureuse de ces actes (2).

1. La force contraignante des dispositions.

a. Une interdiction absolue.

199. Dispositions universelles. L'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants est protégée par l'ensemble des organes de protection des droits humains en tant que « *valeur fondamentale des sociétés démocratiques* »⁴⁰⁰. Au niveau international, l'article 7 du PIDCP et l'article 5 de la DUDH énoncent que « *nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* »⁴⁰¹. Une Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a également été adoptée par l'AGNU en 1984, dont le Comité contre la torture assure sa mise

⁴⁰⁰ CEDH, GC, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n°25803/94, §95.

⁴⁰¹ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, article 7 ; Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, article 5.

en œuvre effective⁴⁰². Au niveau européen, l'article 3 de la CESDH et l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE adoptent la même formulation que les textes précités⁴⁰³.

200. Droit indérogeable. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est absolue et intangible : ce principe ne souffre d'aucune exception⁴⁰⁴. L'article 3 de la CESDH fait ainsi partie du « *noyau dur* » de la Convention : il garantit l'un des rares droits indérogeables, au même titre que le droit à la vie⁴⁰⁵ ou l'interdiction de l'esclavage et de la servitude⁴⁰⁶. Ce principe est régulièrement rappelé par la jurisprudence de la Cour, qui n'hésite pas à coupler cette interdiction absolue à des obligations pesant sur les Etats.

b. Une obligation positive imposée aux Etats.

201. Obligations négative et positive. La CEDH reconnaît une obligation à la fois négative et positive des Etats : la première impose aux autorités de s'abstenir de porter elles-mêmes atteinte à l'intégrité du corps humain des individus sous sa juridiction ; la seconde les enjoint à prendre des mesures contre les violations de l'interdiction de ces traitements, afin de protéger les individus contre le fait d'autrui⁴⁰⁷. Ainsi, en ce qui concerne l'article 3 de la Convention, les Etats doivent protéger les individus contre la torture ou les traitements inhumains et dégradants.

202. Population vulnérable. Lorsque ces actes concernent une population particulièrement vulnérable, comme les enfants, cette obligation de prévention est d'autant plus renforcée. La CIDE prévoit à ce titre que les Etats parties doivent veiller à ce que « *nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* »⁴⁰⁸. Ce régime restrictif va logiquement de pair avec l'interprétation stricte qui est faite quant à la qualification d'actes relevant de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants.

2. Une qualification rigoureuse des actes.

a. Un constat soumis à un seuil minimum de gravité.

⁴⁰² Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984.

⁴⁰³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, article 3 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, article 4.

⁴⁰⁴ La CEDH précise par exemple que le principe ne souffre d'aucune dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n°14038/88, §88).

⁴⁰⁵ Article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

⁴⁰⁶ Article 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

⁴⁰⁷ AILINCAI Mihaela, « Corps, genre et droit : Propos introductifs », art cit, §18.

⁴⁰⁸ Assemblée générale de l'ONU, Convention internationale des droits de l'enfant, 20 novembre 1989, Art.37 a).

203. Niveau de gravité. Si l'interdiction de ces traitements est absolue, il n'en demeure pas moins qu'un certain seuil d'intensité est requis afin de les qualifier comme tels : tous les traitements portant atteinte à l'intégrité physique des individus ne sauraient être qualifiés de torture ou de traitements cruels, inhumains et dégradants. Ainsi, selon une jurisprudence constante de la CEDH, la violation de l'article 3 de la Convention pourra être admise si les traitements en cause ont atteint un minimum de gravité.

204. Critères. Ce seuil est difficilement définissable : toutefois, parmi les éléments retenus, il est possible de distinguer la durée du traitement, ses effets, ou encore l'âge et le sexe de la victime⁴⁰⁹. La Cour précise également que le seuil requis pour qualifier un traitement de torture ou de traitement inhumain évolue : certains actes qui n'étaient pas considérés comme tels le deviennent à la lumière de la jurisprudence actuelle, du fait du niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits humains⁴¹⁰. Les juges portent donc une attention particulière à ces critères afin d'établir si le seuil de gravité requis a été atteint, et dans l'affirmative, préciser quelle qualification doit être adoptée.

b. Une distinction des traitements selon leur intensité.

205. Distinction. La distinction entre ces différentes formes d'atteintes à l'intégrité du corps humain relève de leur intensité⁴¹¹. Les faits de torture désignent des traitements d'une gravité extrême⁴¹² : l'acte doit être délibéré, et provoquer une souffrance physique ou mentale particulièrement vive⁴¹³. La notion de traitement cruel ou inhumain est celle qui cause à l'individu des souffrances physiques et mentales d'une particulière intensité⁴¹⁴, sans une nécessaire volonté de la part de l'auteur, tandis qu'un traitement dégradant renvoie davantage

⁴⁰⁹ Voir par exemple CEDH, 8 novembre 2011, *V.C c. Slovaquie*, n°18968/07, §100 ; CEDH, 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, §67.

⁴¹⁰ CEDH, GC, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n°25803/94, §101.

⁴¹¹ Ainsi, la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 26 juin 1987 opère une distinction entre les actes de torture (Article 1^{er}) et les autres cas de traitements (article 16, alinéa 1^{er}).

⁴¹² AGNU, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984 : l'article 1^{er} du texte définit la torture comme « *tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne [...]* ».

⁴¹³ CEDH, GC, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n°25803/94, §96 : la Cour qualifie la torture de traitement d'une « *spéciale infamie* ».

⁴¹⁴ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., §443.

à la volonté d'humilier la personne⁴¹⁵. Toutefois, il est à noter que selon la jurisprudence de la CEDH, un mauvais traitement peut conduire à une violation de l'article 3 de la Convention, même si l'auteur n'a pas eu la « *volonté d'humilier ou d'abaisser l'individu* »⁴¹⁶.

206. Intégrité mentale. Aussi, l'intégrité physique des individus n'est pas la seule composante visée par l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants : la CEDH retient par exemple que de tels traitements peuvent impacter l'individu au-delà de son enveloppe corporelle⁴¹⁷.

207. Ainsi, au vu de l'interprétation par les organes de protection des droits humains de ces dispositions, une des stratégies pour lutter contre les opérations de conformation sexuée portant atteinte à l'intégrité physique des personnes intersexes serait de « *reconnaître la pratique comme une forme de torture ou autre traitement cruel, inhumain et dégradant* »⁴¹⁸.

B. Un régime applicable aux opérations d'assignation sexuée.

208. Les opérations d'assignation sexuée ont récemment été dénoncées par divers organes de protection des droits humains (1), ce qui laisse penser que la qualification de torture ou traitements cruels, inhumains ou dégradant pourrait être retenue en cas de contentieux (2).

1. Une dénonciation par les organes de protection des droits humains.

a. Des traitements qualifiés de torture.

209. Dans une « note d'information » publiée en 2016, le HCDH relate que les personnes intersexes, « *enfants et adultes* », subissent des violations de leurs droits humains, dont celui de ne pas être soumis à la torture⁴¹⁹. Il se prononce ainsi en faveur de l'interdiction des opérations chirurgicales d'assignation sexuée pratiquées sur les personnes intersexes. Aussi, dans un rapport publié en 2013, le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du Conseil des droits de l'Homme assimile les interventions chirurgicales réalisées sur les personnes intersexes en l'absence de leur consentement à une forme de torture. Il fait état de « *traitements hormonaux et des « corrections » chirurgicales de l'appareil génital, présentées comme des thérapies*

⁴¹⁵ CEDH, 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05, §89 : la Cour « *défini un traitement dégradant comme étant de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique ou morale de la personne qui en est victime* ».

⁴¹⁶ CEDH, 8 novembre 2011, *V.C c. Slovaquie*, n° 18968/07, §101.

⁴¹⁷ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 443.

⁴¹⁸ JONES Melinda, « *Intersex Genital Mutilation – a Western Version of FGM* », art cit, p. 135.

⁴¹⁹ HCDH, *Libres & égaux : visibilité intersexe*, 2016, p.1.

réparatrices »⁴²⁰. Il rappelle l'importance de qualifier comme tels ce type d'actes commis au sein des établissements de santé, rappelant que « *l'interdiction de la torture fait partie des quelques droits de l'Homme absolus et non susceptibles de dérogation* »⁴²¹. Aussi, selon le Rapporteur, la discrimination fondée sur la préférence ou l'identité de genre contribue souvent à un « *processus de déshumanisation* » de la victime, qui précède généralement les actes de torture⁴²². Lorsqu'ils ne font pas référence à la torture, les organes de protection des droits humains dénoncent les opérations d'assignation sexuée sous les qualifications de traitements cruels, inhumains ou dégradants.

b. Des traitements qualifiés de cruels, inhumains ou dégradants.

210. Niveau international. Le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes indique que les personnes intersexes sont « *victimes de sévices et de maltraitements de la part des prestataires de services de santé* »⁴²³. De son côté, le Comité des droits de l'enfant dénonce les interventions d'assignation sexuée au sein de la partie « *violence à l'égard des enfants* » de son rapport : il recommande à ce titre aux Etats de veiller à ce qu'aucun enfant intersexe ne soit soumis à des actes chirurgicaux ou à des traitements dont la nécessité n'est pas avérée⁴²⁴.

211. Niveau national. Il est à noter que des organes de protections des droits humains ont adopté ce même raisonnement au niveau interne. Dans un avis rendu en 2018, la CNCDH considère que les traitements infligés aux personnes intersexes sont une forme extrême de maltraitance⁴²⁵, et qualifie ces actes de traitements inhumains et dégradants⁴²⁶. Ces différentes prises de position laissent supposer qu'une telle qualification pourrait être adoptée à l'avenir en cas de contentieux relatif aux opérations de conformation sexuée.

⁴²⁰ Conseil des droits de l'Homme, MENDEZ Juan E., *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 2013, §76.

⁴²¹ *Ibid.*, §82. : le fait de préciser que les droits de l'Homme absolus et non susceptibles de dérogations ne sont pas nombreux appuie davantage la volonté de lutter contre toute forme de torture ou de traitements inhumains et dégradants.

⁴²² *Ibid.*, §79.

⁴²³ CEDEF, Observations finales sur le Costa Rica, 2 août 2011, CEDAW/C/CRI/CO/5-6, §40.

⁴²⁴ Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5, §48.

⁴²⁵ Selon la CNCDH, la maltraitance vise « *tout acte, ou omission, qui a pour effet de porter gravement atteinte, que ce soit de manière volontaire ou involontaire, aux droits fondamentaux, aux libertés civiles, à l'intégrité corporelle, à la dignité ou au bien-être général d'une personne vulnérable* » (CNCDH, *Agir contre les maltraitements dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, Paris, 2018, p.8).

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 17.

2. La qualification éventuelle opérée par les juges européens.

- a. Le bien-fondé de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

212. Dans son arrêt A.P, Garçon et Nicot c. France, la CEDH précise que le droit au respect à l'intégrité physique n'est pas seulement protégé par l'article 8 de la Convention, mais aussi par les dispositions de l'article 3⁴²⁷. Ainsi, la Cour pourrait-elle condamner les pratiques d'assignation sexuelle sur les personnes intersexes sur le fondement de l'article 3 de la Convention en tant que torture ou peine ou traitements inhumains et dégradants ? La Cour estime qu'un traitement guidé par une nécessité thérapeutique, et ce, « *du point de vue des conceptions médicales établies* », ne saurait être en principe envisagé sous l'article 3 de la Convention. Toutefois, elle émet une réserve, et précise qu'il lui revient de s'assurer que la nécessité médicale a été démontrée « *de manière convaincante* » et que les garanties procédurales propres à la décision ont été respectées⁴²⁸. Elle pourrait donc examiner une requête relative à la réalisation d'opérations de conformation sexuée.

- b. Le raisonnement éventuel de la Cour européenne des droits de l'Homme.

213. Afin d'examiner si un traitement relève de la torture au sens de l'article 3 de la Convention, la Cour examine successivement quatre conditions⁴²⁹.

Conditions. Dans un premier temps, la Cour examine si de mauvais traitements ont été infligés par des agents de l'Etat, ou s'ils n'ont pas pris les mesures nécessaires afin d'empêcher ces traitements. Cette condition ne semble pas poser de difficultés, puisque les opérations de conformation sexuée sont réalisées au sein d'établissements publics de santé⁴³⁰. Ensuite, les agents doivent avoir eu l'intention de causer un dommage. Or, selon sa jurisprudence constante, la Cour rappelle que l'interdiction des mauvais traitements vaut « *indépendamment des agissements de la personne concernée ou de la motivation des autorités* »⁴³¹. Ainsi, à la différence du droit interne, la Cour est indifférente à la motivation⁴³² : il suffit pour les médecins d'avoir conscience de commettre un acte qui porte atteinte à l'intégrité physique, sans avoir eu

⁴²⁷ CEDH, 7 avril 2017, A. P. Garçon et Nicot c. France, n°79885/12, 52596/13 et 53471/13, §131.

⁴²⁸ CEDH, 8 novembre 2011, V.C c. Slovaquie, n°18968/07, §103.

⁴²⁹ Espace éthique, Journée Bioéthique : reconnaître et respecter les droits des personnes intersexuées, *Intervention de Benjamin Moron-Puech*, Colloque organisé à l'Assemblée nationale, 17 juin 2019.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ CEDH, 1^{er} juin 2010, Gäfgen c. Allemagne, n° 22978/05, §107.

⁴³² Le Code pénal distingue les atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité de la personne, voir supra n°174.

l'intention de nuire⁴³³. Cette condition ne pose, encore une fois, pas de difficultés majeures. Ensuite, il faut que le requérant ait été victime, du fait de ce traitement, de douleurs ou souffrances aiguës, physiques ou mentales. Par exemple, la Cour précise qu'elle examine si une intervention médicale de force a causé de vives douleurs ou souffrances physiques à la personne concernée, ou encore si elle a entraîné une aggravation de son état de santé et des conséquences durables pour sa santé⁴³⁴. C'est bien le cas en l'espèce, comme nous avons pu le constater précédemment : les actes de conformation sexuée ont des conséquences particulièrement lourdes sur la santé des personnes intersexes⁴³⁵. Enfin, les traitements doivent avoir été réalisés en vue de discriminer la personne : ici, il s'agirait d'une discrimination fondée sur les caractéristiques sexuées de l'individu. Toutefois, si la qualification de torture n'était pas retenue par les juges de Strasbourg, celle de traitement inhumain ou dégradant pourrait certainement l'être au vu de la gravité suffisante des actes de conformation sexuée⁴³⁶.

214. Comparaison. Une comparaison peut à ce titre être faite avec la position de la Cour concernant les mutilations génitales féminines. En effet, les opérations pratiquées sur les personnes intersexes peuvent être assimilées à des « *mutilations génitales intersexes* »⁴³⁷, par analogie quant à la gravité des mutilations génitales féminines. Lorsqu'un nouveau-né intersexe est assigné de sexe masculin à la naissance, les médecins peuvent recourir à une réduction du clitoris si celui-ci est jugé trop imposant par rapport à la moyenne⁴³⁸. Or, si la CEDH déclare régulièrement les requêtes irrecevables en matière de mutilation génitale féminine, la plupart du temps pour défaut manifeste de fondement⁴³⁹, elle ne conteste pas pour autant que le fait de soumettre une enfant ou une femme à une mutilation génitale féminine s'analyse en un traitement contraire à l'article 3 de la Convention⁴⁴⁰.

215. L'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants n'est pas la seule source de protection du droit à l'intégrité physique. Dans les cas où le seuil de gravité

⁴³³ Espace éthique, Journée Bioéthique : reconnaître et respecter les droits des personnes intersexuées, *Intervention de Benjamin Moron-Puech, op. cit.*

⁴³⁴ CEDH, 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, §72 et §74.

⁴³⁵ Voir supra n°135.

⁴³⁶ MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir? », art cit, p. 25.

⁴³⁷ JONES Melinda, « Intersex Genital Mutilation – a Western Version of FGM », art cit.

⁴³⁸ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes, op. cit.*, p. 20.

⁴³⁹ Voir par exemple CEDH, 8 mars 2007, *Collins et Akaziebie c. Suède*, n°23944/05 ; CEDH, 20 septembre 2011, *Omeredo c. Autriche*, n°8969/10.

⁴⁴⁰ CEDH, 17 mai 2011, *Izevbekhai et autres c. Ireland*, n°43408/08, §73.

n'est pas atteint pour qualifier les actes comme tels, la notion du droit au respect de la vie privée est applicable et permet la mise en œuvre d'autres mécanismes⁴⁴¹.

§2. La protection des individus contre les atteintes au droit au respect de la vie privée.

216. La protection du droit au respect de la vie privée est largement consacrée par les droits humains⁴⁴². Toutefois, c'est au niveau européen que ce mécanisme s'est particulièrement développé : la Cour européenne des droits de l'Homme a construit une jurisprudence abondante relative à l'article 8 de la Convention, devenu un fondement privilégié de la protection du droit au respect de l'intégrité physique.

217. Cette consécration s'est développée notamment grâce au contentieux relatif à la question trans, au départ en matière de changement de sexe à l'état civil (A), puis progressivement via le régime des opérations d'assignation sexué(e) (B).

A. Une problématique à l'origine abordée sous l'angle du changement de sexe à l'état civil.

218. La Cour a au départ refusé de faire droit aux demandes de personnes trans (1), avant d'opérer un important revirement de jurisprudence quelques années après le début du contentieux relatif à la question trans (2).

1. La frilosité originelle de la Cour en matière de transsexualisme.

a. Une large marge d'appréciation accordée aux Etats.

219. En 1986, la Cour européenne des droits de l'Homme était saisie par un requérant transsexuel qui n'avait pas été autorisé par les autorités britanniques à voir son acte de naissance modifié conformément à son nouveau sexe⁴⁴³. Les juges refusèrent de conclure à la violation de son droit au respect de la vie privée, estimant que le Royaume-Uni s'était « *efforcé d'accéder aux revendications du requérant dans toute la mesure où son système s'y prêtait* »⁴⁴⁴. La décision des juges fait notamment référence à la marge d'appréciation dont

⁴⁴¹ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 32.

⁴⁴² Au niveau international, voir notamment l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou encore l'article 16 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

⁴⁴³ CEDH, Plénière, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81.

⁴⁴⁴ CEDH, Plénière, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81, §42.

disposent les Etats afin de reconnaître qu'ils ne pouvaient astreindre le Royaume-Uni à « *remanier de fond en comble* » son système en vigueur⁴⁴⁵.

b. Une jurisprudence fondée sur l'évolution de la science.

220. Interprétation évolutive. Dans cette même affaire, la Cour concluait toutefois son raisonnement en précisant sa pleine conscience quant aux difficultés rencontrées par les personnes trans. Si sa solution d'espèce permettait à l'Etat, pour le moment, de lui laisser « *le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels* », la Cour ne manqua pas de rappeler la nécessité d'un « *examen constant* » des mesures juridiques « *eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société* »⁴⁴⁶. En effet, la Cour rappelle régulièrement que la Convention est un « *instrument vivant* », qui doit être interprété « *à la lumière des conditions actuelles* »⁴⁴⁷.

221. Solution constante. Toutefois, elle réitéra sa solution quelques années plus tard, dans une affaire présentant des faits similaires. La Cour constate qu'aucun progrès scientifique significatif n'a été accompli depuis l'arrêt *Rees contre Royaume-Uni* : en ce sens, puisqu'une « *opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé* », une modification de l'acte de naissance afin d'inscrire le « *nouveau* » sexe du requérant n'est pas une solution appropriée⁴⁴⁸. La jurisprudence de la CEDH en matière de transsexualisme a pourtant connu une évolution majeure seulement deux ans après son refus de constater une violation du droit au respect de la vie privée.

2. Un changement de paradigme : l'arrêt *B. contre France*.

a. Un constat inédit de la violation du droit au respect de la vie privée.

222. Violation. Un changement majeur dans la jurisprudence de la CEDH opéra dans une affaire qui opposait cette fois la France à une requérante trans. Celle-ci se plaignait du refus des autorités françaises de lui accorder la modification de son état civil⁴⁴⁹. Pour la Cour, la question soulevait un « *affrontement entre des conceptions nationales de l'état civil comme indisponible* » d'un côté, et « *le droit au respect de son identité* » de l'autre⁴⁵⁰. Sa décision fut

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ CEDH, Plénière, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81, §47.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ CEDH, Plénière, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n°10843/84, §40.

⁴⁴⁹ CEDH, Plénière, 25 mars 1992, *B. c. France*, n°13343/87.

⁴⁵⁰ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., §640.

sans appel : selon les juges, la multiplicité des documents officiels portant mention du sexe oblige les personnes transsexuelles à révéler quotidiennement la discordance existante entre leur sexe légal et leur sexe apparent, entraînant alors une violation de la Convention au titre d'une ingérence dans le respect de leur vie privée. Ainsi, pour la première fois dans une affaire relative à la reconnaissance des personnes trans, la Cour conclut à la violation de l'article 8.

223. Intérêts individuels. S'appuyant notamment sur les différences entre la France et le Royaume-Uni « *quant à leur droit et à leur pratique en matière d'état civil* »⁴⁵¹, elle estima qu'une solution différente des affaires *Rees* et *Cossey* devait s'imposer. Passant outre la marge nationale d'appréciation accordée à l'Etat, la Cour estima que l'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu n'avait pas été correctement ménagé par le gouvernement français : par son refus de modifier l'état civil de la requérante en s'appuyant notamment sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, celle-ci se trouvait « *quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée* »⁴⁵² selon le juge européen.

b. Des conséquences directes en droit interne.

224. La décision de la CEDH dans l'affaire *B. contre France* conduit à un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 11 décembre 1992⁴⁵³, la Haute juridiction judiciaire modifie son raisonnement en prenant appui non plus sur l'indisponibilité de l'état des personnes⁴⁵⁴, ou sur le fait qu'une « *conversion sexuelle complète ne permet pas l'acquisition de tous les caractères du sexe opposé* »⁴⁵⁵, mais sur le respect du droit à la vie privée⁴⁵⁶. Suite à la décision des juges strasbourgeois, le juge français considère désormais que « *le principe du respect dû à la vie privée justifie que [l']Etat civil indique désormais le sexe* » dont une personne trans a l'apparence. Il précise également que « *le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification* ».

225. Ainsi, le contentieux relatif aux personnes trans s'est dans un premier temps développé via la problématique du changement de la mention du sexe à l'état civil : la CEDH s'est ensuite

⁴⁵¹ CEDH, Plénière, 25 mars 1992, *B. c. France*, n°13343/87, §51.

⁴⁵² CEDH, Plénière, 25 mars 1992, *B. c. France*, n°13343/87, §63.

⁴⁵³ Cass., Ass. Plén., 11 décembre 1992, G 1993, II, 21991, concl. JEOL et obs. G. MEMETEAU.

⁴⁵⁴ Cass., 1^{ère} civ., 16 décembre 1975, Bull. civ. 1975, I, n° 374.

⁴⁵⁵ Cass., 1^{ère} civ., 21 mai 1990, Bull. civ. 1990, I, n° 117.

⁴⁵⁶ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., §641.

saisie des conditions d'accès à cette procédure afin de développer le droit à l'intégrité physique des personnes trans sous la bannière de l'article 8 de la Convention.

B. Une conciliation entre le droit au respect de la vie privée et le droit à l'intégrité physique.

226. Le contentieux relatif à l'intégrité physique des personnes trans a progressivement condamné l'exigence d'une stérilisation définitive (1), ce qui permet de garantir leur respect au droit à la vie privée (2).

1. La condamnation de la condition de stérilité définitive.

a. En matière d'accès aux opérations de changement de sexe.

227. Stérilisation. Dans son arrêt *Y. Y. c. Turquie*⁴⁵⁷, la CEDH se prononce sur les conditions posées aux personnes trans pour accéder aux traitements chirurgicaux d'assignation sexuée. Dans cette affaire, la Cour estime que l'exigence de la preuve d'une stérilisation définitive est contraire au droit au respect de la vie privée. En effet, elle considère que la stérilisation concerne l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains : elle est donc susceptible de porter une atteinte majeure à l'intégrité physique. Une telle intervention peut être pratiquée dans deux situations : à la demande de la personne, ou à des fins thérapeutiques si la « *nécessité médicale est établie de façon convaincante* »⁴⁵⁸.

228. Conséquences. Or, en l'espèce, les autorités turques avaient refusé au requérant de lui autoriser l'accès à des actes médicaux d'assignation sexuée au motif qu'il n'avait pu démontrer être dans l'incapacité définitive de procréer. La Cour avait alors jugé que le respect du droit à l'intégrité physique s'opposait à l'obligation de se soumettre à un traitement de stérilisation définitive⁴⁵⁹. Sur le fondement de l'article 8 de la Convention, il ne peut être imposé préalablement aux personnes trans une condition de stérilité afin de pouvoir se soumettre à une opération d'assignation sexuelle. Ce même raisonnement fut appliqué concernant la reconnaissance du changement de sexe à l'état civil.

⁴⁵⁷ CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y.c. Turquie*, n°14793/08.

⁴⁵⁸ CEDH, 8 novembre 2011, *V.C.c. Slovaquie*, n°18968/07, §106.

⁴⁵⁹ MORON-PUECH Benjamin, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt *Y. Y. c/ Turquie* du 10 mars 2015. Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH) », in *La Revue des droits de l'homme*, 23 mars 2015, §5. : comme le souligne l'auteur, la législation turque subordonne l'autorisation des actes médicaux d'assignation sexuée notamment au fait « *d'être de manière définitive dans l'incapacité de procréer* » (article 40 du Code civil turc).

b. En matière d'accès à la procédure de changement de sexe à l'état civil.

229. Dans la récente affaire *A.P, Garçon et Nicot c. France*⁴⁶⁰, la Cour s'intéresse à la procédure de changement de mention du sexe à l'état civil via un raisonnement relatif au droit au respect à l'intégrité physique. Selon cette décision, il n'est plus nécessaire pour les personnes trans de se plier à des traitements d'assignation sexuée pour voir leur demande de changement de la mention du sexe à l'état civil aboutir. En effet, à l'époque des faits, le droit français conditionne la demande à la preuve « *du caractère irréversible de la transformation de [l']apparence* »⁴⁶¹. Or, en se basant sur l'article 8 de la CESDH, la Cour estime que l'exigence antérieure d'une stérilisation par les juges français viole le droit des individus au respect de leur intégrité physique. Notamment, elle met en avant que les personnes trans se trouvent face à un dilemme : « *soit subir malgré elles une opération ou un traitement stérilisant ou produisant très probablement un effet de cette nature, et renoncer au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique [...]; soit renoncer à la reconnaissance de leur identité sexuelle et donc au plein exercice de ce même droit* »⁴⁶². Cela reviendrait donc pour les personnes trans à devoir faire un choix entre d'un côté, leur droit au respect de leur vie privée, et de l'autre leur droit au respect de leur intégrité physique.

230. Conséquences. Les Etats n'ont désormais plus la seule obligation de prévoir des mesures afin de reconnaître sur le plan juridique la nouvelle identité sexuée d'une personne trans : cette procédure ne doit également pas être soumise à une condition d'irréversibilité, à savoir de stérilité, enfin de pouvoir l'appliquer à l'ensemble des individus.

2. Une protection de la vie privée des personnes trans.

a. Un consensus international.

231. Positions. De nombreux acteurs institutionnels européens et internationaux de défense des droits humains ont pris position en faveur de l'abandon de la condition de stérilité pour accéder à des opérations d'assignation sexuée ou obtenir un changement de sexe à l'état civil. Ces instances estiment que ce critère est contraire au respect des droits fondamentaux, et notamment au droit au respect de l'intégrité physique. Par exemple, le Commissaire aux droits de l'Homme estime que « *le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du*

⁴⁶⁰ CEDH, 7 avril 2017, *A. P. Garçon et Nicot c. France*, n°79885/12, 52596/13 et 53471/13.

⁴⁶¹ Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n°11-14.515, Bull. 2013, I, n°13.

⁴⁶² CEDH, 7 avril 2017, *A. P. Garçon et Nicot c. France*, n°79885/12, 52596/13 et 53471/13, §132.

genre la stérilisation ou toute autre opération chirurgicale » est « de toute évidence contraire au respect de l'intégrité physique de la personne »⁴⁶³. Le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants rappelle que « dans de nombreux pays les personnes transgenres sont tenues de subir une stérilisation souvent non désirée pour obtenir la reconnaissance juridique du sexe dont elles se sentent le plus proche »⁴⁶⁴. Le rapporteur recommande ainsi aux Etats « d'abroger toute loi qui autorise les traitements médicaux invasifs ou irréversibles », en faisant notamment référence à la « stérilisation involontaire »⁴⁶⁵.

b. La reconnaissance de l'identité trans.

232. Consentement. Ainsi, d'après la Cour dans l'arrêt *A.P, Garçon et Nicot c. France*, les personnes trans peuvent parfois être contraintes de suivre des traitements médicaux, impliquant notamment une stérilisation, afin de voir reconnaître leur nouvelle identité sexuée à l'état civil. En effet, le recours à ces traitements pourrait ne pas être véritablement consenti par les personnes trans : comme le souligne la Cour, « un traitement médical n'est pas véritablement consenti lorsque le fait pour l'intéressé de ne pas s'y plier a pour conséquence de le priver du plein exercice de son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel »⁴⁶⁶.

233. Non-discrimination. La décision retenue dans cette affaire permet alors de prendre en compte l'ensemble des personnes trans : le changement de la mention du sexe à l'état civil ne doit plus seulement être réservé aux individus ayant subi une opération d'assignation sexuelle, mais aussi à ceux qui ne souhaitent pas y recourir. La Cour s'appuie alors sur le fait que « toutes les personnes transgenres ne veulent – ou ne peuvent – pourtant pas subir un traitement ou une opération » ayant pour conséquence une transformation irréversible de leur apparence⁴⁶⁷.

234. Les atteintes au corps humain par le fait d'autrui sont donc prohibées grâce aux dispositions relatives à la torture et aux traitements cruels, inhumains et dégradants, mais aussi

⁴⁶³ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, op. cit., p. 9.

⁴⁶⁴ Conseil des droits de l'Homme, MENDEZ Juan E., *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 2013, §78.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, §88.

⁴⁶⁶ CEDH, 7 avril 2017, *A. P. Garçon et Nicot c. France*, n°79885/12, 52596/13 et 53471/13, §130.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, §126.

au droit au respect de la vie privée. Ce dernier, véritable « *droit gigogne* »⁴⁶⁸, recouvre également le droit à l'autodétermination et à l'autonomie personnelle⁴⁶⁹. Ainsi, la jurisprudence de la CEDH garantit également une certaine liberté de l'individu quant à « *l'usage qu'il fait de son enveloppe charnelle* »⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ MORON-PUECH Benjamin, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015. Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH) », in *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 23 mars 2015, §17.

⁴⁶⁹ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, §14.

Section 2 : La protection du droit à disposer de son corps.

235. Outre le fait d'interdire à autrui de porter atteinte au corps humain, le droit au respect de l'intégrité physique suppose un autre versant. Ainsi, l'article 8 de la CESDH garantit aux individus le droit de faire des choix concernant leurs propres corps et reconnaît, au-delà, le droit de disposer de son corps en tant que « *partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »⁴⁷¹.

236. **Plan.** Le principe d'autonomie personnelle permet en particulier aux individus de réaliser librement des actes portant atteinte à leur intégrité physique au nom du respect de leur identité de genre (§1). Cette identité est particulièrement protégée par le droit de la non-discrimination, qui condamne tout traitement différencié dans l'exercice du droit à disposer de son corps (§2).

§1. Droit à disposer de son corps et protection de l'identité de genre.

237. La Cour européenne des droits de l'Homme encourage la libre disposition du corps via la notion d'autonomie personnelle. Toutefois, ce principe est encore soumis à des restrictions, notamment lorsqu'il implique un rapport à autrui (A). En revanche, le droit à l'autodétermination s'applique aisément aux choix personnels de l'individu qui ne concernent que sa personne⁴⁷² : c'est le cas en matière de transsexualisme, dont le contentieux a, encore une fois, permis le développement d'une jurisprudence abondante en matière de droit à l'intégrité physique (B).

A. L'autodétermination : une subjectivisation du droit au respect de la vie privée.

238. La reconnaissance de l'autonomie personnelle encourage la protection de la liberté individuelle par les Etats (1), ces derniers étant toutefois en mesure d'y apporter des restrictions (2).

⁴⁷¹ CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, nos 42758/98 et 45558/99, §83 : « *Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* » ; Toutefois, certains auteurs ne semblent pas faire la même appréciation de la jurisprudence de la Cour, et estiment qu'elle ne reconnaît pas explicitement un droit à disposer de son corps, voir AILINCAI Mihaela, « Corps, genre et droit : Propos introductifs », art cit, §30.

⁴⁷² AILINCAI Mihaela, « Corps, genre et droit : Propos introductifs », art cit, §47.

1. Un principe en faveur de la liberté individuelle.

a. L'autonomie personnelle : une composante du droit au respect de la vie privée.

239. Affirmation. Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, la CEDH consacre pleinement le droit à l'autodétermination parmi les droits protégés par l'article 8 de la Convention⁴⁷³. Le principe d'autonomie personnelle reconnaît notamment à l'individu une maîtrise de son corps au service de son épanouissement personnel⁴⁷⁴ : cela renvoie par exemple au fait pour les individus de pouvoir choisir librement leur identité sexuelle⁴⁷⁵.

240. Volonté individuelle. Aussi, la Cour entend ce principe comme « *la possibilité pour chaque individu de mener sa vie comme bon lui semble* », et ce « *même si ses choix engendrent une atteinte à son intégrité physique ou psychique* »⁴⁷⁶. Selon le raisonnement adopté par les juges, c'est donc la volonté et le choix de l'individu qui doivent primer : il est à même de définir ce qui est convenable pour ses propres intérêts. Ainsi, « *même lorsque le comportement en cause représente un risque pour la santé* », la Cour considère « *l'imposition par l'Etat de mesures contraignantes ou à caractère pénal comme attentatoire à la vie privée* »⁴⁷⁷. Les individus ont le droit de porter atteinte à leur intégrité physique si cela constitue un souhait de leur part, et notamment afin de préciser leur identité.

b. L'autonomie personnelle : une protection de l'identité des individus.

241. Le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la CESDH implique la protection « *des choix identitaires de la personne* »⁴⁷⁸. Ainsi, la Cour précise que la sphère personnelle de chaque individu comprend « *le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »⁴⁷⁹. Elle reconnaît par exemple que certaines personnes peuvent « *ressentir le besoin d'exprimer leur personnalité par la manière dont elles décident de disposer de leur corps* »⁴⁸⁰.

⁴⁷³ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02, §61.

⁴⁷⁴ AILINCAI Mihaela, « Corps, genre et droit : Propos introductifs », art cit, §31.

⁴⁷⁵ CEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n°7525/76 : sans invoquer encore la notion d'autonomie personnelle, la Cour condamne les incriminations pénales relatives à l'accomplissement d'actes homosexuels entre adultes consentants (§60).

⁴⁷⁶ FERRIE Scarlett-May, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine: essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, 2018, p.17.

⁴⁷⁷ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02, §62.

⁴⁷⁸ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., §631.

⁴⁷⁹ CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n°28957/95, §90.

⁴⁸⁰ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02, §66.

242. Le principe d'autonomie personnelle est donc apprécié de manière large, et vise à protéger les aspects les plus intimes de la vie privée des individus. Cependant, pour certains auteurs, cette conception de l'autodétermination revient à consacrer « *un droit à l'auto-institution du sujet* », et à « *exiger la ratification par l'Etat de ses choix* »⁴⁸¹. Cette analyse nous paraît néanmoins exagérée, dans la mesure où le principe d'autonomie personnelle n'est pas sans connaître des restrictions.

2. Un droit susceptible d'être modéré.

a. Le respect des obligations positives des Etats.

243. Le droit à l'autodétermination des individus ne retire pas aux Etats le devoir de répondre à leurs obligations positives⁴⁸². Par exemple, la Cour estime que les Hautes Parties contractantes ont l'obligation de protéger « *les personnes vulnérables même contre des agissements par lesquels elles menacent leur propre vie* »⁴⁸³. Plus spécifiquement en matière d'autonomie personnelle, les Etats peuvent intervenir afin de limiter ce droit dans le domaine de la sexualité : selon la Cour, « *si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible* », il faut toutefois que ce droit s'exerce selon « *la volonté de la « victime » de ces pratiques* »⁴⁸⁴. Les Etats doivent donc veiller à ce qu'une pratique portant atteinte à l'intégrité physique d'un individu soit effectivement le fruit de sa propre volonté.

b. Le respect de l'intérêt collectif.

244. La consécration d'une libre disposition de son corps pour les individus peut aussi trouver une limite dans la nécessité de protéger l'intérêt collectif, y compris contre la volonté de la personne. Il s'agit par exemple de vouloir préserver des « *valeurs sociales au fondement de la collectivité* »⁴⁸⁵, ou encore d'assurer le respect de l'ordre public. À ce titre, un parallèle peut être fait avec l'évolution du contentieux relatif à la fin de vie devant la CEDH. Si la Cour reconnaît que le respect du droit à la vie privée permet aux individus de décider de quelle manière et à quel moment leur vie doit prendre fin, elle constate toutefois que les Etats

⁴⁸¹ WACHSMANN P. et MARIENBURG-WACHSMANN A, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », art cit, p. 1178.

⁴⁸² CEDH, 16 juin 2005, *Storck c. Allemagne*, n°61603/00, §149.

⁴⁸³ CEDH, 20 juin 2011, *Haas c. Suisse*, n°31322/07, §54.

⁴⁸⁴ CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D c. Belgique*, n°s 42758/98 et 45558/99, §85.

⁴⁸⁵ AILINCAI Mihaela , « Corps, genre et droit : Propos introductifs », art cit, §43.

« semblent donner plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin »⁴⁸⁶. Ainsi, même si une personne désire selon sa propre volonté avoir recours à une euthanasie, les questions relatives à la fin de vie semblent encore trop controversées pour pouvoir asseoir entièrement la volonté individuelle.

245. Dès lors, si la notion d'autonomie personnelle est susceptible de connaître des restrictions lorsqu'elle touche aux droits et libertés d'autrui, elle est entendue plus largement lorsque les choix concernent l'individu seul : c'est le cas pour les personnes trans.

B. L'autodétermination : un fondement pertinent en matière de transidentité.

246. Le droit à l'autodétermination est reconnu en particulier pour les personnes trans en tant que minorités (1), la transidentité étant perçue comme une identité à part entière (2).

1. La reconnaissance des personnes trans comme minorité sexuée.

a. Une acceptation sociale accrue.

247. Dans l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, la requérante se plaignait du refus des autorités britanniques de reconnaître sa nouvelle identité sexuée sur le plan juridique. La CEDH prit une décision radicalement différente des affaires *Rees*⁴⁸⁷ et *Cossey*⁴⁸⁸, puisqu'elle conclut cette fois à la violation du droit au respect de la vie privée : la Cour estima que la tendance internationale vers une acceptation sociale accrue des personnes « transsexuelles » ne permettait plus à l'Etat d'invoquer sa marge nationale d'appréciation⁴⁸⁹. Cet argument s'inscrit dans l'évolution progressive de la jurisprudence des juges de Strasbourg. En 1998, sans aboutir à un constat de violation de l'article 8, ils faisaient toutefois état d'une « augmentation de l'acceptation sociale du phénomène et [d']une reconnaissance croissante des problèmes auxquels ont à faire face les transsexuels opérés »⁴⁹⁰ dans une affaire présentant des faits similaires.

b. La transidentité comme identité sexuée.

248. Selon la CEDH, la notion d'autonomie personnelle garantit « le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »⁴⁹¹ : ainsi, au nom des principes de dignité

⁴⁸⁶ CEDH, 20 juin 2011, *Haas c. Suisse*, n°31322/07, §55.

⁴⁸⁷ CEDH, Plénière, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81.

⁴⁸⁸ CEDH, Plénière, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n°10843/84.

⁴⁸⁹ CEDH, Grde Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, n°28957/95, §93.

⁴⁹⁰ CEDH, Grde Ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n°s 22985/93 et 23390/94, §60.

⁴⁹¹ CEDH, Grde Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, n°28957/95, §90.

et de liberté de l'être humain, les individus sont en mesure de choisir leur « identité sexuelle ». Ce raisonnement est appliqué aux personnes trans, puisque dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, les juges considèrent « qu'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles »⁴⁹². D'autre part, dans l'arrêt *Van Kück c. Allemagne*, la CEDH se prononce sur le remboursement des frais occasionnés suite à une opération de conformation sexuée d'une personne trans. Elle affirme que l'identité sexuelle est « l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de l'individu »⁴⁹³ et que la liberté de définir son appartenance sexuelle est « l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination »⁴⁹⁴.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne a progressivement reconnu la transsexualité comme une « identité sexuelle », qui doit à ce titre être protégée.

2. La nécessité de respecter le choix des personnes trans.

a. Le droit de se soumettre à une opération d'assignation sexuée.

249. Choix libre. La CEDH estime que l'identité sexuelle étant l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, les personnes trans n'ont pas à prouver la nécessité médicale d'un traitement. Même si le traitement en question est irréversible, elles sont libres de pouvoir affirmer et définir leur identité⁴⁹⁵. Ainsi, comme l'exprime le juge Ress dans son opinion concordante, « la décision de la personne concernée doit toujours être le critère déterminant en dernier ressort pour l'appréciation de la nécessité de l'opération »⁴⁹⁶. Une personne trans peut délibérément porter atteinte à son intégrité physique dans le cadre d'une opération de conformation sexuée, puisqu'il en va de la protection de son droit à l'autodétermination.

250. Garantie de l'Etat. Aussi, la Cour a été amenée à constater la violation de l'article 8 de la Convention en raison de l'absence de structure médicale appropriée facilement accessible aux personnes trans désirant se soumettre à une opération de conversion sexuée complète⁴⁹⁷. En l'espèce, cela plaçait le requérant dans une situation d'incertitude quant à sa vie privée :

⁴⁹² CEDH, Grde Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, n°28957/95, §91.

⁴⁹³ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n°35968/97, §56.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, §73.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, §56.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, Opinion concordante de M. Le juge Ress, p. 27.

⁴⁹⁷ CEDH, 11 septembre 2007, *L. c. Lituanie*, n°27527/03.

les Etats ont donc l'obligation de permettre aux personnes trans qui souhaitent recourir à une chirurgie de garantir l'accès à des traitements médicaux.

b. Reconnaître juridiquement les opérations d'assignation sexuée.

251. Obligation légale. Les Etats ont l'obligation de reconnaître les conséquences d'une conversion sexuée sur le plan juridique. Les juges européens prescrivent aux autorités une obligation positive : celle de prendre les mesures nécessaires afin de permettre une mise en conformité entre le sexe juridique et le sexe adopté après des traitements d'assignation sexuée. À ce titre, la CEDH estime que le refus des autorités d'autoriser le changement de prénom au cours du processus de transition sexuelle et avant l'aboutissement de l'opération de conversation d'une personne trans constitue une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée⁴⁹⁸.

Choix des moyens. Toutefois, les Etats demeurent libres de définir les moyens par lesquels une personne trans doit pouvoir revendiquer sa nouvelle identité sexuée, et disposent à ce titre d'une marge d'appréciation relativement large.

252. Le droit à disposer de son corps permet ainsi aux individus de porter atteinte à leur intégrité physique au nom du droit à l'autonomie personnelle, dont le consentement et la volonté sont des aspects déterminants. Les personnes trans disposent en particulier de ce droit afin de définir leur identité, protégée par le droit de la non-discrimination.

§2. Droit à disposer de son corps et droit de la non-discrimination.

253. Le droit de la non-discrimination vise à protéger les individus contre un traitement différencié en raison de leur appartenance à un certain groupe social ou d'une caractéristique particulière. Il a ainsi pour objectif de garantir la jouissance des droits et libertés fondamentaux à toute personne, sans distinction, dont celui du droit à disposer de son corps. Comme le souligne le HCDH, les personnes intersexes sont victimes de discriminations et de violences tout au long de leur vie du fait de leur intersexuation⁴⁹⁹, notamment en ce qui concerne l'accès à des soins médicaux⁵⁰⁰. Le HCDH appelle dès lors les Etats à « *interdire la discrimination*

⁴⁹⁸ CEDH, 11 octobre 2018, *S.V c. Italie*, n°55216/08, §75.

⁴⁹⁹ HCDH, *Libres & égaux : visibilité intersexe*, op. cit., p. 1.

⁵⁰⁰ GHATTAS Dan Christian, « Standing-up for the human rights of intersex people », art cit, p. 432.

*fondée sur les caractères sexuels ou le « statut » intersexe »*⁵⁰¹, distinguant implicitement le sexe et l'identité des personnes intersexes.

254. Deux approches sont envisageables afin de garantir aux personnes intersexes un traitement non-différencié dans leur droit à disposer de leur corps : se fonder sur le motif du sexe, ce qui implique d'interpréter la notion en dehors de toute considération liée à la binarité sexuée (A), ou sur celui de l'identité de genre, qui renvoie ici au sexe social et au sentiment d'appartenance d'un individu (B).

A. Le sexe comme motif de non-discrimination.

255. Le motif de sexe semble être un outil pertinent afin d'assurer aux personnes intersexes la protection de leurs droits fondamentaux (1), à condition de pouvoir détacher cette notion de la binarité (2).

1. Un motif envisagé pour la protection des droits des personnes intersexes.

a. Une notion entendue au prisme de la binarité.

256. Principe. Le sexe est l'une des caractéristiques protégées par le droit de la non-discrimination⁵⁰² : une différence de traitement ne saurait être fondée en raison du sexe d'un individu. Ainsi, selon l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, un tel traitement sera qualifié de discriminatoire s'il est fondé sur le fait qu'une personne est une femme ou un homme⁵⁰³.

Binarité. En effet, ce raisonnement à l'aune de la binarité sexuée semble relativement « évident »⁵⁰⁴ : si la plupart des textes relatifs à la condamnation de la discrimination sur le sexe ne précisent pas qu'il s'agit spécifiquement des sexes féminin et masculin⁵⁰⁵, cette caractéristique est pourtant constamment utilisée selon une approche binaire des sexes, et semble difficilement mobilisable en dehors de cette contrainte.

⁵⁰¹ HCDH, *Libres & égaux : visibilité intersexe*, op. cit., p. 2.

⁵⁰² *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, FRA, Conseil de l'Europe, « Office des publications de l'Union européenne », 2018, p.181 : « par caractéristique protégée on entend une caractéristique qui ne peut être jugée pertinente pour justifier une différence de traitement ou l'octroi d'un avantage particulier ».

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 182.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ Par exemple, le premier alinéa de l'article 2 de la DUDH énonce que « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe [...] ». (Déclaration universelle des droits de l'Homme, 1948) ; voir également l'article 14 de la CESDH : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe [...] ».

b. Un outil mobilisable contre les discriminations envers les personnes intersexes ?

257. Fondement. Selon l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, les différences de traitements réservés aux personnes intersexes peuvent être considérées comme des discriminations fondées sur le sexe, en tant que sexe assigné à un individu dès sa naissance⁵⁰⁶. Les personnes intersexes devraient donc notamment être protégées par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui interdit entre autres toute discrimination fondée sur le sexe⁵⁰⁷. Toutefois, l'Agence retient qu'aucune législation ou contentieux ne se base actuellement sur ce motif afin d'assurer la protection des droits fondamentaux des personnes intersexes⁵⁰⁸.

258. Droit comparé. Quelques évolutions législatives dans certains pays doivent à ce titre être relevées. Par exemple, la loi adoptée en 2005 en Afrique du Sud a apporté des modifications sur la législation en matière d'égalité. Les personnes intersexes sont expressément mentionnées, le terme « intersexe » étant défini comme « *une différence sexuelle congénitale qui est atypique, dans quelque mesure que ce soit* », et désormais, la notion de « sexe » englobe celle d'intersexe⁵⁰⁹. L'Allemagne a quant à elle adopté le même raisonnement lors de l'adoption de la loi générale sur l'égalité de traitement en 2016⁵¹⁰.

259. Ces exemples laissent penser que le motif de sexe pourrait être utilisé dans le cadre des droits des personnes intersexes. De plus, une fois interprété en dehors de toute référence au modèle de la binarité sexuée, il présente un certain avantage : celui de s'appuyer sur un motif préexistant au sein des outils juridiques actuels⁵¹¹. Toutefois, encore faut-il que la catégorie « sexe » puisse être entendue en dehors de la traditionnelle binarité sexuelle... Cela paraît difficilement envisageable au vu du contentieux du droit de la non-discrimination relatif à l'utilisation du critère de sexe.

⁵⁰⁶ FRA, *The fundamental rights situation of intersex people*, Autriche, FRA, 2015, p.3.

⁵⁰⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, Article 21 « Non-Discrimination » : « *Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

⁵⁰⁸ *The fundamental rights situation of intersex people*, op. cit., p. 3.

⁵⁰⁹ Judicial Matters Amendment Act 2005 (loi de 2005 portant modification de questions judiciaires), loi n°22 de 2005, République d'Afrique du Sud, Journal officiel, n°28391, 11 janvier 2006.

⁵¹⁰ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (loi générale sur l'égalité de traitement), 14 août 2006 (BGBl. I S. 1897).

⁵¹¹ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 47.

2. La jurisprudence des cours européennes en matière de discriminations fondées sur le sexe.

a. Le contentieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

260. Dispositions. L'article 14 de la CESDH prohibe les discriminations relatives à l'ensemble des droits protégés par le texte : non-autonome, cet article peut seulement être invoqué en complément d'un autre article de la Convention⁵¹². Afin d'appliquer ce mécanisme de lutte contre la discrimination, la Cour observe d'abord si les situations alléguées sont comparables. Dans l'affirmative, elle vérifie que la différence de traitement poursuit un but légitime selon des moyens proportionnés pour atteindre cet objectif.

261. Application. Ainsi, dans l'arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2010, le requérant, militaire de sexe masculin, se trouvait dans une situation comparable à celle des militaires de sexe féminin. Toutefois, la différence de traitement entre ces deux catégories d'individus ne reposait pas sur une justification objective et raisonnable au regard de l'article 14. En effet, « *la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans la société ne peut servir à justifier l'exclusion des hommes [...] du droit au congé parental* »⁵¹³. Ainsi, si la Cour condamne « *la différence sociale indûment déduite d'une différence biologique* »⁵¹⁴, c'est seulement selon une perspective binaire des sexes. A maintes reprises, les juges font référence à la dichotomie sexuée afin de fonder leur raisonnement⁵¹⁵.

b. Le contentieux devant la Cour de justice de l'Union européenne.

262. Interprétation. Ce même constat peut être observé au sein des instances de l'UE. En effet, le Parlement européen reconnaît lui-même que les instruments de lutte contre la discrimination au sein de l'UE et des législations internes de la plupart des Etats membres « *n'incluent pas la discrimination fondée sur les caractéristiques sexuelles, que ce soit en tant que catégorie autonome ou interprétée comme une forme de discrimination fondée sur le*

⁵¹² Toutefois, il est à noter que le protocole n°12 additionnel à la Convention adopté en 2000 étant le champ d'application de l'article 14 à l'ensemble des droits prévus par les législations nationales. A l'heure actuelle, seuls vingt Etats ont signé et ratifié le protocole.

⁵¹³ CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n°30078/06, §143.

⁵¹⁴ LECUYER Yannick, « Le genre et la Cour européenne des droits de l'homme » in *Le droit à l'épreuve du genre*, HAUTEBERT Joël (dir.), Limoges, PULIM, « CIAJ », 2016, p. 101-119, p. 102.

⁵¹⁵ CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n°30078/06 : « *les hommes comme les femmes peuvent prendre un congé parental* » (§140), « *tant les hommes que les femmes travaillant dans le civil* » (§142), « *les femmes sont moins nombreuses que les hommes dans l'armée* » (§144).

sexe »⁵¹⁶. La notion de discrimination fondée sur le sexe tient seulement compte de la binarité et n'envisage pas les caractéristiques sexuelles, bien que le Parlement fasse part de son « regret » quant à cette interprétation⁵¹⁷.

263. Raisonement. Ainsi, dans l'arrêt *P. contre S. et Cornwall Country Council* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), le juge se prononça sur le licenciement d'une personne trans en raison de son opération de changement de sexe. Il estima que le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes⁵¹⁸ « ne saurait être réduit aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ». S'il doit aussi s'appliquer « aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe de la personne »⁵¹⁹, ce n'est toutefois pas sans remettre en question la binarité sexuelle. La CJUE relève seulement que la requérante a « fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération »⁵²⁰, à savoir les personnes de sexe masculin.

264. Le sexe comme motif de discrimination envers les personnes intersexes semble donc difficilement mobilisable. Qu'en est-il de la notion de genre, motif lui aussi utilisé comme mécanisme de non-discrimination ?

B. L'identité de genre comme motif de non-discrimination.

265. L'identité de genre est désormais un motif à part entière du droit de la non-discrimination afin de prohiber tout traitement différencié sur la base de ce critère (1). Il convient donc d'appréhender cet outil juridique en matière de respect des droits fondamentaux des personnes intersexes (2).

1. La consécration de l'identité de genre.

a. L'appréhension du terme par les organes de protection des droits humains.

266. Identité de genre. L'identité de genre est décrite comme « l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie » par le Commissaire aux droits de l'Homme⁵²¹. Selon les Principes

⁵¹⁶ Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées (2018/2878(RSP)), §K.

⁵¹⁷ *Ibid.*, §10.

⁵¹⁸ Affirmé au sein de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, article 5§1.

⁵¹⁹ CJCE, 30 avril 1996, *P. v. S. and Cornwall Country Council*, C-13/94, §20.

⁵²⁰ *Ibid.*, §21.

⁵²¹ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, *op. cit.*, p. 3.

de Jogjakarta, l'identité de genre fait référence à « *l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps [...] et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* »⁵²². Le principe n°18 rappelle également que « *l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées* ». La notion d'identité de genre permet également de condamner les stéréotypes discriminatoires.

267. Stéréotypes. L'article 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes enjoint les Etats à prendre des mesures visant à lutter contre les stéréotypes sexistes⁵²³. Selon le Comité en charge de l'application du texte, si le terme de « genre » n'est pas employé directement et explicitement au sein de la Convention, il est pourtant mobilisable en tant que tel. Ainsi, « *la discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs* », et notamment à « *l'identité de genre* »⁵²⁴. Au niveau européen, la Convention d'Istanbul signée en 2011 par le Conseil de l'Europe condamne explicitement les actes de violence fondés sur le genre. Le texte précise que le terme genre doit être entendu comme désignant « *les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes* »⁵²⁵. La CEDH utilisa quant à elle la première fois le terme « *gender* » dans son arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990⁵²⁶.

b. L'identité de genre reconnu comme motif de discrimination.

268. Les traités internationaux de droits humains comportent « *des dispositions antidiscriminatoires non limitatives* »⁵²⁷ : en ce sens, même si l'identité de genre n'est pas explicitement mentionnée comme motif de discrimination, c'est une caractéristique désormais

⁵²² Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007.

⁵²³ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) du 18 décembre 1979, article 5.

⁵²⁴ CEDEF, *Recommandation générale n°28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 16 décembre 2010, CEDAW/C/GC/28, §18.

⁵²⁵ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 2011, article 3, c).

⁵²⁶ Toutefois, comme le souligne Y. Lécuyer, il faut noter que la Cour fait référence à la notion de « sexe social » dès 1980 dans son arrêt *Van Oosterwijck c. Belgique* sans citer explicitement la notion de « genre » ; Voir LECUYER Yannick, « Le genre et la Cour européenne des droits de l'homme » in *Le droit à l'épreuve du genre*, HAUTEBERT Joël (dir.), Limoges, PULIM, « CIAJ », 2016, p. 102.

⁵²⁷ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, op. cit., p. 4.

protégée par la plupart des instruments internationaux et européens du droit de la non-discrimination. Ainsi, la CEDH estime que le mécanisme de l'article 14 de la Convention relatif à l'interdiction de la discrimination est applicable à l'identité de genre des individus⁵²⁸, au titre de l'expression « *toute autre situation* »⁵²⁹. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, adopte le même raisonnement : l'expression « *toute autre situation* » inscrite au second paragraphe de l'article 2 du PIDESC⁵³⁰ doit être appréhendée de manière souple afin d'envisager les différentes formes possibles de discrimination en tenant compte de l'évolution du contexte social⁵³¹. Elle comprend notamment l'identité sexuelle⁵³² : le Comité constate à ce titre que les personnes intersexes « *sont souvent exposées de graves atteintes à leurs droits fondamentaux* »⁵³³ en raison de cette caractéristique. Ainsi, les dispositions relatives au principe de non-discrimination au sein des conventions internationales ne sont pas limitées : elles s'appliquent donc en théorie directement aux personnes intersexes⁵³⁴.

2. L'identité de genre : une protection des personnes intersexes comme minorité ?

a. La protection des minorités selon leur identité de genre.

269. Principe. La nécessité de protéger les personnes appartenant à un groupe minoritaire est directement affirmée par la CEDH dans son arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981. Selon la Cour, « *la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité* » ; ainsi, « *elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante* »⁵³⁵.

⁵²⁸ CEDH, 4^{ème} sec., 12 mai 2015, *Identoba et autres c. Géorgie*, n°73235/12, §96.

⁵²⁹ L'article 14 de la CESDH énonce que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

⁵³⁰ Article 2, §2 : « *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

⁵³¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°20 – La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels*, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, §27.

⁵³² L'utilisation du terme « *identité sexuelle* » par le Comité porte à confusion, puisque ce terme peut désigner l'attrance sexuelle d'un individu pour d'autres personnes. Toutefois, il se réfère également à « *l'orientation sexuelle* » au sein de son développement : on peut dès lors penser que le Comité a entendu le terme « *d'identité sexuelle* » comme synonyme de « *d'identité de genre* », ce qui nous paraît plus approprié.

⁵³³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°20 – La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels*, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20, §32.

⁵³⁴ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 29.

⁵³⁵ CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, n°7601/76 et 7806/77, §63.

270. Minorités sexuelles et de genre. Elle a rappelé ce principe dans un arrêt du 16 juillet 2019 à propos du refus des autorités russes d'enregistrer des associations agissant pour la protection des droits de personnes LGBT. Or, selon la Cour, les autorités doivent prendre toute mesure pour protéger les droits des minorités⁵³⁶. Ainsi, puisque les personnes intersexes sont désormais considérées comme appartenant à la communauté LGBT⁵³⁷, dans quelles mesures peuvent-elles être considérées comme des personnes appartenant à une minorité de genre afin de bénéficier des outils juridiques de lutte contre la discrimination ?

b. Application à l'intersexuation.

271. Hypothèse. Selon l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, la discrimination fondée sur l'identité de genre est également applicable aux personnes intersexes. D'une part, en ce qui concerne « *l'enregistrement du sexe d'un nouveau-né comme masculin ou féminin* », et d'autre part, lorsque « *les interventions médicales pratiquées sur les bébés afin de leur imposer un sexe donné alors que le sexe du nouveau-né n'est pas clairement déterminé* »⁵³⁸. Pour certains auteurs, en s'appuyant sur le raisonnement de la CJUE⁵³⁹, « *il ne serait pas illogique de considérer les distinctions fondées sur l'intersexualisme* » comme « *des distinctions fondées sur le genre* »⁵⁴⁰.

272. Droit comparé. La loi espagnole de 2012 sur l'interdiction de la discrimination fondée sur l'identité de genre et pour la reconnaissance des personnes transgenres vise également les personnes intersexes : elle a notamment pour objet de « *combattre toutes les formes de discrimination subies dans le milieu social, culturel, professionnel ou éducatif* » envers les personnes intersexuées⁵⁴¹. En Finlande, la loi de 2015 sur l'égalité entre les genres s'applique

⁵³⁶ CEDH, 16 juillet 2019, *Zhdanov et autres c. Russie*, n°12200/08 et n°58282/12, §163 : « *The Court considers that reference to the consciousness of belonging to a minority, the preservation and development of a minority's culture or the defence of a minority's rights cannot be said to constitute a threat to "democratic society", even though it may provoke tensions. The emergence of tensions is one of the unavoidable consequences of pluralism, that is to say the free discussion of all political ideas. Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other* ».

⁵³⁷ De plus en plus d'organisations ou d'associations ajoutent la lettre « I » à l'acronyme « LGBT » afin d'intégrer les personnes intersexes (voir par exemple l'Agence des Nations-Unies pour les réfugiés : <https://www.unhcr.org/fr/lgbti.html>, ou encore Amnesty international : <https://www.amnesty.fr/focus/lgbti>).

⁵³⁸ *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, op. cit., p. 198.

⁵³⁹ Notamment sur l'arrêt *P. contre S. et Cornwall Country Council*, voir supra n°263.

⁵⁴⁰ SCHIEK, WADDINGTON, BELL, *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law. Ius commune casebooks for the common law of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 79, cité par Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 30.

⁵⁴¹ Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales (loi no 14/2012 du 28 juin sur l'interdiction de la discrimination fondée sur l'identité de genre et pour la reconnaissance des droits des personnes transgenres)

explicitement aux « *personnes présentant des caractéristiques physiques sexuelles qui ne sont pas clairement masculines ou féminines* ». Enfin, dans les deux arrêts rendus en 1999 par la Cour constitutionnelle de Colombie, le juge a reconnu aux personnes intersexes le statut de minorité. Cela implique une protection de l'Etat contre les discriminations dont sont victimes les personnes appartenant à cette catégorie⁵⁴².

273. Limite de la binarité. Tout comme la catégorie de sexe, « *la notion d'identité de genre a toutefois des limites infranchissables car elle se fonde sur l'existence présupposée de deux sexes juridiquement établis* »⁵⁴³. Ainsi, le Commissaire aux droits de l'Homme souligne à juste titre que les notions de sexe et d'identité de genre sont utiles « *à condition qu'elle[s] ne renvoie[nt] pas simplement à la dichotomie binaire homme-femme* » : dans le cas contraire, cela reviendrait « *à restreindre la prise en compte des personnes intersexes* »⁵⁴⁴. Ce n'est pas le cas, puisque « *le dispositif de bicatégorisation sexuée des individus demeure par conséquent impensé du point de vue du droit de la non-discrimination* »⁵⁴⁵. Aussi, le droit de la non-discrimination demeure « *hermétique à la dimension la plus révolutionnaire du genre, non pas celle qui remet en cause les rôles sociaux de sexe hiérarchisés et naturalisés, mais celle qui entend interroger le fondement même de la bicatégorisation sexuée, le système constitutif de la différence des sexes* »⁵⁴⁶. A titre d'exemple, la CEDEF fait référence à « *l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes* » dans son article 5⁵⁴⁷.

274. Bilan du Chapitre 1. Dès lors, au vu de la multitude d'outils juridiques au sein du droit international et européen des droits humains, que ce soit en matière de protection contre toute atteinte à l'intégrité physique ou du droit à disposer de son corps, comment interpréter la difficulté des droits humains à assurer le respect des droits fondamentaux des personnes intersexes ? La reconnaissance seulement partielle des minorités de sexe et de genre par le droit international et européen des droits humains est liée à son fondement sur la bicatégorisation des individus : ainsi, si les personnes trans ont pu obtenir des avancées

⁵⁴² Corte Constitucional de Colombia (Cour constitutionnelle de Colombie), Sentencia SU-337/99, 12 mai 1999, et Sentencia T-551/99, 2 août 1999.

⁵⁴³ BORRILLO Daniel, « L'identité de genre et le droit: entre ordre public et vie privée », art cit, p. 4.

⁵⁴⁴ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes, op. cit.*, p. 30.

⁵⁴⁵ FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art cit, §47.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, §34.

⁵⁴⁷ AGNU, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, article 5.

majeures concernant le respect de leurs droits fondamentaux, les personnes intersexes font face à une négligence (quasi) totale de la part des organes de protection des droits humains. Les droits fondamentaux n'ont visiblement pas de force par rapport à l'ancrage de la binarité dans le droit. Ils sont eux-mêmes fondés sur la binarité sexuée, et participent largement à la prévalence de la « *valence différentielle des sexes* »⁵⁴⁸ comme norme juridique.

275. L'élévation de la bicatégorisation sexuelle en norme juridique est donc au fondement de la difficulté du droit à saisir les personnes intersexes, et ainsi à assurer le respect de leurs droits fondamentaux. Du fait de la bicatégorisation, les intersexes ne peuvent faire le choix du « *non-choix* »⁵⁴⁹ : leur droit à l'autodétermination est en réalité fictif.

⁵⁴⁸ HERITIER Françoise, *Masculin/féminin*, Paris, O. Jacob, 2018, 326 p.

⁵⁴⁹ MATTIUSI Julie, *L'apparence de la personne physique : pour la reconnaissance de la liberté*, *op. cit.*, p. 214.

Chapitre 2 : Préférer l'injustice au désordre : la bicatégorisation au fondement de l'ordre juridique.

276. Le corps humain, et en particulier le corps des personnes intersexes, est « *par excellence, le lieu de rencontre du sexe et du genre* »⁵⁵⁰. A la différence de l'émergence de la question trans, qui a permis un changement de sexe « *à l'intérieur des catégories existantes et reconnues* »⁵⁵¹ et donc sans remettre en cause « *le recours à la classification binaire hommes / femmes* »⁵⁵², la situation des personnes intersexes remet en cause les fondements mêmes de la bicatégorisation. En effet, puisque « *toute classification est arbitraire* » en ce que « *la nature ne classe pas* »⁵⁵³, la catégorisation des individus en deux et seulement deux sexes relève d'une construction, d'un choix de la part du législateur. La traduction juridique de la réalité biologique des corps doit donc être remise en question, et le rapport de cause à effet doit être inversé : c'est bien le genre (entendu ici selon sa seconde acceptation, comme un dispositif d'assignation et de classification de l'individu) qui est à la source de la différence entre les sexes, et non l'inverse. Pourtant, le droit n'interroge jamais ce système de bicatégorisation : la binarité des sexes demeure la norme, au fondement même de la définition juridique de la personne. Le droit omet ainsi de penser le genre comme « *l'appareil de production et d'institution des sexes eux-mêmes* », en l'occurrence des sexes féminin et masculin⁵⁵⁴.

277. Plan. L'ordre juridique, y compris le droit international et européen des droits humains, participe et encourage le maintien d'un système où la bicatégorisation des individus est la seule représentation possible, laissant à la marge les personnes intersexes. Notre analyse consistera d'abord à défaire la fiction juridique de la binarité des sexes comme norme à la fois naturalisée et juridique (Section 1). Cela nous conduira ensuite à tenter de la reconstruire : la bicatégorisation, en ce qu'elle participe à la définition même de la personne juridique, peut-elle être réinventée afin d'intégrer pleinement les personnes intersexes au sein de l'ordre juridique et tendre à assurer le respect de leurs droits fondamentaux ? (Section 2).

⁵⁵⁰ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, op. cit., p. 23.

⁵⁵¹ INGALL-MONTAGNIER, *Avis de l'avocat général*, 21 mars 2017.

⁵⁵² GROSSHOLZ Caroline, « La classification sexuelle des êtres humains à l'épreuve des droits fondamentaux », in *La Semaine Juridique - Edition Générale*, n°24, 17 juin 2019, p. 1151-1160, p. 1151.

⁵⁵³ VERCORS, « *Les animaux dénaturés* », Albin Michel, 1988, p.61.

⁵⁵⁴ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 69.

Section 1 : La consécration de la binarité sexuée par l'ordre juridique : déconstruire une norme artificielle.

- 278.** Les catégories juridiques sont « *un ensemble de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou tout autre norme attache des conséquences juridiques* », et certaines d'entre elles « *semblent coller le plus étroitement au réel* »⁵⁵⁵. C'est le cas de la dualité des sexes, présentée comme une évidence naturelle que l'ordre juridique ne fait qu'entériner. Le modèle de la binarité des sexes est à ce titre le garant d'un contrôle social normalisateur⁵⁵⁶, qui se révèle particulièrement sur les personnes intersexes.
- 279.** La perpétuation de la dichotomie des sexes par l'ordre juridique maintient et diffuse une conception des rapports sociaux où l'identification des individus en qualité de femme ou d'homme est la seule possibilité. Cela a pour conséquences de produire des normes de genre au sein de l'ordre juridique, qui, une fois reproduites sur le corps des personnes intersexes, sont difficilement remises en question. Elles sont en effet légitimées par le discours juridique, et ce malgré l'atteinte portée au droit à l'intégrité physique de ces individus. Le droit oublie volontairement que le corps « *est lui-même une construction* », et qu'il n'a pas « *d'existence signifiante avant la marque du genre* »⁵⁵⁷.
- 280. Plan.** Ainsi, il nous faut interroger les fondements mêmes de la bicatégorisation : si la binarité des sexes est une norme construite traduite au sein de l'ordre juridique (§1), elle perpétue en conséquence la production de normes genrées qui trouvent une traduction directe dans la normalisation des corps intersexes à ces stéréotypes (§2).

§1. La dualité des sexes comme fiction juridique et culturelle.

- 281.** La distinction des individus en seulement deux sexes, féminin et masculin, est une représentation fortement imprégnée au sein de l'ordre social et juridique⁵⁵⁸. Sans nier le poids de ce dogme, il est toutefois nécessaire de nuancer sa fatalité : la binarité des sexes est le fruit d'une construction entérinée par le discours juridique (A), dont l'autorité est fondée sur un processus de naturalisation (B).

⁵⁵⁵ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques » in *Mélanges Andrée Lajoie*, s.l., Éditions Thémis, 2008, p. 659-689, p. 659.

⁵⁵⁶ LOCHAK Danièle, « Droit, normalité et normalisation » in *Le droit en procès*, CHEVALLIER Jacques (dir.), Paris, PUF, 1983, p. 51-71.

⁵⁵⁷ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 71.

⁵⁵⁸ Ainsi, la Cour de cassation estime que « *la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes d'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* » (Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n°16-17.189, JCP G, 2017, 663, 1129).

A. La binarité sexuelle : une norme devenue juridique.

282. Les personnes intersexes sont-elles des « incohérences » par rapport à la binarité sexuée, qui irrigue les représentations sociales et juridiques du sexe des individus ? En toute évidence, un individu qui ne fait pas exactement partie de la catégorie femelle ou mâle relève aujourd'hui d'une « *aberration* »⁵⁵⁹. Ce modèle de la binarité n'a pourtant pas toujours été dominant (1), même s'il est aujourd'hui largement consacré par le discours juridique (2).

1. La binarité sexuée : un modèle soi-disant incontestable.

a. Un modèle relativement récent.

283. **Du modèle unisexe...** La binarité des sexes n'a pas toujours été le modèle dominant afin de distinguer les individus. Ainsi, à partir de l'Antiquité et jusqu'au XVIII^{ème} siècle, la théorie prévalente est celle d'un modèle unisexe hiérarchisé⁵⁶⁰ : l'ensemble des individus sont placés sur un continuum, au sommet duquel se trouve le corps masculin, aboutissement d'un modèle corporel parfait⁵⁶¹. Au sein des sciences médicales, les corps se distinguent alors selon une variation de leur anatomie : le vagin est associé à un pénis interne, et les ovaires à des testicules n'ayant pas achevé leur développement⁵⁶². Cette logique tient de l'androcentrisme : la femme est un homme inaccompli. Ainsi, le sexe n'était pas aussi catégorique : il était aisé de « *faire basculer un corps d'une catégorie juridique (féminine) à l'autre (masculine)* »⁵⁶³.

284. **... au modèle binaire.** Selon T. Laqueur, ce modèle conceptuel est progressivement concurrencé au siècle des Lumières par celui, aujourd'hui prévalent, de la différence sexuelle⁵⁶⁴. Il consiste à distinguer clairement entre les sexes féminin et masculin : il n'est plus question d'envisager les corps sur un même axe, mais de tracer deux lignes distinctes et parallèles sur lesquelles s'expriment des caractéristiques propres à chaque sexe, et « *en dehors desquels nul ne peut trouver de place* »⁵⁶⁵. La différence biologique des sexes est alors perçue

⁵⁵⁹ MOLINIER Pascale, « Préface : Un texte théorique libérateur » in *Les cinq sexes: pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, FAUSTO-STERLING Anne (dir.), Paris, Payot & Rivages, 2013, p. 7-38.

⁵⁶⁰ REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p.1888.

⁵⁶¹ MOLINIER Pascale, « Préface : Un texte théorique libérateur » in *Les cinq sexes: pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, FAUSTO-STERLING Anne (dir.), Paris, Payot & Rivages, 2013, p. 22.

⁵⁶² LAQUEUR Thomas et GAULTIER Michel, *La fabrique du sexe: essai sur le corps et le genre en occident*, Paris, Gallimard, « nfr essais », 2010, 355 p, p.17.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 153.

⁵⁶⁴ Certains auteurs ont toutefois remis en question la pertinence de la théorie développée par T. Laqueur, voir par exemple : DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité », art cit.

⁵⁶⁵ REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1889.

comme naturelle, et il n’y a plus lieu de comparer entre les anatomies féminine et masculine : le rapport d’inégalité se transforme en rapport de différence.

285. Ainsi, malgré l’apparition et la préférence progressive pour le modèle de la binarité sexuée, il est aujourd’hui présenté comme une évidence : les êtres humains sont indiscutablement divisés selon deux sexes.

b. Une différence entre les sexes universalisée.

286. Universalité. La distinction juridique des sexes en deux catégories est quasi-universelle. Ainsi, « le dispositif culturel » a fait des différences objectives des sexes « *un système si intelligible de nos conventions sociales qu’il finit par apparaître comme naturel et allant de soi* »⁵⁶⁶. Toutefois, « *l’universalité du phénomène n’en constitue pas une explication* », et « *moins encore une justification* »⁵⁶⁷. Si la stricte différence entre les sexes apparaît rationnelle, elle n’en demeure pas moins fausse et artificielle⁵⁶⁸.

287. Remise en cause. Ainsi, à la manière de la « *théorie du point de vue* » utilisée dans le domaine de la science, il est important d’identifier « *qui produit les savoirs* » et « *comment ils sont produits* »⁵⁶⁹. Cela s’inscrit dans une démarche critique du droit, qui remet notamment en cause l’universalisme supposé de la règle de droit⁵⁷⁰. Affirmer que la catégorisation des individus selon la binarité sexuée est une construction sociale mais aussi juridique ne revient pas à nier la matérialité des corps : cela revient à réfuter que la notion de sexe (au sens biologique) est à l’origine d’une dichotomie naturelle entre les sexes, qui justifie les représentations assimilées aux sexes féminin et masculin. Aussi, l’existence des femmes et des hommes comme « *catégories biologiques, sociales ou anthropologiques* » ne signifie pas qu’elles « *doivent nécessairement exister comme catégories juridiques* »⁵⁷¹. Puisque la science reconnaît la complexité de la notion de sexe et ses différentes composantes, l’organisation binaire des individus au sein de l’ordre juridique relève du genre comme élément causal.

⁵⁶⁶ GOFFMAN Erving, « L’arrangement des sexes », in *Theory and Society*, vol. 4, n°3, 1977, pp. 301-331, cité par BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art cit, p. 263.

⁵⁶⁷ PICHARD Marc, « Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit », in *Jurisprudence. Revue Critique*, 2011, p. 275.

⁵⁶⁸ PETIT J., *L’ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel*, RTD civ. 1976, p. 264, citée par REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1888.

⁵⁶⁹ MOLINIER Pascale, « Préface : Un texte théorique libérateur », art cit, p. 9.

⁵⁷⁰ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et GIRARD Charlotte, « Théories du genre et théorie du droit », art cit, p. 54.

⁵⁷¹ LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques » in *Mélanges Andrée Lajoie*, Éditions Thémis, 2008, p. 660.

288. Le droit : reflet de la réalité ? Dans l'arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992, les autorités françaises arguaient que « *le droit devrait s'attacher à refléter la réalité* »⁵⁷². Il se fonde en réalité sur une fiction juridique, notion qui « *consiste à affirmer l'existence d'un fait contraire à la nature des choses* »⁵⁷³. Puisque la fiction juridique est « *négatrice de la véritable nature d'une situation juridique* »⁵⁷⁴, la catégorie de sexe comme division des êtres humains en deux catégories sexuées relève de ce mécanisme : l'ordre juridique refuse consciemment de prendre en compte les individus situés en dehors de la binarité sexuée, comme les personnes intersexes. Il crée ainsi du « *hors-droit* », à savoir un espace dans lequel le droit « *rejette implicitement tout ce/tous ceux qui ne correspondent pas aux marqueurs [...] de genre* »⁵⁷⁵.

Cette prévalence du modèle de la binarité sexuée a été entérinée par le discours juridique, et fonde ainsi l'autorité de la bicatégorisation au sein de l'ordre juridique.

2. Le discours juridique : traduction d'une injonction de la différence des sexes.

a. L'affirmation de la binarité comme fondement de l'ordre juridique.

289. Nécessité sociale et juridique. La Cour de cassation affirme dans son arrêt du 4 mai 2017 relatif à la mention du sexe neutre à l'état civil que la dualité des sexes est nécessaire « *à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* »⁵⁷⁶. Le juge porte ainsi au rang législatif la dualité des sexes au sein des actes d'état civil, qui relevait auparavant d'une interprétation coutumière, puisque l'article 57 du Code civil ne précise pas que la mention du sexe doit être celle d'un sexe masculin ou féminin.

Aussi, dans son arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, la CEDH estime que les personnes trans ayant eu recours à une chirurgie de conversion sexuée sans obtenir la reconnaissance de ce changement sur le plan légal se trouvent dans une « *situation insatisfaisante* » qui « *ne peut plus durer* » : ces personnes « *vivent entre deux mondes* » parce qu'elles « *n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre* »⁵⁷⁷ : appartenir à l'un ou l'autre sexe est donc nécessaire.

⁵⁷² CEDH, Plénière, 25 mars 1992, *B. c. France*, n°13343/87, §47 : il s'agissait pour les autorités de défendre que les opérations des personnes trans ne modifient que leur apparence, et non leur sexe véritable, puisqu'elles conservent leur sexe chromosomique d'origine.

⁵⁷³ WAREMBOURG Nicolas, « La fiction juridique à l'heure de la rhétorique du Gender » in *Le droit à l'épreuve du genre*, HAUTEBERT Joël (dir.), Limoges, PULIM, « Cahiers internationaux d'anthropologie juridique », 2016, vol. n°47/, p. 25-41.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁷⁵ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et GIRARD Charlotte, « Théories du genre et théorie du droit », art cit, p. 54.

⁵⁷⁶ Ccass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n°16-17.189, JCP G, 2017, 663, 1129.

⁵⁷⁷ CEDH, Grde Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, n°28957/95, §90.

290. Un fondement extra-juridique. La binarité des sexes est donc présentée comme un élément indispensable par (et pour) l'ordre juridique. Le juge français n'hésite pas à se fonder sur des arguments qui vont au-delà de l'argumentation juridique : en évoquant « *l'organisation sociale* », il laisse entendre que le spectre de la binarité des sexes influence naturellement au sein de l'ordre juridique. Ainsi, si « *les énoncés juridiques ne se présentent jamais comme des performatifs absolus [...], qui créeraient les choses ex nihilo par le seul fait de les dire* »⁵⁷⁸, la dualité des sexes semble être un artefact fondateur d'un équilibre social tout entier, sur lequel s'appuie l'ordre juridique. Le droit participe lui-même à la création d'une structure artificielle dans laquelle femme et homme sont les deux seuls possibles.

b. Le droit comme vecteur de la binarité sexuée.

291. Autorité. A propos des mémoires d'Herculine Barbin⁵⁷⁹, J. Butler affirme que nous pourrions voir dans le corps d'une personne intersexe « *le signe d'une ambivalence irrésolue produite par le discours juridique sur le sexe unique* »⁵⁸⁰ (le sexe unique doit être entendu comme tel : on est d'un sexe et donc pas de l'autre⁵⁸¹). En effet, le droit produit un discours, source de pouvoir : il donne l'illusion « *de coller à l'univers référentiel, donc l'illusion de dire « vrai », que c'est lui qui, par ses énoncés, construit l'univers* »⁵⁸². Ainsi, le droit est à la fois « *dépositaire du réel* », et son créateur⁵⁸³. Le discours juridique est performatif : « *tout ce que les mots du droit représentent est, aussitôt et sans hiatus, rendu présent par le seul fait d'être représenté* »⁵⁸⁴. Dès lors, « *le genre en droit et dans la recherche juridique, tout autant que la race et les classes, constitue un impensé nécessaire qui vise à écarter tout ce qui pourrait conduire à remettre en cause un dispositif de domination ici organisé en la forme juridique* »⁵⁸⁵.

292. Le droit rend compte de la différence des sexes comme d'une réalité sociale antérieure à l'ordre juridique. La binarité des sexes serait alors une évidence, comme en atteste le caractère naturel de cette norme.

⁵⁷⁸ SERIAUX Alain, « Le droit comme symbole » in *Le droit à l'épreuve du genre*, HAUTEBERT Joël (dir.), Limoges, PULIM, « Cahiers internationaux d'anthropologie juridique », 2016, vol. n°47/, p. 15-24.

⁵⁷⁹ FOUCAULT Michel, *Herculine Barbin dite Alexina B.*, op. cit.

⁵⁸⁰ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 206.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 200.

⁵⁸² LOCHAK Danièle, « Le droit, discours de pouvoir » in *Itinéraire. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 429-444.

⁵⁸³ BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Jurisprudence. Revue Critique*, 2011, p. 266.

⁵⁸⁴ SERIAUX Alain, « Le droit comme symbole », art cit, p. 21.

⁵⁸⁵ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et GIRARD Charlotte, « Théories du genre et théorie du droit », art cit, p. 54.

B. La binarité sexuelle : une norme naturalisée.

293. La naturalisation de la binarité des sexes est fondée sur la reproduction des êtres humains (1), et sur des considérations d'ordre biologiques (2).

1. Les rapports entre les individus organisés selon leurs capacités reproductives.

a. La différence des sexes : le fruit de données biologiques.

294. En fondant ses normes sur la bicatégorisation, l'ordre juridique « *alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes* »⁵⁸⁶. Le concept de genre permet ainsi de mettre en avant le « *processus de naturalisation* »⁵⁸⁷ de la différence des sexes : le droit se fonde sur « l'idée simpliste » d'une dualité des sexes définie biologiquement⁵⁸⁸.

295. Aussi, la binarité sexuée est perçue comme un phénomène biologique : « *butoir ultime de la pensée* »⁵⁸⁹, la différence des sexes serait le fruit d'un ordre naturel⁵⁹⁰. Lorsqu'une situation d'intersexuation se présente à eux, les médecins parlent d'ailleurs d'un « *désordre du développement sexuel* »⁵⁹¹, faisant implicitement référence à l'existence d'un « ordre » sexuel⁵⁹². Il ressort alors de cette conception une certaine logique : les organes génitaux, féminin et masculin, sont naturellement « *faits pour s'assembler* »⁵⁹³. La bicatégorisation sexuée s'appuie donc sur le critère biologique de la procréation et de la reproduction, ce qui ne permet pas d'identifier l'ensemble des individus. À ce titre, F. Hériter explique que l'origine de la « *valence différentielle des sexes* » trouve son origine dans la volonté de contrôler la reproduction des femmes⁵⁹⁴.

b. Les rapports entre les sexes fondés sur la reproduction.

296. Modèle reproductif. Ce modèle à « deux sexes » est principalement fondé sur les capacités reproductives de chaque sexe. Selon le rôle de leurs appareils reproducteurs, les individus vont être classés parmi les catégories femme ou homme, appelés à se compléter.

⁵⁸⁶ BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps, op. cit.*, p. 92.

⁵⁸⁷ FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art cit, §35.

⁵⁸⁸ *Les personnes trans et intersexuées, op. cit.*, p. 9.

⁵⁸⁹ HERITIER Françoise, *Masculin/féminin*, Paris, O. Jacob, 2018, 326 p, p. 19.

⁵⁹⁰ MOLINIER Pascale, « Préface : Un texte théorique libérateur », art cit, p. 13.

⁵⁹¹ MOURIQUAND Pierre et al., « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue », art cit.

⁵⁹² PICQUART Julien, *Ni homme ni femme, op. cit.*, p. 188.

⁵⁹³ CATTO Marie-Xavière, « L'intersexualité à la naissance, le regard du droit », art cit, p. 10.

⁵⁹⁴ HERITIER Françoise, *Masculin/féminin, op. cit.*

Ainsi, il est supposé que les catégories femme et homme se distinguent naturellement selon leurs caractéristiques biologiques relatives à la reproduction⁵⁹⁵, dessinant une frontière entre les « *porteurs potentiels d'enfants* » et ceux qui ne le sont pas⁵⁹⁶. À ce titre, S. de Beauvoir fait remarquer que les femmes âgées sont parfois désignées comme appartenant à un troisième sexe : « *elles ne sont pas des mâles mais se sont plus des femelles* »⁵⁹⁷, puisque dans l'incapacité à procréer. Cette interprétation relève bien d'une construction, et fait porter une attention particulière aux organes génitaux, supposés témoins de la binarité. Ainsi, lorsque des auteurs attestent qu'on ne peut « *contester que les anatomies masculine et féminine sont parfaitement complémentaires, comme les deux moitiés d'un tout destinées à fusionner* »⁵⁹⁸, notre analyse est la suivante : si la reproduction humaine est effectivement sexuée, elle n'implique pas pour autant l'existence de deux catégories juridiques de sexe⁵⁹⁹.

297. Conséquence. Selon cette conception des sexes, « l'ambiguïté » des caractéristiques sexuées des personnes intersexes est perçue comme une erreur de la nature qui doit être corrigée par le corps médical. Ils sont médicalement pris en charge afin de déterminer quel sexe, féminin ou masculin, se cache derrière ce sexe « atypique ». La construction de la norme de la binarité comme évidence naturelle ou « *réalité scientifique* »⁶⁰⁰ conduit ainsi à appréhender la diversité des formes de développement sexuel comme une anomalie⁶⁰¹.

2. Le maintien du sexe comme donnée biologique.

a. L'affaiblissement du caractère biologique du sexe.

298. Remise en cause. Selon P. Reigné, la CEDH aurait remis en cause une conception strictement biologique du sexe, et ainsi porté « *une atteinte sérieuse au modèle à deux sexes* »⁶⁰². En effet, dans l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, les juges de Strasbourg se prononcent sur la capacité des personnes trans à pouvoir se marier sous leur nouvelle identité sexuée, notamment à la lumière de l'article 12 de la CESDH qui garantit

⁵⁹⁵ MOLINIER Pascale, « Préface : Un texte théorique libérateur », art cit, p. 12.

⁵⁹⁶ KRAUS Cynthia, « La bicatégorisation par "sexe" à l'épreuve de la science : le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains » in *L'Invention du naturel : Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, GARDEY Delphine et LÖWY Ilana (dir.), Paris, EAC, « Histoire des sciences, des techniques et de la médecine », 2000, p. 188.

⁵⁹⁷ BEAUVOIR Simone de, *Le deuxième sexe I*, Paris, Gallimard, « Le deuxième sexe », 2012, 408 p, p.49.

⁵⁹⁸ LE POURHIET Anne-Marie, « Genre et Liberté » in *Le droit à l'épreuve du genre: actes du colloque du 7 mai 2015*, Limoges, PULIM, « CIAJ », 2016, p. 141.

⁵⁹⁹ REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1889.

⁶⁰⁰ MOLINIER Pascale, « Préface : Un texte théorique libérateur », art cit, p. 23.

⁶⁰¹ CATTO Marie-Xavière, « L'intersexualité à la naissance, le regard du droit », art cit, p. 9.

⁶⁰² REIGNE Philippe, « La notion juridique de sexe », art cit, p. 311.

le droit au mariage pour « *l'homme et la femme* ». Elle affirme ne pas être convaincue « *que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques* »⁶⁰³. Elle se réfère notamment à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui ne mentionne pas le sexe afin de consacrer un droit au mariage⁶⁰⁴.

299. Critère chromosomique. Dans ce même arrêt, la Cour estime que le sexe chromosomique ne peut valablement être le « *critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels* »⁶⁰⁵. De plus, dans l'arrêt *A.P, Garçon et Nicot c. France*, la CEDH condamne la condition d'irréversibilité afin d'accéder à un changement juridique de la mention du sexe⁶⁰⁶. Elle semble donc accorder davantage d'importance au sexe social qu'aux critères purement biologiques du sexe, et condamne « *l'incommensurabilité* » des sexes « *déduite de la composante chromosomique* »⁶⁰⁷.

b. La persistance d'une identité sexuée biologique.

300. Nuance. Si la CEDH semble prendre des distances avec une conception purement biologique du sexe, elle maintient toutefois une vision « *biologisante de l'identité sexuée* »⁶⁰⁸. Cela se traduit par l'approche médicale retenue par la Cour en matière de changement de sexe : elle ne condamne pas la médicalisation de la procédure de changement de sexe à l'état civil⁶⁰⁹, et estime à ce titre que l'exigence d'un psychodiagnostic pour établir la réalité du syndrome dont sont atteintes les personnes trans ne dépasse pas la marge d'appréciation des Etats⁶¹⁰. Seule l'exigence de la preuve de l'irréversibilité du changement de sexe a été condamnée par la Cour, qui, contrairement à l'établissement d'un diagnostic psychiatrique, ne met pas directement en cause l'intégrité physique des individus. La Cour semble donc, contrairement

⁶⁰³ CEDH, Grde Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, n°28957/95, §100.

⁶⁰⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, Article 9 - Droit de se marier et droit de fonder une famille : « *Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ».

⁶⁰⁵ CEDH, Grde Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, n°28957/95, §82.

⁶⁰⁶ CEDH, 7 avril 2017, *A. P. Garçon et Nicot c. France*, n°79885/12, 52596/13 et 53471/13, voir supra n°222.

⁶⁰⁷ REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1890.

⁶⁰⁸ MORON-PUECH Benjamin, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », art cit.

⁶⁰⁹ MORON-PUECH Benjamin, *Propositions de modification du commentaire de l'Ordre national des médecins sur l'article 41 du code de déontologie médicale*, op. cit., p. 11.

⁶¹⁰ CEDH, 7 avril 2017, *A. P. Garçon et Nicot c. France*, n°79885/12, 52596/13 et 53471/13.

à l'ordre juridique français⁶¹¹, vouloir maintenir le caractère biologique de l'identité sexuée des individus.

301. Le sexe assigné aux individus au sein de l'ordre juridique est présenté comme une traduction juridique de la réalité biologique des sexes : pourtant, l'indifférence du législateur pour les personnes intersexes montre bien qu'une partie de cette réalité biologique est mise à part, et que le droit a délibérément construit une norme fondée sur la bicatégorisation. Ainsi, le sexe juridique « *est un sexe social et relève donc du genre* » : toutefois, « *il en va de même du sexe biologique qui, lui aussi, est une construction culturelle* »⁶¹². Il y aurait alors une sorte de « *déformation du réel* »⁶¹³ par le droit : il déforme la réalité (le besoin de gamètes mâles et femelles pour engendrer) afin de lui donner un sens spécifique (la légitimité de la binarité des sexes).

302. La force et l'ancrage du modèle de la binarité des sexes au sein de l'ordre juridique tient notamment de sa construction à partir de la dualité sexuée comme caractéristique naturelle, et de ce fait, incontestable. Ainsi, le dogme de la binarité sexuée au fondement d'une « *organisation sociale et juridique* » a pour conséquences de produire des normes de genre, fondées sur une vision hétéronormative de la différence entre les sexes : cela conduit ainsi à instaurer la domination du masculin sur le féminin⁶¹⁴.

§2. La production de normes juridiques et corporelles genrées.

303. L'assignation des personnes intersexes selon le modèle de la binarité est le fruit d'une conception genrée des normes juridiques. Cette violence institutionnelle permet de maintenir l'hétéronormativité comme rapport privilégié entre les individus (A), et perpétue une vision stéréotypée de la différence sexuée (B).

A. Le maintien d'une norme hétéronormée.

304. La perpétuation de la binarité des sexes au sein de l'ordre juridique comme fondement de la définition de la personne juridique répond à une hétéronormativité profondément

⁶¹¹ L'article 61-5 du Code civil énonce désormais que « *toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification* ».

⁶¹² REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1883.

⁶¹³ *Ibid.*, §477.

⁶¹⁴ GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », in *Revdh*, 21 novembre 2015, §2. [<https://journals.openedition.org/revdh/1660#citedby>, consulté le 16 mai 2019].

enracinée⁶¹⁵ (1), qui se traduit directement sur les corps des personnes intersexes assignées à un sexe féminin ou masculin (2).

1. L'hétérosexualité comme référence au sein de l'ordre juridique.

a. La dualité des sexes au service de l'hétéronormativité.

305. Pour reprendre l'expression de M. Foucault, la sexualité est un « *dispositif* », en ce qu'elle est vectrice d'un discours, de pratiques et de savoirs⁶¹⁶. En ce sens, l'hétérosexualité n'est pas seulement une pratique sexuelle : c'est aussi un régime politique⁶¹⁷. La prétendue naturalité de la binarité sexuée justifie la perpétuation d'un modèle ou l'hétérosexualité est la norme : il s'agit d'une « *réalité symbolique fondée sur la croyance de la suprématie culturelle de l'hétérosexualité* »⁶¹⁸. La bicatégorisation suppose une hétérosexualité obligatoire, comme régime de discours et de pouvoir⁶¹⁹, et empêche la prise en compte de « *tout ce qui place la reproduction dans une impasse* », à l'instar de l'intersexuation⁶²⁰. La dualité des sexes au sein de l'ordre juridique agit ainsi comme une « *matrice hétérosexuelle de la loi* »⁶²¹.

306. Ainsi, même si l'ordre juridique protège aujourd'hui l'orientation sexuelle⁶²², et que de nombreux Etats européens reconnaissent le droit de se marier aux couples de même sexe⁶²³, l'hétérosexualité des rapports reste profondément ancrée dans la logique juridique.

b. Un raisonnement juridique empreint de la normativité hétérosexuelle.

307. Droit au mariage. La persistance de la conception hétérosexuelle des rapports entre individus se remarque dans certains domaines précis, dont le droit au mariage. Dans deux affaires opposant des personnes trans au Royaume-Uni⁶²⁴, la CEDH déclara irrecevables des requêtes basées sur une violation des article 8 et 12 de la Convention. En l'espèce, les

⁶¹⁵ OSELLA Stefano, *The legal regime of gender identity : a comparative enquiry*, Thesis, European University Institute, 2019, p.9.

⁶¹⁶ ALVES DA FONSECA Marcio, *Michel Foucault et le droit*, Paris, Editions L'Harmattan, 2014, 250 p, p.149.

⁶¹⁷ France Culture, « Paul B. Preciado : Le corps est la chose la plus politique et la plus publique qui soit », 28 mai 2019, 58 min. [<https://www.franceculture.fr/emissions/par-les-temps-qui-courent/paul-b-preciado>, consulté le 5 juin 2019].

⁶¹⁸ BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre » in *Droit des familles, genre et sexualité*, GALLUS Nicole (dir.), s.l., LGDJ Anthémis, 2012, pp. 7-24, p. 23.

⁶¹⁹ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 52.

⁶²⁰ LECUYER Yannick,, « Le genre et la Cour européenne des droits de l'homme », art cit, p. 106.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 107.

⁶²² Pour une vision d'ensemble des dispositions protégeant les individus contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, voir BORRILLO Daniel, « La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit européen et français », *Droit et cultures*, 49 | 2005, pp. 129-145.

⁶²³ En France : loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁶²⁴ CEDH, 28 novembre 2006, *Parry c. Royaume-Uni* et *R. et F. contre Royaume-Uni*, n°42971/05 et n°35748/05.

requérants étaient des couples mariés, dont les maris avaient procédé à un traitement chirurgical d'assignation sexuée. Ces derniers demandèrent un certificat de reconnaissance de leur sexe, selon la procédure prévue par la loi britannique de 2004⁶²⁵. La délivrance du certificat leur fut refusée, puisque les individus concernés étaient mariés : or, en droit britannique, l'union entre deux personnes du même sexe n'était pas autorisée. D'après la Cour, les requérants avaient la possibilité de contracter une union civile leur accordant des droits similaires à ceux du mariage : leur requête a donc été jugée irrecevable.

308. Non-discrimination. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, la Cour confirme sa conception hétéronormée du mariage : selon les juges européens, « l'article 12 de la Convention constitue la *lex specialis* pour le droit au mariage ». Ainsi, cette disposition « *garantis le droit fondamental pour un homme et une femme de se marier et de fonder une famille* »⁶²⁶. Dans cette affaire, la Cour conclut à une non-violation de l'article 14 combiné avec les articles 8 et 12, au motif que « *la situation de la requérante et celle des cissexuels ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre* »⁶²⁷.

309. La bicatégorisation au sein de l'ordre juridique s'appuie donc en partie sur le maintien de l'hétérosexualité comme norme : cette représentation des rapports entre individus a des conséquences directes sur la situation des personnes intersexes, puisque les opérations à l'origine de l'atteinte à leur droit au respect à l'intégrité physique sont guidées par ce principe.

2. Le fondement hétéronormé du traitement médico-légal des personnes intersexes.

a. Des opérations d'assignation sexuée fondées sur une norme hétérosexuelle.

310. Pratique antérieure. Avant la généralisation des opérations chirurgicales sur les personnes intersexes, celles-ci étaient priées de se comporter en fonction du sexe choisi, y compris dans le domaine de la sexualité, au risque de se voir condamnées pour sodomie⁶²⁸. Au siècle dernier, le recours à la chirurgie a été consacré afin de supprimer des problèmes comportementaux tels que ceux connus par les invertis⁶²⁹, alors considérés comme de véritables « *dégénérés congénitaux* »⁶³⁰. Aujourd'hui encore, il existe une tendance claire à

⁶²⁵ Gender Recognition Act du Parlement du Royaume-Uni, 1^{er} juillet 2004, législation adoptée suite à la condamnation du Royaume-Uni dans l'affaire Christine Goodwin du 11 juillet 2002.

⁶²⁶ CEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, §96.

⁶²⁷ *Ibid.* §112.

⁶²⁸ FOUCAULT Michel, *Les anormaux*, *op. cit.*, p. 62.

⁶²⁹ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, *op. cit.*, p. 432.

⁶³⁰ LÖWY Ilana, « Intersexe et transsexualités », art cit.

partir du principe que les individus sont amenés à entretenir des relations hétérosexuelles selon des normes majoritairement admises. Cela constitue de l'hétérosexisme dans la mesure où cette manière de voir l'intersexuation et de vouloir la corriger établit une hiérarchie des sexualités et invisibilise celles qui ne relèvent, au contraire, pas de l'hétérosexualité⁶³¹.

311. Protocole opératoire actuel. En effet, l'un des stéréotypes qui semble être au fondement des interventions chirurgicales, et de sa tolérance par le droit, consiste en la volonté de préserver un modèle hétérosexuel des relations entre les sexes. En ce sens, dans un rapport publié en 2017 au nom de la délégation aux droits des femmes⁶³², M. le Mentec⁶³³ estime que « *la pratique médicale s'appuie sur des conceptions morales de la normalité dans le domaine du sexe et de la sexualité* ». Selon A. Fausto-Sterling, « *au XXème siècle, la communauté médicale a achevé le travail entamé par les juristes, soit l'éradication complète de toute forme incarnée de sexe non conforme à un schéma mâle-femelle hétérosexuel(le)* »⁶³⁴. Cette perpétuation d'un modèle « hétérosexiste »⁶³⁵ se perçoit encore aujourd'hui, à travers le « consentement » des parents aux opérations⁶³⁶, ou encore la pratique et la réalisation des traitements chirurgicaux par le corps médical. Les médecins vont opérer afin de « *normaliser la sexualité du futur adulte* »⁶³⁷ : lorsqu'une vaginoplastie est réalisée, le critère de réussite de l'opération sera avant tout le caractère pénétrable du vagin créé. Un vagin doit pouvoir être pénétré, et un pénis doit être de taille suffisante afin de permettre la pénétration⁶³⁸.

312. Dès lors, comme le formule clairement E. Dorlin, « *comment exprimer plus clairement que le vagin, le pénis, les lèvres et le clitoris n'induisent aucune binarité sexuée « biologique », la définition de leur fonctionnalité obéissant aux seules prérogatives hétéro-sexistes des relations de genre ?* »⁶³⁹. Cette « *hétérosexualité obligatoire* », pour reprendre le terme de M.

⁶³¹ Voir les propos de la professeure C. Fraïssé, citée par BLONDIN Maryvonne et BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions.*, op. cit., p. 34.

⁶³² *Ibid.*, p. 33.

⁶³³ Mathieu le Mentec est infirmier dans un hôpital pour enfants à Bordeaux. Né intersexe, il a subi sept interventions chirurgicales pendant son enfance afin d'être assigné au sexe masculin.

⁶³⁴ FAUSTO-STERLING Anne, *Les cinq sexes*, op. cit., p. 54.

⁶³⁵ BLONDIN Maryvonne et BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions.*, op. cit., p. 34. : Voir par exemple les propos de C. Fraïssé.

⁶³⁶ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 16. : « *le choix des parents contre l'intersexuation peut [...] cacher des partis pris contre l'attrance pour le même sexe et la non-conformité de genre* ».

⁶³⁷ COBURN Elaine, « Défaire et refaire le sexe, le genre, la sexualité: Le sujet intersexe, trans et queer », in *Socio*, n° 9, 20 décembre 2017, p. 9-31.

⁶³⁸ CATTO Marie-Xavière, « L'intersexualité à la naissance, le regard du droit », art cit, p. 10.

⁶³⁹ DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité », art cit, p. 132.

Wittig⁶⁴⁰, s'impose comme un dogme social au-delà de toute nécessité purement médicale. Les opérations des personnes intersexes permettent de maintenir une vision culturelle de la binarité des sexes, et appuie une domination patriarcale des normes de genre et un contrôle sur la sexualité féminine⁶⁴¹.

b. Une appréciation des juges soumise à l'hétéronormativité.

313. Cette même vision stéréotypée des corps a pu être constatée dans le champ juridique. Dans un arrêt du 22 juin 2000 à propos d'une demande en rectification de l'état civil d'un enfant intersexe, la Cour d'appel de Versailles a accepté de faire droit à la demande du requérant, notamment du fait que « *l'enfant concerné a présenté, dès la naissance, des organes sexuels masculins particulièrement insuffisants* »⁶⁴². Cette « insuffisance » fait implicitement référence à la capacité pour un homme d'avoir des rapports sexuels correspondant à la norme hétérosexuelle, et donc des organes génitaux en mesure de remplir cette fonction.

314. Aussi, dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 22 mars 2016, afin de refuser l'inscription de la mention d'un sexe neutre dans l'état du requérant, les juges se fondent sur le fait que ce dernier « *s'est marié en 1993 et que son épouse et lui ont adopté un enfant [...] attendu que cette demande, en contradiction avec son apparence physique et son comportement social, ne peut être accueillie* ». La Cour déduit donc le sexe de l'individu selon son orientation sexuelle, dont la déduction paraît elle-même douteuse⁶⁴³.

315. La présumée hétérosexualité des sujets n'est pas le seul argument qui permet de consolider la différence entre les sexes : la perpétuation de stéréotypes liés au sexe féminin ou masculin fait également perdurer le système de la bicatégorisation, et continue par conséquent d'exclure les personnes intersexes de l'ordre juridique.

B. La binarité sexuée consolidée par des stéréotypes de sexe.

316. Certains organes de protection des droits humains condamnent la dimension stéréotypée des actes de conformation sexuée (1), dont la pratique s'observe effectivement au vu de la littérature médicale (2).

⁶⁴⁰ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 87.

⁶⁴¹ EHRENREICH Nancy et BARR Mark, « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices" », art cit, p. 121.

⁶⁴² CA Versailles, 22 juin 2000, JCP G, II, 10595, obs. P. GUEZ.

⁶⁴³ CATTO Marie-Xavière, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », in *RDLF*, n° 18, 2016.

1. La reconnaissance par les droits humains du caractère stéréotypé des opérations de conformation sexuée.

a. L'utilisation de la notion au sein des droits humains.

317. Définition. Le droit international et européen des droits humains prohibe les stéréotypes de sexe en tant qu'obstacle à la garantie des droits fondamentaux. Selon le HCDH, un stéréotype de sexe est « *une vision généralisée ou une préconception concernant les attributs ou caractéristiques physiques, notamment biologiques, émotionnels et cognitifs, qui sont ou devraient être possédés par les femmes et les hommes* »⁶⁴⁴.

318. Application. Les Principes de Jogjakarta affirment que les Etats doivent « *garantir une protection complète contre les pratiques médicales nuisibles [...], y compris celles fondées sur des stéréotypes, dérivés ou non de la culture, ayant trait au comportement, à l'apparence physique ou à des normes de genre perçues* »⁶⁴⁵. La notion de stéréotype est également utilisée par les juges européens. Dans l'arrêt *Aksu c. Turquie*, la CEDH utilise pour la première fois la notion de « *stéréotype négatif* », et souligne qu'elle peut agir « *sur les sentiments d'estime de soi et de confiance en soi* » d'un groupe⁶⁴⁶. Elle utilise plus précisément la notion de stéréotypes de sexe dans l'arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, à propos du refus des autorités russes d'accorder un congé parental à un père. En l'espèce, la Cour affirme alors que les stéréotypes liés au sexe ne peuvent justifier une différence de traitement, « *pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle* »⁶⁴⁷. Le concept de stéréotypes de sexe semble assez largement entendu afin d'englober la situation des personnes intersexes.

b. Les préoccupations concernant les personnes intersexes.

319. En 2016, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a marqué sa préoccupation quant aux « *actes chirurgicaux et autres traitements, non nécessaires du point de vue médical et irréversibles, réalisés de façon courante sur les enfants intersexués* » au sein de la section « *Stéréotypes et pratiques préjudiciables* » de son

⁶⁴⁴ *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*, s.l., HCDH, 2013, p.9.

⁶⁴⁵ Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, Principe n°18.

⁶⁴⁶ CEDH, 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, n°s 4149/04 et 41029/04 : dans cette affaire, il ne s'agissait pas pour la Cour de se prononcer spécifiquement sur les stéréotypes de sexe, mais sur les « *stéréotypes négatifs concernant un groupe* », en l'espèce les Roms (§58 et §75).

⁶⁴⁷ CEDH, GC, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n°30078/06, §143.

rapport⁶⁴⁸ : ainsi, il associe directement les opérations de conformation sexuée des enfants intersexes à des interventions basées sur des stéréotypes de sexe, et condamne la pratique d'interventions médicales dans le seul but d'entretenir ces visions déformées des corps féminins et masculins.

320. Dans le même sens, le HCDH souligne que les opérations chirurgicales pratiquées sans nécessité sur les enfants intersexes visent à « *faire en sorte que leur apparence soit conforme aux stéréotypes sexuels binaires* »⁶⁴⁹. Il ajoute que ces interventions sont justifiées « *sur la base de normes culturelles ou relatives au genre* »⁶⁵⁰. Ces observations sont fondées à juste titre sur le protocole médical actuel des opérations subies par les personnes intersexes.

2. L'assignation sexuée des personnes intersexes selon des normes stéréotypées.

a. Ressembler à une femme ou à un homme.

321. Les opérations de conformation sexuée réalisées sur les personnes intersexes trouvent leurs fondements dans une vision stéréotypée des sexes, et contribuent à construire la différence des sexes⁶⁵¹. Le corps médical corrige leur « malformation » afin d'aider ces individus à s'insérer dans une société binaire et à s'adapter aux normes qui en découlent. Ainsi, dans un avis rendu en 2018 sur « *la maltraitance dans le système de santé* », la CNCDH met en garde contre « *le poids de la norme sur les corps et les comportements* »⁶⁵² en prenant pour exemple des enfants intersexués opérés « *pour les faire rentrer dans une norme* »⁶⁵³, et ce malgré les complications postopératoires fréquentes lors de la pratique de chirurgies génitales. Ces opérations, et donc l'état d'intersexuation, peuvent être utilisées pour remettre en question nos notions de base sur ce que signifie être une femme ou un homme⁶⁵⁴.

b. Des opérations fondées sur des critères arbitraires.

322. Les médecins interviennent chirurgicalement sur les corps des enfants intersexes afin de les conformer pleinement aux caractéristiques sociales attendues du sexe qui leur a été attribué.

⁶⁴⁸ CEDEF, Observations finales concernant le rapport de la France valant septièmes et huitièmes rapports périodiques, CEDAW/C/FRA/CO/7-8, 25 juillet 2016, §18.

⁶⁴⁹ HCDH, *Libres & égaux : visibilité intersexe*, op. cit., p. 1.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, op. cit., p. 432.

⁶⁵² *Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, op. cit., p. 32.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 33.

⁶⁵⁴ GREENBERG Julie A, *Intersexuality and the law*, op. cit., p. 3.

323. Hypospadias. Par exemple, si celui-ci est désigné garçon et qu'il présente un hypospadias⁶⁵⁵, il sera opéré pour faire en sorte qu'il soit capable d'uriner debout, comportement normalement admis pour un homme dans la société. Aucune urgence médicale n'est constatée pour sa santé, et pourtant, dans ce cas de figure, « *un enfant assigné au sexe masculin peut subir jusqu'à trois opérations du pénis au cours de ses deux premières années d'existence, et plus encore au moment de la puberté. Dans les cas les plus graves, ces interventions multiples laissent un pénis marqué de cicatrices et immobile [...]* »⁶⁵⁶. Relativement fréquente⁶⁵⁷, cette pathologie est la plupart du temps prise en charge chirurgicalement dans les premiers mois qui suivent la naissance⁶⁵⁸ : il s'agit avant tout « *d'éviter les difficultés pendant la miction et les problèmes esthétiques* »⁶⁵⁹. Cette opération n'est pourtant pas bénigne⁶⁶⁰, nécessitant plusieurs jours d'hospitalisation pour l'enfant sans que ce dernier puisse se tenir debout ou marcher, et dans 10 à 20% des cas, une intervention supplémentaire est nécessaire⁶⁶¹.

324. HCS. Pour les personnes intersexes atteintes d'hyperplasie congénitale des surrénales, l'échelle de Præder est utilisée afin de déterminer le stade de « virilisation » des organes génitaux⁶⁶². Aussi, des critères arbitraires vont pouvoir être utilisés afin de choisir le sexe de l'enfant⁶⁶³ : par exemple, si la taille du clitoris est supérieure à 2,5 centimètres, les médecins décideront généralement de « fabriquer » un pénis⁶⁶⁴ ; aussi, la longueur vaginale est estimée « normale » si elle est au moins égale à 7 centimètres⁶⁶⁵. Ces normes sont directement issues

⁶⁵⁵ L'hypospadias désigne une malformation du pénis : l'orifice urinaire se situe au niveau de la face intérieure de la verge et non à son extrémité, ce qui implique notamment que l'enfant sera amené à uriner en position assise.

⁶⁵⁶ GOGOS-GINTRAND Amélie, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », art cit, p. 924.

⁶⁵⁷ INSERM, « Malformations génitales du garçon, hypospadias et cryptorchidie » in *Reproduction et environnement*, Paris, Les éditions Inserm, 2011, p. 5-15 : en 2001, on compte environ 1,2% d'hypospadias en France; UNGHARO Priscilia et BIRRAUX Jacques, *Votre enfant va être opéré d'un hypospadias*, Genève, Hôpitaux universitaires de Genève, 2013, p.2. : dans cette brochure à destination des parents, il est indiqué qu'environ « *1 garçon sur 300 naît avec un hypospadias* », et que ce chiffre « *est multiplié par trois si une autre personne est atteinte dans la famille* ».

⁶⁵⁸ P. Ungharo et J. Birraux, *Votre enfant va être opéré d'un hypospadias*, op. cit., p. 2.

⁶⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁶⁰ GOGOS-GINTRAND Amélie, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », in *Revue de droit sanitaire et social*, n° 5, 2016, p. 924 : « *Un enfant assigné au sexe masculin peut subir jusqu'à trois opérations du pénis au cours de ses deux premières années d'existence, et plus encore au moment de la puberté. Dans les cas les plus graves, ces interventions multiples laissent un pénis marqué de cicatrices et immobile* ».

⁶⁶¹ P. Ungharo et J. Birraux, *Votre enfant va être opéré d'un hypospadias*, op. cit., p. 5.

⁶⁶² Cette classification regroupe cinq types de développement des organes génitaux selon le degré « d'ambiguïté ».

⁶⁶³ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 20.

⁶⁶⁴ CATTO Marie-Xavière, « L'intersexualité à la naissance, le regard du droit », art cit, p. 10 ; DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité », art cit, p. 126.

⁶⁶⁵ BOUVATTIER Claire et DURANTEAU Lise, *Protocole National de Diagnostic et de Soins (PNDS) Insensibilité aux androgènes*, op. cit., p. 9.

de représentations stéréotypées des corps, jugés aptes à pouvoir entretenir des relations sexuelles conformes à la « normale », c'est-à-dire hétérosexuelles. Si le pénis est jugé trop petit, c'est-à-dire inférieur à 2,5 centimètres, l'enfant sera assigné de sexe féminin⁶⁶⁶.

325. Ainsi, le droit ne fait que « *refléter une tradition multiséculaire* »⁶⁶⁷ : la représentation d'un genre humain divisé en deux catégories fondamentalement distinctes du fait de leurs caractéristiques biologiques, et notamment de leurs capacités reproductives. La binarité des sexes, présentée comme universelle et naturelle, apparaît comme le premier des communautarismes⁶⁶⁸.

326. Pourtant, « *une classification est mauvaise, si elle empêche un classement rationnel, soit parce qu'il serait impossible de classer tous les objets, soit parce certains objets appartiendraient aux deux classes à la fois* »⁶⁶⁹ : puisque les personnes intersexes sont artificiellement assignées aux sexes féminin et masculin, quel est l'intérêt pour l'ordre juridique de maintenir volontairement le système de la bicatégorisation ? Quelle est sa fonction ? Des alternatives peuvent-elles être envisagées ? Le cas des personnes intersexes, en tant qu'individus situés en dehors de la norme, permet de comprendre « *que le monde de la bicatégorisation sexuelle ne va pas de soi, qu'il est construit* »⁶⁷⁰ : et ainsi, d'envisager les alternatives qui s'offrent à l'identification des individus selon la binarité sexuée.

⁶⁶⁶ EHRENREICH Nancy et BARR Mark, « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of “Cultural Practices” », art cit, p. 121.

⁶⁶⁷ BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre » in *Droit des familles, genre et sexualité*, GALLUS Nicole (dir.), LGDJ Anthémis, 2012, pp. 7-24, p. 8.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 24.

⁶⁶⁹ Hamon Francis, Troper Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 34e éd., 2013, p. 102, cité par FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art cit, §37.

⁶⁷⁰ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 221.

Section 2 : La définition de la personne juridique grâce à la bicatégorisation : tentative de reconstruction d'une norme inadéquate.

327. « Une fois qu'un individu est qualifié de personne humaine, en découle le traitement dont il sera l'objet »⁶⁷¹ : en l'occurrence, la « personne humaine » est une femme ou un homme selon l'ordre juridique. En dehors de la binarité sexuée, le droit ne reconnaît pas la personne : son identification se fait nécessairement à travers le sexe féminin ou masculin, en dehors duquel il n'aurait pas d'existence juridique. Au vu de la situation des personnes intersexes, est-il possible d'imaginer une « révolution copernicienne du sexe »⁶⁷², qui aboutirait à remettre totalement en question le fondement de l'ordre binaires sexué ? Cette hypothèse a été soulevée grâce aux revendications des personnes intersexes et trans, qui ont contraint le législateur et les juges à justifier les fondements de la bicatégorisation⁶⁷³. Toutefois, un tel changement de paradigme paraît difficilement concevable dans la mesure où « l'identité sexuelle demeure la plus forte des identifications dans les sociétés occidentales »⁶⁷⁴. Ainsi, les difficultés rencontrées par les personnes intersexes à se conformer à la norme juridique de la binarité des sexes, comme norme d'intelligibilité culturelle, les font apparaître « comme des anomalies du développement ou des impossibilités logiques »⁶⁷⁵.

328. **Plan.** Le sexe, qui correspond à un sexe féminin ou masculin, participe à la définition même de la personne juridique (§1). Il convient d'interroger la pertinence de ce critère, dans la mesure où son interprétation via la dualité des sexes fonde un obstacle majeur à la prise en compte des personnes intersexes au sein de l'ordre juridique (§2).

§1. Le sexe binaire : dispositif d'identification de la personne juridique.

329. Selon l'ordre juridique, le sexe est un élément indispensable afin de définir et d'identifier les individus (A), et il peine à être reconnu comme un élément appartenant à leur seule volonté (B).

⁶⁷¹ MIRKOVIC Aude, *La notion de personne: étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, 472 p, §476.

⁶⁷² GONTHIER Josiane, « De la révolution copernicienne du sexe », art cit.

⁶⁷³ OSELLA Stefano, *The legal regime of gender identity*, op. cit., p. 9.

⁶⁷⁴ BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Jurisprudence. Revue Critique*, 2011, p. 265.

⁶⁷⁵ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 85.

A. Le sexe comme moyen d'identification au service de l'Etat.

330. Le sexe est un élément à part entière de l'état des personnes (1), entendu principalement sous sa forme biologique (2).

1. Le sexe comme partie intégrante de l'état des personnes.

a. L'état des personnes : le profil juridique des individus.

331. Définition. L'état de la personne, notion particulièrement complexe⁶⁷⁶, renvoie à « l'ensemble des règles qui définissent sa personnalité juridique et qui l'individualisent par rapport à sa famille et à la société dans son ensemble »⁶⁷⁷.

332. Acceptations. Selon une acception étroite, l'état des personnes se limite à la filiation ; de manière plus large, le terme se rapproche de la condition juridique de la personne⁶⁷⁸. Une définition intermédiaire associe l'état de la personne à son état civil, c'est-à-dire aux « éléments essentiels et permanents » de son identité civile⁶⁷⁹. Traditionnellement, la fonction de l'état civil est probatoire : il permet de constater les événements qui constituent l'état des personnes⁶⁸⁰. Selon une autre perspective, l'état civil comprend les « qualités inhérentes à la personne que la loi civile prend en considération pour y attacher des effets de droit »⁶⁸¹. Dès lors, seules les caractéristiques indispensables à l'application de normes juridiques devraient être prises en considération. La mention du sexe à l'état civil serait indispensable seulement si « la différence des sexes emporte l'application d'un régime juridique particulier »⁶⁸² : c'est la conception actuelle du droit, qui intègre nécessairement la mention du sexe à l'état civil.

b. L'indispensable mention du sexe à l'état civil.

333. Nécessité. En règle générale, le sexe est considéré comme faisant partie de l'état des personnes. L'état civil est « l'instrument de prédilection »⁶⁸³ qui permet de mettre en œuvre la dualité des sexes au sein de l'ordre juridique comme moyen d'identification de la personne.

⁶⁷⁶ REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1884. : l'auteur précise à ce titre que la doctrine ne s'accorde par quant à la définition précise de la notion d'état des personnes.

⁶⁷⁷ BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art cit, p. 267.

⁶⁷⁸ REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1884.

⁶⁷⁹ TERRE et FENOUILLET, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 7ème., Dalloz, 2005, n°122.

⁶⁸⁰ GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », art cit, §4.

⁶⁸¹ Vocabulaire juridique H. Capitant, Quadriga/PUF, 2001. Rapp. M. Planiol, G. Ripert et R. Savatier, *Traité pratique de droit civil français*, T. 1, Les personnes, LGDJ, 1952, n° 13, cité par GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », art cit, §5.

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, op. cit., p. 27.

En effet, le sexe est un élément primordial de l'état des personnes en ce qu'il « *borne aussi le pouvoir du droit* »⁶⁸⁴ : une fois classé comme individu de sexe féminin ou masculin, l'acquisition de la personnalité juridique sera admise. Cette identification des individus selon le sexe repose sur la conviction que le sexe d'une personne « *fait partie des marqueurs essentiels de son identité* »⁶⁸⁵.

334. Ordre public. L'importance accordée au sexe comme moyen d'identification des individus s'exprime par le statut que le droit lui a accordé. Ainsi, les opérations de changement de sexe des personnes trans étaient à l'origine tolérées, mais le juge refusait toute modification de la mention du sexe à l'état civil au nom de l'ordre public⁶⁸⁶. Le droit français considère alors le sexe « *comme un élément d'ordre public auquel l'individu ne pouvait échapper qu'à condition d'avoir l'autorisation clinique* »⁶⁸⁷. Selon cette conception, la notion d'identité est exclusivement institutionnelle : l'individu n'a pas de prise dessus, elle permet à l'Etat d'identifier les personnes sans qu'elles ne trouvent leur mot à dire. L'état civil est ainsi « *intangibles* », et ne peut « *être modifié au gré de son titulaire* »⁶⁸⁸.

2. Le sexe biologique : marqueur d'identité des individus.

a. La dimension binaire du sexe civil.

335. Binarité nécessaire. Chaque individu doit obligatoirement être assigné à un sexe féminin ou masculin dès la naissance⁶⁸⁹ : c'est le fruit d'une qualification juridique à partir d'un modèle de bicatégorisation⁶⁹⁰. Ainsi, le législateur impose la mention du sexe de l'enfant sur l'acte de naissance dans les cinq jours⁶⁹¹, en demeurant relativement silencieux quant à la définition de la notion du sexe, faisait fi d'une définition précise⁶⁹². Par conséquent, le juge pourrait admettre l'inscription d'un sexe en dehors de la binarité, sans pour autant dépasser les fonctions qui lui sont attribuées⁶⁹³. Ce n'est toutefois pas la solution retenue par la haute juridiction, qui estime que « *la loi française ne permet pas de faire figurer [...] l'indication*

⁶⁸⁴ REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1884.

⁶⁸⁵ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 39.

⁶⁸⁶ BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps*, op. cit., p. 79.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 83.

⁶⁸⁸ CA de Versailles, 22 juin 2000, JCP G, II, 10595, obs. P. GUEZ.

⁶⁸⁹ BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art cit, p. 266.

⁶⁹⁰ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, op. cit., §25.

⁶⁹¹ Articles 55 et 57 du Code civil.

⁶⁹² REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1883.

⁶⁹³ CATTO Marie-Xavière, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », art cit.

d'un sexe autre que masculin ou féminin »⁶⁹⁴. Ce faisant, la Cour de cassation affirme l'intangibilité de la binarité sexuelle⁶⁹⁵. De plus, conformément à l'analyse menée par B. Moron-Puech⁶⁹⁶, certaines dispositions juridiques font directement référence à la dualité des sexes, certes en dehors des mesures relatives à l'identification des individus à l'état civil : les textes utilisent régulièrement les termes « *deux sexes* »⁶⁹⁷ ou « *l'un ou l'autre sexe* »⁶⁹⁸.

b. Une identité sexuée basée sur des critères biologiques.

336. L'identification des individus selon un sexe féminin ou masculin à la naissance est basée sur des critères purement biologiques, jugés plus ou moins pertinents par le juge au fil de l'évolution de sa jurisprudence. En effet, il doit prendre en compte la multiplicité des critères de sexe⁶⁹⁹. Autrefois, le sexe génétique était celui qui devait nécessairement primer, puisque « *intangible* »⁷⁰⁰ : un individu n'était donc pas en mesure de demander volontairement à voir son acte d'état civil modifié, une intervention chirurgicale ne pouvant permettre une quelconque modification du sexe chromosomique.

337. Ainsi, aucun critère stable ne permet d'aboutir à une grille d'identification des individus selon un sexe féminin ou masculin⁷⁰¹ : cela résulte du choix du juge de prendre en compte tel ou tel critère biologique, ce qui réduit ainsi la complexité de la sexuation des individus à seulement deux catégories. Toutefois, « *l'état civil, a-t-il pour but de refléter l'individu, ou l'inverse ?* »⁷⁰².

338. Si le sexe demeure un critère d'identification mobilisé et contrôlé par les autorités étatiques afin d'identifier les individus, serait-il pour autant envisageable d'en faire une notion faisant partie intégrante de leur vie privée? Le sexe serait alors cantonné à une notion dont l'acteur premier serait l'individu, qui en aurait la maîtrise.

B. Le sexe comme moyen d'identification par et pour la personne.

339. Le sexe fait partie intégrante du droit au respect de la vie privée (1) : sa maîtrise pleine et entière par les individus permettrait alors de respecter leur identité (2).

⁶⁹⁴ Ccass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n°16-17.189, JCP G, 2017, 663, 1129.

⁶⁹⁵ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 654.

⁶⁹⁶ MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, op. cit., §9.

⁶⁹⁷ Voir par exemple l'article L131-1 du Code de l'éducation et l'article L3221-7 du Code du travail.

⁶⁹⁸ Voir par exemple l'article L3221-5 du Code du travail et l'article 255 du Code de procédure pénale.

⁶⁹⁹ Voir supra n°31.

⁷⁰⁰ Cass., 1^{ère}, 21 mai 1990, n°88-12829, Bull. 1990, n°117.

⁷⁰¹ FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art cit., §37.

⁷⁰² BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes*, op. cit., p. 520.

1. Sexe et droit au respect de la vie privée.

a. Du sexe biologique au sexe social.

340. Jurisprudence. Si l'identification du sexe juridique d'un nouveau-né demeure naturellement réalisée à partir de considérations biologiques, celle d'un individu pourrait être ultérieurement envisagée à partir de considérations sociales. Ainsi, dans son arrêt relatif à la mention d'un sexe neutre, la Cour d'appel d'Orléans se fie à « *l'apparence* » et au « *comportement social* » d'une personne intersexuée afin d'identifier son sexe juridique⁷⁰³. Ce raisonnement est confirmé par la Cour de cassation, qui estime qu'il n'y a pas d'atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée : si un individu à l'apparence d'une femme ou d'un homme, il peut valablement être attaché à l'un ou l'autre des deux sexes selon ces constatations d'ordre sociales.

341. Législation. D'autre part, l'article 61-5 du Code civil énonce désormais qu'une personne « *qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification* ». Le législateur se fonde donc sur l'apparence sociale afin de déterminer la mention du sexe à l'état civil d'un individu qui souhaite la modifier. Le droit a donc « *opéré, non sans difficultés, un déplacement de la « question du sexe » vers la « question du genre »* »⁷⁰⁴. Le sexe serait alors passé d'une composante d'ordre public à celle de la vie privée de l'individu⁷⁰⁵.

b. L'identité de genre comme critère du sexe.

342. Selon la jurisprudence désormais constante de la CEDH concernant le contentieux relatif aux personnes trans, la liberté de définir son appartenance sexuée implique de retenir le sentiment subjectif des individus concernant leur identité⁷⁰⁶. Ainsi, l'identité ressentie par une personne est appréhendée comme une composante de son sexe, au nom du droit au respect de la vie privée⁷⁰⁷. La notion d'identité de genre fait ainsi « *primer le sexe psychologique sur le sexe biologique* » et permet d'englober d'autres « *réalités vécues (voire subies) par [...] les intersexués* »⁷⁰⁸.

⁷⁰³ CA Orléans, 22 mars 2016, n° 142.

⁷⁰⁴ BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps, op. cit.*, p. 79.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 81.

⁷⁰⁷ Protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁷⁰⁸ BORRILLO Daniel, « L'identité de genre et le droit: entre ordre public et vie privée », art cit, p. 3.

343. Toutefois, même si la consécration de l'identité de genre comme critère dominant dans l'établissement du sexe juridique des individus paraît préférable afin de respecter leur droit au respect de la vie privée, et notamment à l'autodétermination, des limites demeurent, puisqu'elle se fonde « sur l'existence présupposée de deux sexes juridiquement établis »⁷⁰⁹.

2. Le sexe juridique et le droit au respect de son identité sexuée.

a. La bicatégorisation : une atteinte au droit au respect de la vie privée ?

344. **Hypothèse.** Obliger les personnes intersexes à être assignées à un sexe féminin ou masculin est-il une atteinte au droit au respect de leur vie privée ?⁷¹⁰. C'est d'ailleurs sur ce critère que se fondent les juges du TGI de Tours afin de faire droit à la demande du requérant de voir inscrit la mention de « sexe neutre » sur son état civil⁷¹¹ : ils appuient leur raisonnement sur l'article 8 de la CESDH, et notamment sur la jurisprudence du 10 mars 2015 de la CEDH⁷¹². Il semble en effet pouvoir être admis que la binarité obligatoire ne permet pas aux personnes intersexes « d'établir les détails de leur identité », une prérogative pourtant reconnue par la CEDH, notamment dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*⁷¹³. Quelle serait la position de la Cour ? Aurait-elle l'audace de conclure à la violation de l'article 8 de la CESDH ? Il faudrait pour cela vérifier que les ingérences au droit au respect de la vie privée, prévues par le second alinéa du même article, soient disproportionnées⁷¹⁴.

345. **Raisonnement.** Selon l'analyse de B. Moron-Puech, en procédant par analogie avec l'évolution des droits des personnes trans en matière de reconnaissance du changement de sexe à l'état civil, « le fait d'exiger d'une personne intersexuée qu'elle se rattache à une identité de genre ou à un sexe binaire ne lui correspondant pas [...] paraît constituer une atteinte disproportionnée à sa vie privée »⁷¹⁵. À ce titre, la CEDH estime que la marge d'appréciation laissée aux Etats est restreinte « lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu ». En revanche, cette marge d'appréciation « est plus large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe »

⁷⁰⁹ BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps*, op. cit., p. 87.

⁷¹⁰ MORON-PUECH Benjamin, « Le droit des personnes intersexuées », in *Socio. La nouvelle revue des sciences sociales*, n° 9, 20 décembre 2017, p. 215-237.

⁷¹¹ TGI Tours, 2ème civ., 20 août 2015, Dalloz actualité, 16 octobre 2015, obs. Thomas Coustet.

⁷¹² CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c. Turquie*, n°14793/08,

⁷¹³ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02.

⁷¹⁴ MORON-PUECH Benjamin, « Le droit des personnes intersexuées », in *Socio. La nouvelle revue des sciences sociales*, n° 9, 20 décembre 2017, p. 215-237, §13.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶. Si la Cour a pu reconnaître « *une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés* »⁷¹⁷, et ainsi en déduire une faible marge d'appréciation des Etats, il paraît toutefois difficilement envisageable pour les juges de Strasbourg d'appliquer un tel raisonnement aux personnes intersexes. En effet, le doute est permis au vu de l'absence de consensus au sein des Etats-membres sur cette question : la grande majorité des ordres juridiques consacrent la bicatégorisation. Même si certaines législations ont ouvert la voie à des alternatives, la binarité sexuelle pourrait être perçue par les juges européens comme un but légitime, au même titre que la Cour de cassation dans son arrêt du 4 mai 2017⁷¹⁸.

b. La bicatégorisation : une atteinte au droit à la liberté de conscience ?

346. Ne faudrait-il pas plutôt s'appuyer sur l'article 9 de la CESDH, qui garantit la liberté de conscience ?⁷¹⁹. Le contentieux de la question trans fondé sur le respect du droit à la vie privée permet d'éviter que la discordance entre le sexe indiqué à l'état civil et l'identité de genre de l'individu ne soit révélée aux tiers. Dès lors, la Cour s'appuie sur deux éléments : l'existence d'une réalité biologique, telle que traduite par l'ordre juridique dans l'acte d'état civil, et le sentiment d'appartenance de l'individu, traduit par son apparence ou son comportement. Sous le prisme de l'article 9 de la Convention, cela reviendrait à associer l'identité de genre à une conviction, et donc à fonder le sexe sur le sentiment d'appartenance de la personne, sans tenir compte d'une construction sociale des sexes. Cela semble envisageable selon l'analyse de P. Reigné, notamment au vu de la définition donnée par la Cour de la notion de conviction, qui s'applique à « *des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* »⁷²⁰. Les individus pourraient alors affirmer leur conviction d'appartenir au sexe féminin, masculin ou à aucune de ces catégories.

347. Parmi les deux hypothèses évoquées, le mécanisme de l'article 8 de la CESDH nous semble toutefois plus approprié au vu de l'utilisation constante qui en est faite par la Cour en matière de protection de l'identité des individus.

⁷¹⁶ CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c. Turquie*, n°14793/08, §101.

⁷¹⁷ CEDH, Grde Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, n°28957/95, §85.

⁷¹⁸ Ccass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n°16-17.189, JCP G, 2017, 663, 1129.

⁷¹⁹ REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », art cit, p. 1890.

⁷²⁰ CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, n°7511-76 et n°7743-76, §36, cité par *Ibid.*

348. L'intersexuation pousse ainsi le droit à se remettre en question : l'ordre juridique devient, selon M. Foucault, « *obligé de s'interroger sur ses propres fondements, ou encore sur sa propre pratique, ou de se taire, ou de renoncer, ou de faire appel à un autre système de référence* »⁷²¹. Les personnes intersexes représentent un réel défi pour la normativité juridique, et interrogent la définition même de la personne juridique. Dès lors, quelles alternatives pourraient être envisagées à la « *notion ancestrale de la binarité des sexes* »⁷²².

§2. Le sexe : un critère pertinent d'identification de la personne juridique ?

349. Quel est l'avenir de la catégorisation sexuelle des êtres humains par le droit ?⁷²³ Conserver les catégories de sexe comme telles ne nous paraît pas envisageable, tant ce système ne permet pas d'assurer la protection des droits fondamentaux des personnes qui se situent en dehors de la binarité sexuée, comme nous venons de le montrer. Ainsi, deux options restent à envisager : le droit est-il en mesure de dépasser la binarité (A), ou au contraire de s'en passer (B) afin de prendre en compte les personnes intersexes au sein de l'ordre juridique et le respect de leurs droits fondamentaux ?

A. La consécration d'un sexe neutre à l'état civil.

350. La reconnaissance d'un troisième sexe ou d'un sexe neutre au sein de l'ordre juridique n'est pas inconnue des juristes : l'hypothèse d'un classement ternaire des individus⁷²⁴ a souvent fait l'objet de discussions (1), au cours desquelles certaines difficultés sont apparues quant à la crédibilité d'une telle mesure (2).

1. Une alternative privilégiée ?

a. Une hypothèse régulièrement discutée.

351. **Théorie ancienne.** Dès la fin du XIX^{ème} siècle, des voix suggèrent déjà la mise en œuvre d'une théorie d'un troisième sexe. Le juriste K. Heinrich Ulrichs plaide ainsi pour la reconnaissance d'un troisième sexe pour les individus possédant « *une âme de femme dans un*

⁷²¹ FOUCAULT Michel, *Les anormaux*, op. cit., p. 59.

⁷²² TGI Tours, 2^{ème} civ., 20 août 2015, Dalloz actualité, 16 octobre 2015, obs. Thomas Coustet.

⁷²³ GROSSHOLZ Caroline, « La classification sexuelle des êtres humains à l'épreuve des droits fondamentaux », art cit, p. 1151.

⁷²⁴ HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 96.

corps d'homme »⁷²⁵. L'hypothèse d'un sexe neutre est aussi soulevée par A. Lacassagne, qui souhaite une réforme de l'article 57 du Code civil en vue « *d'imposer un examen médical à la puberté qui statuera le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil* »⁷²⁶. Le fait de repousser l'inscription du sexe à la puberté suggère l'idée d'une identité dynamique⁷²⁷, susceptible d'évoluer après la naissance.

352. Droit comparé. Cette hypothèse est déjà appliquée par certaines législations étrangères, prouvant ainsi la possibilité de sa mise en œuvre. La première reconnaissance d'un sexe neutre a eu lieu en 2010, en Australie : le Gouvernement du New South Wales a admis qu'une personne pouvait être assignée à un genre neutre, inscrivant la mention de « *not-specified gender* » au sein de l'acte de naissance. Aussi, deux arrêts ont été récemment rendus à propos de la mention du sexe à l'état civil de personnes intersexes par la Cour constitutionnelle allemande⁷²⁸ et la Cour constitutionnelle autrichienne⁷²⁹. Les juges s'appuient sur des données scientifiques et médicales afin de constater l'existence « *dans les faits, de sexes autres que le féminin et le masculin* », et consacrent la reconnaissance d'un sexe neutre⁷³⁰. Toutefois, la possibilité pour les personnes intersexes de voir leur état civil mentionner cette troisième catégorie de sexe est subordonnée au constat médical de leur intersexuation.

b. Les hésitations des juridictions françaises.

353. Hésitations. Malgré ces exemples, le juge français ne semble pas prêt à franchir le pas de la reconnaissance d'un troisième sexe au sein de son ordre juridique. Le TGI de Tours a toutefois fait preuve d'audace dans un arrêt du 20 août 2015. En effet, il reconnaît la mention d'un « sexe neutre » à l'état civil : les juges permettent ainsi de rectifier l'état civil d'une personne intersexe, dont la mention de « sexe masculin » avait originellement été inscrite lors de la déclaration de naissance. Le tribunal se veut toutefois prudent : il ne s'agit pas selon eux de reconnaître l'existence d'un quelconque « *troisième sexe* », ou d'un « *nouveau genre* » mais bien de « *prendre simplement acte de l'impossibilité de rattacher en l'espèce l'intéressé*

⁷²⁵ KENNEDY Hubert C., « The "Third Sex" Theory of Karl Heinrich Ulrichs », in *Journal of Homosexuality*, n° 1-2, vol. 6, 22 janvier 1981, pp. 103-111, p. 103. : il s'agissait notamment pour l'auteur de proposer une alternative afin de faire reconnaître le droit des personnes homosexuelles.

⁷²⁶ Voir LACASSAGNE Alexandre, *Les Actes de l'état civil*, Paris, A. Storck, 1887, p. 91, cité par BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps, op. cit.*, p. 91.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 95.

⁷²⁸ Cour constitutionnelle allemande, 10 oct. 2017, 1 BvR 2019 /16.

⁷²⁹ Cour constitutionnelle autrichienne, 15 juin 2018, G 77/2018-9.

⁷³⁰ GROSSHOLZ Caroline, « La classification sexuelle des êtres humains à l'épreuve des droits fondamentaux », art cit.

à *tel ou tel sexe* »⁷³¹. Par la suite, la Cour d'appel d'Orléans, dans un arrêt du 22 mars 2016, infirme la décision des juges de première instance. Selon elle, reconnaître la catégorie d'un « sexe neutre » reviendrait à admettre l'existence d'une nouvelle catégorie, ce qui dépasse largement le pouvoir d'interprétation du juge⁷³². Il revient seulement au législateur de créer éventuellement une nouvelle catégorie.

354. But légitime. Enfin, dans son arrêt du 4 mai 2017, la première chambre civile de la Cour de cassation rejette définitivement la reconnaissance d'un « *sexe neutre* »⁷³³. Si la Cour fait référence à l'article 8 de la CESDH, elle estime toutefois que le maintien de la binarité des sexes poursuit un but légitime : le respect de la vie privée peut donc être limité au motif que cette dualité est « *nécessaire à l'ordre social et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* ». Le juge fonde également sa décision sur les conséquences de la reconnaissance d'un sexe neutre. Une telle démarche aurait selon lui des « *répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes* », ce qui « *impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination* ». Outre ces difficultés pointées par le juge, il nous semble que la création d'une troisième catégorie de sexe n'est pas la plus adaptée afin de répondre à la nécessité de préserver les droits fondamentaux des individus, et en particulier des personnes intersexes.

2. Les difficultés quant à l'acceptation d'un sexe neutre.

a. La persistance du rapport binaire entre les sexes.

355. Terminologie. Une première difficulté terminologique apparaît quant à la mention d'un sexe neutre : comment justifier l'adoption du terme « sexe neutre » ou de « troisième sexe » à la place par exemple de la reconnaissance d'une catégorie « non-binaire » ? Comme le souligne le Commissaire aux droits de l'Homme, certaines personnes intersexes s'identifient ni comme des femmes, ni comme des hommes, ou bien comme étant les deux à la fois⁷³⁴. Dès lors, que regroupe exactement la notion d'un sexe neutre ou d'un troisième sexe ?

⁷³¹ TGI Tours, 2^eme civ., 20 août 2015, Dalloz actualité, 16 octobre 2015, obs. Thomas Coustet.

⁷³² Pourtant, le juge a souvent fait preuve de créativité en matière d'état civil, notamment en ce qui concerne le contentieux relatif aux personnes trans, ou encore la gestation pour autrui, voir à ce titre CATTO Marie-Xavière, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », art cit.

⁷³³ Ccass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n°16-17.189, JCP G, 2017, 663, 1129.

⁷³⁴ Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, op. cit., p. 15. ; Voir également à ce titre l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017 : à l'origine de la requête, le requérant affirme ne se sentir ni homme ni femme, et revendique une identité intersexuée. (Ccass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n°16-17.189, JCP G, 2017, 663, 1129).

356. Dépasser la binarité. L'utilisation de la catégorie « sexe neutre » ou « troisième sexe » pose en outre une difficulté majeure : elle se réfère au paradigme de la binarité sexuée. C'est en se fondant sur l'existence d'un sexe féminin et masculin que la reconnaissance d'un troisième sexe est possible. Il ne permet donc pas de dépasser les difficultés intrinsèques à la dualité des sexes, notamment les représentations qui en découlent (vision hétéronormative des rapports sociaux entretenue par l'ordre juridique par exemple). De plus, cette catégorie nouvelle vient seulement « pallier l'inadéquation de la classification sexuelle binaire à la réalité »⁷³⁵, en plus de renforcer l'idée d'une catégorie « résiduelle », où ceux qui n'ont pas leur place au sein de la binarité seraient regroupés sous une même bannière.

b. Le caractère stigmatisant d'une troisième catégorie de sexe.

357. Le TGI de Tours reconnaît dans sa décision que la mention « *sexe : neutre* » est préférable à « *intersexe* », catégorie qu'il convient d'éviter car « *elle apparaît plus stigmatisante* »⁷³⁶. N'est-ce pas pourtant la même chose en cas de reconnaissance d'un sexe neutre ou d'un troisième sexe ? En appel, les juges ont considéré au contraire que la reconnaissance d'une troisième catégorie de sexe aurait des répercussions négatives notamment sur les personnes mineures concernées « *alors que les personnes présentant une variation du développement sexuel doivent être protégées pendant leur minorité de stigmatisations, y compris de celles que pourraient susciter leur assignation dans une nouvelle catégorie* ». En effet, même si le législateur était amené à reconnaître un troisième sexe, la société demeure, elle, binaire⁷³⁷. La création d'une troisième catégorie de sexe pour les personnes intersexes pourrait alors avoir pour effet de renforcer la stigmatisation dont ils sont déjà victimes⁷³⁸.

358. Ainsi, envisager une troisième possibilité d'identification sexuée est tout aussi restrictif que le système de bicatégorisation actuel⁷³⁹. Il ne paraît donc pas absurde d'envisager la suppression du sexe comme élément d'identification des individus.

⁷³⁵ GROSSHOLZ Caroline, « La classification sexuelle des êtres humains à l'épreuve des droits fondamentaux », art cit.

⁷³⁶ TGI Tours, 2ème civ., 20 août 2015, Dalloz actualité, 16 octobre 2015, obs. Thomas Coustet.

⁷³⁷ CATTO Marie-Xavière, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », art cit.

⁷³⁸ C'est d'ailleurs un aspect souligné par une grande majorité du milieu associatif intersexe (voir par exemple la position du Collectif Intersexes et Allié.e.s-OII France : <https://cia-oiifrance.org/2018/05/08/les-certificats-de-naissance-neutres-non-binaires-ou-intersexes-un-thread-du-collectif-intersexes-et-allie-e-s-intersexes/>)

⁷³⁹ FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art cit, §43.

B. La suppression du sexe comme moyen d'identification des individus.

359. Quid de l'abolition totale de toute catégorisation sexuelle des individus par le droit ?⁷⁴⁰

Est-ce vraiment indispensable, dans le cadre juridique actuel, de mentionner l'identité sexuelle d'un individu pour l'identifier au sein de l'ordre juridique ? (1). Au vu de notre analyse, il s'avère que la mise en œuvre de cette hypothèse apparaît juridiquement prometteuse (2).

1. Le sexe comment élément résiduel de l'identification juridique de la personne.

a. Présentation de l'hypothèse.

360. Au-delà de trouver une alternative à la bicatégorisation, une solution plus radicale reviendrait à abandonner le critère du sexe comme moyen d'identification de la personne juridique. À ce titre, il n'a pas toujours été nécessaire de mentionner le sexe d'une personne sur son état civil : cette pratique fut instaurée seulement en 1792, année durant laquelle un décret portant sur la laïcisation de l'état civil fut adopté⁷⁴¹. Aussi, à l'heure où la lutte contre les inégalités et la discrimination est de mise, n'est-il pas judicieux de reconnaître des individus selon une seule entité, et non des êtres féminin ou masculin ?⁷⁴². Un parallèle avec la notion de race, qui n'est désormais plus utilisée comme moyen d'identification des individus, permet ainsi d'interroger la validité de la catégorie de sexe⁷⁴³. Dans quelle mesure est-elle encore utile à l'identification des individus par le droit ?

b. Un faible intérêt des règles sexo-spécifiques.

361. Déclin des normes genrées. Le nombre de normes juridiques où le sexe est indispensable à leur application est en déclin. Ce constat est d'autant plus frappant depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2013 qui autorise le mariage aux couples de même sexe⁷⁴⁴. Toutefois, quelques règles juridiques dont la prise en compte du sexe est déterminante persistent. C'est notamment le cas en matière de filiation, d'égalité⁷⁴⁵, ou encore dans le champ des discriminations positives (principe de parité dans les mandats électoraux par exemple).

⁷⁴⁰ GROSSHOLZ Caroline, « La classification sexuelle des êtres humains à l'épreuve des droits fondamentaux », art cit.

⁷⁴¹ LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20-21.

⁷⁴² GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », art cit, §2.

⁷⁴³ GROSSHOLZ Caroline, « La classification sexuelle des êtres humains à l'épreuve des droits fondamentaux », art cit.

⁷⁴⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁷⁴⁵ Le principe d'égalité entre les sexes est un principe à valeur constitutionnelle : Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, troisième alinéa : « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ».

Ces difficultés ne semblent pas pour autant insurmontables pour le législateur, dans la mesure où « *de telles actions ne nécessitent pas forcément la reconnaissance juridique du sexe à l'état civil* »⁷⁴⁶.

362. Filiation. La mention du sexe n'a notamment pas disparu dans le domaine de la filiation. Le législateur distingue la filiation maternelle de la filiation paternelle en ce qui concerne par exemple son mode d'établissement ou encore sa contestation⁷⁴⁷. Ainsi, en cas de changement de sexe d'un parent, celui-ci n'opère que pour l'avenir⁷⁴⁸. L'adoption est, à l'heure actuelle, la seule possibilité pour les couples de même sexe d'établir un lien de filiation avec leur enfant : le droit ne reconnaît pas le double lien de filiation maternelle ou paternelle hormis cette hypothèse. Ainsi, l'une des possibilités en cas de suppression de la mention du sexe à l'état civil serait de fonder la filiation sur la volonté d'être parent, et donc de généraliser le modèle juridique de la filiation adoptive⁷⁴⁹. De plus, les évolutions actuelles du droit en matière d'assistance médicale à la procréation (AMP) affaiblissent relativement l'idée d'une filiation reconnaissant une mère et un père. L'ouverture de cette méthode aux couples de femmes semble être sur la voie d'être adoptée dans le cadre de la prochaine révision de la loi bioéthique⁷⁵⁰ : ainsi, cela aurait notamment pour conséquences de créer un régime permettant un double établissement simultané dans la branche maternelle, solution d'ailleurs privilégiée par le Conseil d'Etat⁷⁵¹.

363. Au vu de ces considérations, n'est-ce pas suffisant pour le droit, et davantage pertinent, de se fier par exemple au nom patronymique ou encore aux données biométriques afin d'identifier un individu ?⁷⁵². Il semble que la mention du sexe est aujourd'hui avant tout symbolique⁷⁵³.

⁷⁴⁶ FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », art cit, §43.

⁷⁴⁷ GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », art cit, §10.

⁷⁴⁸ CA Paris, 2 juillet 1998, JCP 1999. II. 10005, note Th. Garé.

⁷⁴⁹ GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », art cit, p. 11.

⁷⁵⁰ Révision qui devrait avoir lieu au cours de l'année 2019 : la loi du 7 juillet 2011 actuellement en vigueur prévoyait en effet un délai de sept ans pour mettre en œuvre la prochaine révision (<https://solidarites-sante.gouv.fr/grands-dossiers/bioethique/article/loi-de-bioethique-les-etapes-de-la-revision>)

⁷⁵¹ Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, op. cit., p. 15.

⁷⁵² BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps*, op. cit., p. 100 ; FONTANA-CONTENT Justine, *Binarité sexuée et états d'intersexuation : de l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil*, op. cit., §493.

⁷⁵³ FONTANA-CONTENT Justine, *Binarité sexuée et états d'intersexuation : de l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil*, op. cit., §493.

2. La mise en œuvre pratique de la suppression du sexe comme catégorie d'identification.

a. Se baser sur l'état de fait.

364. Discriminations. Même en cas de suppression du sexe comme élément d'identification des personnes à l'état civil, ce critère pourrait être conservé en matière de lutte contre les discriminations⁷⁵⁴. En effet, selon D. Borrillo, l'absence de la mention du sexe à l'état civil n'empêche pas sa prise en compte afin de lutter contre les discriminations (tout comme la race ou la religion par exemple : ces éléments ne sont pas inscrits dans les documents d'identité). En effet, si la mention du sexe doit être bannie, « *le sexisme et l'hétérosexisme doivent continuer à être combattus par la loi* »⁷⁵⁵. Le sexe continuerait alors d'être utilisé comme mesure provisoire afin de permettre aux individus de s'en émanciper. L'auteur propose ainsi un système d'auto-identification, selon le sentiment d'appartenance des individus à un groupe. Cela revient à « *refuser la catégorie de genre au niveau identificatoire* » (mention du sexe à l'état civil) afin de la réapproprié sur le plan discriminatoire de manière ponctuelle⁷⁵⁶.

365. Etat de fait. Le droit pourrait également s'appuyer sur « *les états de fait* » : par exemple, les règles en matière de droit du travail destinées aux femmes enceintes ne seraient plus applicables aux seules femmes, identifiées comme telles par l'ordre juridique, mais à toute personne enceinte⁷⁵⁷.

366. Un sujet de droit sans genre assigné « *deviendrait le principe gouvernant la nouvelle grammaire sexuelle* »⁷⁵⁸. Une telle acceptation permettrait au droit de s'affranchir « *de la métaphysique de la différence des sexes* »⁷⁵⁹, et d'appréhender le sexe comme faisant partie intégrante de la vie privée de l'individu, et non comme une matérialité biologique définitive.

b. Vers une reconnaissance d'un « genre humain » ?

367. Tout comme l'assimilation des personnes homosexuelles dans les institutions n'a pas remis en question les injonctions classiques à la monogamie ou encore à la procréation, le sexe neutre ne semble pas de nature à bousculer l'ordre juridique binaire et les conséquences qui

⁷⁵⁴ BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps*, op. cit., p. 87.

⁷⁵⁵ BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », art cit, p. 23.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ FONTANA-CONTENT Justine, *Binarité sexuée et états d'intersexuation : de l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil*, op. cit., p. 494. : cette solution semble d'autant plus pertinente au vu de l'expérience vécue par Thomas Beatie, un homme trans ayant donné naissance à trois enfants.

⁷⁵⁸ BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », art cit, p. 273.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 274.

en découlent (patriarcat, hétéronormativité, stéréotypes...) ⁷⁶⁰. Ainsi, se passer de la mention du sexe ferait voler en éclat les représentations liées à la bicatégorisation : cela permet d'imaginer de nouvelles formes juridiques, et de ne pas rester enfermé dans le paradigme d'un sexe identifié selon la binarité ou même une classification ternaire, mais bien « *d'accueillir la multiplicité infinie des choix individuels et des modes de vie* » ⁷⁶¹. Selon l'expression utilisée par R. Libchaber, il serait temps de « *réconcilier enfin l'humanité au sein d'un genre unique* » ⁷⁶². Il s'agirait alors d'adopter une nouvelle conception du sexe : une « *construction sociale qui fluctuerait entre deux pôles extrêmes – le masculin et le féminin idéaux, jamais totalement incarnés* » ⁷⁶³.

368. L'hypothèse de la suppression du sexe comme élément d'identification de la personne juridique serait la promesse de « *l'accomplissement du genre humain universel* » ⁷⁶⁴, où le sexe des individus, quel qu'il soit, ne serait plus une condition de l'application des normes de droit. En conséquence, la fin de la mention du sexe comme partie intégrante de l'identification de la personne juridique permettra « *l'abolition de la hiérarchie inhérente au genre* » ⁷⁶⁵, et évitera que des « *figures corporelles qui n'intègrent aucun genre tombent en dehors de l'humain* » ⁷⁶⁶.

⁷⁶⁰ BORRILLO Daniel, « La réception des revendications LGBT et des droits LGBT: un regard critique », art cit, p. 10.

⁷⁶¹ ERIBON Didier, *Contre l'égalité et autres chroniques*, Paris, Ed. Cartouches, 2008, p. 144, cité par BORRILLO Daniel, « La réception des revendications LGBT et des droits LGBT: un regard critique », Université d'Angers, 2017, p.10.

⁷⁶² LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », art cit, p. 20.

⁷⁶³ LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », art cit.

⁷⁶⁴ BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », art cit, p. 24.

⁷⁶⁵ LAS Nelly, « La disparition des catégories de sexe : apogée ou fin du féminisme ? », in *Controverses*, n° 8, mai 2008, pp. 20-32, p. 28.

⁷⁶⁶ BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble)*, op. cit., p. 223.

Conclusion

L'ordre juridique laisse peu de place aux corps et aux identités qui transgressent l'intouchable binarité sexuée. La protection de cet archétype attire l'attention privilégiée du droit, avant même la protection d'une matérialité bien plus réelle que la dualité des sexes : le corps des personnes intersexes.

Devant sa volonté de protéger le droit à l'intégrité physique des individus, et de leur assurer un respect de leur dignité humaine, l'ordre juridique semble aveuglé par la nécessité de préserver des rapports dichotomiques entre les êtres. Les corps des personnes intersexes peuvent donc légalement être soumis à des opérations de conformations sexuée, puisqu'appartenir à un monde autre que l'imaginaire féminin ou masculin n'est pas un univers concevable. Ainsi, l'atteinte portée à l'intégrité physique des personnes intersexes, et notamment des enfants, par ces interventions chirurgicales n'est pas sujet à discussion : la norme binaire est perçue par les autorités médico-légales comme un motif d'atteinte à leur intégrité corporelle. Le corps humain est donc sous l'emprise du pouvoir juridique : le sexe de l'individu est soumis, si ce n'est à une assignation, à une autorisation législative.

L'ordre juridique est-il seulement victime de ce prisme de la binarité, responsable d'une interprétation faussée de son raisonnement ? Nous l'avons vu, le droit, y compris les droits humains, participe en réalité largement à consolider le modèle de la binarité des sexes. Les droits fondamentaux n'ont pas de poids face à l'enracinement de ce dogme au sein de l'ordre juridique, solidement construit sur l'idée d'une différenciation naturelle et évidente de la différence des sexes. Le droit se veut ainsi le vecteur de représentations genrées et hétéronormées, allant jusqu'à fonder la définition de la personne juridique sur cette bicatégorisation. Si des alternatives sont envisageables, il semble pourtant difficile de faire vaciller un discours ancré au sein même des garanties des libertés fondamentales.

Cette « *interphobie institutionnelle* »⁷⁶⁷ met en exergue les difficultés du droit à se départir de la binarité sexuée : ainsi, au-delà même des corps intersexes, la conformation des individus au sexe féminin ou masculin est totale. L'ordre juridique est-il prêt à relever le défi normatif que lui imposent les personnes situées en dehors de la binarité ? Cela implique de repenser tout un système, et d'imaginer un univers où l'ensemble des identités pourraient être représentées par le droit. Il faut alors faire un pas de côté, et avoir recours à l'utopie ou encore

⁷⁶⁷ Commission européenne, *Les personnes trans et intersexuées: la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers*, Luxembourg, 2012, p.15.

à la fiction pour provoquer un changement de paradigme⁷⁶⁸, tout comme D. Haraway s'est emparée de la figure du cyborg afin de penser l'éventualité d'un « monde post-genre »⁷⁶⁹. Il serait dommage de s'en priver, puisque « *le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination : jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité* »⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ France Culture, « Paul B. Preciado : Le corps est la chose la plus politique et la plus publique qui soit », 28 mai 2019, 58 min. [<https://www.franceculture.fr/emissions/par-les-temps-qui-courent/paul-b-preciado>, consulté le 5 juin 2019].

⁷⁶⁹ HARAWAY Donna, « Manifeste Cyborg : Science, technologie et féminisme socialiste à la fin du XXe siècle », in *Mouvements*, n° 3, no 45-46, 2006, p. 15-21, p. 18.

⁷⁷⁰ GIRAUDOUX Jean, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, « Classiques du 20e siècle », 1935, vol. 3/, p.146.

Bibliographie

I. Ouvrages

- Ouvrages généraux

BEAUVOIR Simone de, *Le deuxième sexe I*, Paris, Gallimard, « Le deuxième sexe », 2012, 408 p.

BUTLER Judith, *Trouble dans le genre (Gender trouble) : le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La Découverte/Poche, « Sciences humaines et sociales », 2012, 283 p.

CANGUILHEM Georges, *Le normal et le pathologique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1979, 224 p.

DORLIN Elsa et FASSIN Eric, *Reproduire le genre*, Paris, Bibliothèque publique d'information du Centre Pompidou, 2010, vol. 1/, 186 p.

DREGER Alice, *Hermaphrodites and the medical invention of sex*, 4. print., Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 2003, 268 p.

EUGENIDES Jeffrey, *Middlesex*, Paris, Ed. de l'Olivier, 2007, 656 p.

FAUSTO-STERLING Anne, *Les cinq sexes: pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Paris, Payot & Rivages, 2013, 92 p.

FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres: la dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, La Découverte, 2012, 400 p.

FOUCAULT Michel, *Herculine Barbin dite Alexina B.*, Paris, Gallimard, 2014, 258 p.

FOUCAULT Michel, *Les anormaux: cours au Collège de France (1974 - 1975)*, Paris, Gallimard, « Hautes études », 1999, 351 p.

HERITIER Françoise, *Masculin/féminin*, Paris, O. Jacob, 2018, 326 p.

LAQUEUR Thomas et GAULTIER Michel, *La fabrique du sexe: essai sur le corps et le genre en occident*, Paris, Gallimard, « nfr essais », 2010, 355 p.

MATEU Jacques, REYNIER Mathieu et VIALLA François, *Regards croisés sur le genre*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 2010.

PEYRE Evelyne, WIELS Joëlle, *Mon corps a-t-il un sexe ?*, Paris, Éditions La Découverte, 2015, 359 p.

PICQUART Julien, *Ni homme ni femme: enquête sur l'intersexuation*, Paris, La Musardine, « L'attrape-corps », 2009, 234 p.

VERCORS, *Les animaux dénaturés*, Paris, Michel, « Le Livre de poche », 1988, 317 p.

WINCKLER Martin, *Le chœur des femmes*, Paris, Gallimard, « Folio », 2017, 688 p.

- **Ouvrages juridiques**

BINET Jean-René, *Droit de la bioéthique*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 317 p.

BORRILLO Daniel, *Disposer de son corps: un droit encore à conquérir*, Paris, Textuel, 2019, 158 p.

BOYER CHAMMARD George, MONZEIN Paul et CASTAIGNE Paul, *La responsabilité médicale*, 1^{re} éd., Vendôme, PUF, 1974, 282 p.

BRANLARD Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes: aspects historique, sociologique et juridique*, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, 682 p.

CHARVIN Robert et SUEUR Jean-Jacques, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 5. éd., Paris, Litec, « Objectif droit », 2007, 291 p.

GIAMI Alain, PY Bruno et COLLECTIF, *Droits de l'Homme et sexualité: Vers la notion de droits sexuels?*, Archives contemporaines, 2019, 283 p.

GREENBERG Julie A., *Intersexuality and the law: why sex matters*, New York, New York University Press, 2012, 169 p.

HAUTEBERT Joël, *Le droit à l'épreuve du genre: actes du colloque du 7 mai 2015*, Limoges, PULIM, « CIAJ », 2016, 151 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, *Disposer de soi? une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, Paris, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2004, 447 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias et ROMAN Diane, *Ce que le genre fait au droit: actes d'une journée d'études organisée le 19 septembre 2012 à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense*, Paris, Dalloz, « À droit ouvert », 2013, 269 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *Genre et droit*, Paris, Dalloz, 2016, 466 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre: études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éd, 2014, 799 p.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et ROMAN Diane, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 3^{ème} ed., Paris, Editions Dalloz, 2017, 837 p.

MEMETEAU Gérard, *Cours de droit médical*, 5^{ème}., Bordeaux, Les Études hospitalières, 2016.

MIRKOVIC Aude, *La notion de personne: étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, 472 p.

MISTRETTA Patrick, *Droit pénal médical*, Paris, Éd. Cujas, 2013, 454 p.

SAVATIER René, *La responsabilité médicale*, Paris, P. Lethielleux, 1948, 84 p.

SCHERPE Jens M., DUTTA Anatol et HELMS Tobias, *The legal status of intersex persons*, Cambridge Antwerp Chicago, Intersentia, 2018, 535 p.

SYTSMA Sharon E. (éd.), *Ethics and intersex*, Dordrecht, Springer, « International library of ethics, law, and the new medicine », 2006, 336 p.

TERRE et FENOUILLET, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2005.

VIALLA François et REYNIER Mathieu, *Les grandes décisions du droit médical*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, 896 p.

WELSCH Sylvie, *Responsabilité du médecin*, 2e éd., Paris, Litec : Juris-Classeur, « Pratique professionnelle », 2003, 346 p.

ZATTARA-GROS Anne-Françoise (éd.), *Bioéthique et genre*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, 300 p.

II. Articles & Périodiques

- Articles & Périodiques généraux

AÏDAN Géraldine, « Genre et identité psychique », in *Espace Ethique Azuréen - La lettre d'information*, n°5, Hors-Série, Aout 2015, p. 7-8.

ALESSANDRIN Arnaud, « Différenciation sexuelle et identité : clinique, art et littérature », in TAMET Jean-Yves (dir.), *Nouvelles Questions Feministes*, n° 1, Vol. 33, 20 octobre 2014, p. 121-124.

BRUNET Laurence, « Ordre social contre ordre « naturel » : la mention du sexe sur l'état civil des personnes intersexes », in *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, n° 4, vol. 64, juin 2016, p. 255-264.

BUJON Thomas et DOUROLANS Christine, « Entre médicalisation et dépathologisation : la trajectoire incertaine de la question trans », in *Sciences sociales et santé*, n° 3, vol. 30, 2012, p. 33.

COBURN Elaine, *Combien de sexes ?*, « Socio », 2017, vol. 9/, 292 p.

COBURN Elaine, « Défaire et refaire le sexe, le genre, la sexualité: Le sujet intersexe, trans et queer », in *Socio*, n° 9, 20 décembre 2017, p. 9-31.

COMMITTEE ON GENETICS, « Evaluation of the Newborn With Developmental Anomalies of the External Genitalia », in *Pediatrics*, n° 1, vol. 106, 1 juillet 2000, p. 138-142.

CONDAT A., « Genre, sexe et identité : une société qui change, des pratiques aussi », in *Neuropsychiatrie de l'Enfance et de l'Adolescence*, n° 4, vol. 64, juin 2016, p. 207-209.

DE BOSSCHER S., DURAND-DELVIGNE A., PRZYGODZKI-LIONET N. et REMY L., « Comment les enfants utilisent-ils les catégories de sexe ? », in *Revue Européenne de Psychologie Appliquée/European Review of Applied Psychology*, n° 3, vol. 60, 2010, p. 189-199.

DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », in *Raisons politiques*, n° 2, vol. 18, 2005, p. 117.

DUPIN Lucie, « Brèves réflexions philosophiques sur la normalisation des corps des personnes intersexuées. », 2019, « Médiations philosophiques », p. 7.

EKENZE, « Outcome of feminizing genital reconstruction in female sex assigned disorder of sex development in a lowincome country », in *Journal of Pediatric Urology*, 2019.

ESPINEIRA Karine, « Le bouclier thérapeutique : discours et limites d'un appareil de légitimation », in *Le sujet dans la Cité - Revue internationale de recherche biographique*, 2011, p. 189-201.

FAUSTO-STERLING Anne, « The fives sexes : why Male and Female are not enough », in *The Sciences*, 1993, p. 20-25.

FORTIER Corinne, « Intersexués : le troisième genre en question en France et au-delà », in *Socio. La nouvelle revue des sciences sociales*, n° 9, 20 décembre 2017, p. 91-106.

FRIGNET Henry, « Fabrication du genre, effacement du sexe », in *La revue lacanienne*, n° 4, n° 4, 2007, p. 21-25.

GUILLOT Vincent. « Intersexes : ne pas avoir le droit de dire ce que l'on ne nous a pas dit que nous étions », in *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 27, no. 1, 2008, pp. 37-48.

HANNEMA Se et SCOTT Is, « Testicular development in the complete androgen insensitivity syndrome », in *The Journal of Pathology*, n° 4, vol. 208, mars 2006, p. 518-527.

HARAWAY Donna, « Manifeste Cyborg : Science, technologie et féminisme socialiste à la fin du XXe siècle », in *Mouvements*, n° 3, n°45-46, 2006, p. 15-21.

HERAULT Laurence, « La chirurgie de transsexuation: une médecine entre réparation et amélioration », in *Aux frontières de la médecine*, 2014, p. 209-220.

JACQUOT Mélanie, « Le médecin, les parents et l'enfant intersexe : enjeux et effets d'une rencontre intersubjective », in *Corps & Psychisme*, n° 69, 2016, p. 99-113.

JAUNAIT Alexandre, « Comment peut-on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », in *Raisons politiques*, n° 3, no 11, 2003, p. 59-79.

KENNEDY Hubert C., « The "Third Sex" Theory of Karl Heinrich Ulrichs », in *Journal of Homosexuality*, n° 1-2, vol. 6, 22 janvier 1981, p. 103-111.

KESSLER Suzanne J., « The Medical Construction of Gender: Case Management of Intersexed Infants », in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, n° 1, vol. 16, octobre 1990, p. 3-26.

KRAUS Cynthia, « La bicatégorisation par “sexe” à l’épreuve de la science : le cas des recherches en biologie sur la détermination du sexe chez les humains » in GARDEY Delphine et LÖWY Ilana (dir.), *L’Invention du naturel : Les sciences et la fabrication du féminin et du masculin*, Paris, EAC, « Histoire des sciences, des techniques et de la médecine », 2000, p. 187-213.

KRAUS Cynthia, « Diagnostiquer les fœtus intersexués : quoi de neuf docteurs ? », in *Sciences sociales et santé*, n° 1, vol. 33, 2015, p. 35.

LAS Nelly, « La disparition des catégories de sexe : apogée ou fin du féminisme ? », in *Controverses*, n° 8, mai 2008, p. 20-32.

LEE P. A., HOUK C. P., AHMED S. F., HUGHES I. A., « Consensus Statement on Management of Intersex Disorders », in *Pediatrics*, n° 2, vol. 118, 1 août 2006, p. 488-500.

LEE Peter A, WISNIEWSKI Amy B et BASKIN Laurence, « Advances in diagnosis and care of persons with DSD over the last decade », in *International Journal of Pediatric Endocrinology*, n° 1, vol. 2014, décembre 2014, p. 19.

LÖWY Ilana, « Intersexe et transsexualités : Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », in *Cahiers du Genre*, n° 1, n° 34, 2003, p. 81-104.

MACE Éric, « Les conséquences de la dépathologisation des identifications de genre trans’ », in *L’information psychiatrique*, n° 4, Volume 87, 2011, p. 291-293.

MACE Éric, « Ce que les normes de genre font aux corps / Ce que les corps trans font aux normes de genre », in *Sociologie*, n° 4, vol. 1, 2010, p. 497.

MONEY John, HAMPSON Joan G et HAMPSON, JOHN L., « Imprinting and the Establishment of Gender Role », in *Archives of Neurology And Psychiatry*, n° 3, vol. 77, 1957, p. 333-336.

MOURIQUAND Pierre et al., « Surgery in disorders of sex development (DSD) with a gender issue: If (why), when, and how? », in *Journal of Pediatric Urology*, n° 3, vol. 12, juin 2016, p. 139-149.

STREULI Jürg C., VAYENA Effy et CAVICCHIA-BALMER Yvonne, « Shaping Parents: Impact of Contrasting Professional Counseling on Parents’ Decision Making for Children with Disorders of Sex Development », in *The Journal of Sexual Medicine*, n° 8, vol. 10, août 2013, p. 1953-1960.

- **Articles & Périodiques juridiques**

AILINCAI Mihaela, « Corps, genre et droit : Propos introductifs », in *Revue des droits de l’Homme*, 17 novembre 2015, p. 18.

BEH Hazel Glenn et DIAMOND Milton, « An Emerging Ethical and Medical Dilemma: Should Physicians Perform Sex Assignment Surgery on Infants with Ambiguous Genitalia? », in *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. 7, 2000, p. 65.

BORRILLO Daniel, « L'intersexualité et l'état des personnes : le droit face à l'identité du genre », in *Gesellschaft*, 2014, p. 7-9.

BORRILLO Daniel, « L'identité de genre et le droit: entre ordre public et vie privée », 2013, p. 10.

BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre » in GALLUS Nicole (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, LGDJ Anthémis, 2012, p. 7-24.

BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Jurisprudence. Revue Critique*, 2011, p. 263-274.

BYK Christian, « Médecine et droit : Le devoir de conscience », in *Revue générale de droit*, n° 3, vol. 27, 1996, p. 323.

CALAIS Vincent, « Choisir son sexe, un droit de l'homme ? », in *La revue lacanienne*, n° 4, vol. 4, 2007, p. 133-140.

CARPENTER Morgan, « The human rights of intersex people: addressing harmful practices and rhetoric of change », in *Reproductive Health Matters*, n° 47, vol. 24, 2016, p. 74-84.

CATTO Marie-Xavière, « De la neutralité biologique à la masculinité juridique. Note sur la qualification de la Cour d'appel d'Orléans, le 22 mars 2016 », in *RDLF*, n° 18, 2016.

CATTO Marie-Xavière, « L'intersexualité à la naissance, le regard du droit », in *Espace Ethique Azuréen - La lettre d'information*, n°5, Hors série, Aout 2015, p. 9-10.

CATTO Marie-Xavière, « La mention du sexe à l'état civil », in *La loi et le genre*, 2014, p. 29-47.

CATTO Marie-Xavière, « Avis de la CNCDH sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil », in *Revue des droits de l'Homme*, 11 juillet 2013.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, « Réflexions sur l'acte médical non thérapeutique » in PY Bruno (dir.), *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains.*, LEH Edition, 2015, vol. 1/, p. 399-415.

DUPRAT Jean-Pierre, « Le statut juridique du corps humain, une construction progressive », in *Petites affiches*, n° 80, 3 juillet 1996, p. 4-12.

EHRENREICH Nancy et BARR Mark, « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices" », in *Harvard Civil Rights*, vol. 40, 2005, p. 70-140.

FONDIMARE Elsa, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », in *Revue des droits de l'Homme*, n° 5, 1 juin 2014.

GOGOS-GINTRAND Amélie, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », in *Revue de droit sanitaire et social*, n° 5, 2016, p. 920-929.

GROSSHOLZ Caroline, « La classification sexuelle des êtres humains à l'épreuve des droits fondamentaux », in *La Semaine Juridique - Edition Générale*, n°24, 17 juin 2019, p. 1151-1160.

GRÜNDLER Tatiana, « La nécessité médicale comme condition d'atteinte à l'intégrité corporelle, entre modernité et désuétude » in MONDIELLI Eric, VIALLA François et CADEAU Emmanuel (dir.), *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger : modernité du droit de la santé*, Bordeaux, LEH Edition, « Mélanges », 2015, p. 483-501.

GUEZ Philippe, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », in *Revue des droits de l'Homme*, 21 novembre 2015.

HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie et GIRARD Charlotte, « Théories du genre et théorie du droit », in *Savoir / Agir*, n° 2, vol. 20, 2012, p. 53-59.

HENNION-JACQUET Patricia, « Le paradigme de la nécessité médicale », in *RDSS*, n° 6, 2007, p. 1038-1049.

JONES Melinda, « Intersex Genital Mutilation – a Western Version of FGM », in *Children's Right – New issues, New Themes, New Perspectives*, 2018, p. 124-135.

LEPRINCE Christelle, « Le transsexualisme, évolution contemporaine des idées et du droit », in *Revue juridique de l'Ouest*, n° 2, vol. 21, 2008, p. 133-182.

LIBCHABER Rémy, « Les incertitudes du sexe », in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20-21.

LOCHAK Danièle, « Le droit, discours de pouvoir » in *Itinéraire. Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 429-444.

LOCHAK Danièle, « Droit, normalité et normalisation » in CHEVALLIER Jacques (dir.), *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 51-71.

LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques » in *Mélanges Andrée Lajoie*, Éditions Thémis, 2008, p. 659-689.

LORHO Marie-France et MORON-PUECH Benjamin, « Les personnes intersexuées appréhendées par le droit », in *Revue de droit d'Assas*, n° 15, 2017, p. 17-22.

MILLARD Eric, « Précision et effectivité des droits de l'homme », in *Revue des droits de l'homme*, n° 7, 5 juin 2015.

MORON-PUECH Benjamin, « Rejet de l'action d'une personne intersexuée pour violences mutilantes - Une nouvelle « mutilation juridique » par la Cour de cassation ? », in *Revue de l'association des juristes de Sciences Po*, n° 15, juin 2018, p. 71-104.

MORON-PUECH Benjamin, « Le droit des personnes intersexuées à la traîne », in *Hommes et libertés*, n° 181, mars 2018, p. 14-16.

MORON-PUECH Benjamin, « Le droit des personnes intersexuées », in *Socio. La nouvelle revue des sciences sociales*, n° 9, 20 décembre 2017, p. 215-237.

MORON-PUECH Benjamin, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », in *Recueil Dalloz*, n°18, 18 mai 2017, p. 994-995.

MORON-PUECH Benjamin, « Les politiques publiques relatives aux minorités corporelles à l'épreuve des droits humains fondamentaux », in *CNRS*, 2017, p. 28.

MORON-PUECH Benjamin, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015. Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH) », in *Revue des droits de l'homme*, 23 mars 2015.

MORON-PUECH Benjamin, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », in *Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé*, n° 50, juillet 2013, « Hors série 50e numéro de la Revue Droit & Santé », p. 200-214.

MORON-PUECH Benjamin, « Le respect des droits des personnes intersexuées – Chantiers à venir? », p. 38.

REIGNE Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », in *La semaine juridique*, n° 42, octobre 2011, p. 1883-1890.

SCHNEIDER Erik, « Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective », novembre 2013, p. 66.

THOUVENIN Dominique, « Responsabilité médicale : de quoi s'agit-il exactement ? (Commentaire) », in *Sciences sociales et santé*, n° 2, vol. 24, 2006, p. 35-42.

THOUVENIN Dominique, « Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du code civil », in *Recueil Dalloz*, n° 32, 2000, p. 485-490.

WACHSMANN P. et MARIENBURG-WACHSMANN A., « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 56, vol. 2003, 2003, p. 1157-1184.

III. Rapports, documents et textes officiels

- Rapports, documents et textes officiels de l'Organisation des Nations-Unies

1. Assemblée générale des Nations-Unies

Assemblée générale des Nations unies, Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948.

Assemblée générale des Nations unies, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966.

Assemblée générale des Nations unies, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966.

Assemblée générale des Nations unies, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979.

Assemblée générale des Nations unies, Convention internationale des droits de l'enfant, 20 novembre 1989.

Assemblée générale des Nations unies, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984.

2. *Comités des Nations-Unies*

Comité contre la torture, Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France, 10 juin 2016, CAT/C/FRA/CO/7.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n°20 - La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n°14 - Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, 11 août 2000, E/C.12/2000/4.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n°28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 16 décembre 2012, CEDAW/C/GC/28.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Observations finales sur le Costa Rica, 2 août 2011, CEDAW/C/CRI/CO/5-6.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Observations finales concernant le rapport de la France valant septième et huitième rapports périodiques, 25 juillet 2016, CEDAW/C/FRA/CO/7-8.

3. *Autres organes des Nations-Unies*

Conseil des droits de l'Homme, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez, 1^{er} février 2013, A/HRC/22/53.

Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*, 2013.

Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Nés libres et égaux - Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, 2013.

Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *Libres & égaux : visibilité intersexe*, 26 octobre 2016.

- Rapports, documents et textes officiels du Conseil de l'Europe

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1952 (2013) - le droit des enfants à l'intégrité physique, 1^{er} octobre 2013.

Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Strasbourg, 2009.

Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'Homme et personnes intersexes*, Strasbourg, 2015.

Conseil de l'Europe, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950.

Conseil de l'Europe, Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997.

Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, « Office des publications de l'Union européenne », 2018.

- Rapports, documents et textes officiels de l'Union européenne

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *The fundamental rights situation of intersex people*, Autriche, 2015.

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les caractéristiques sexuelles dans l'UE*, 2015.

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les caractéristiques sexuelles dans l'UE – Analyse juridique comparative*, Autriche, 2015.

Commission européenne, *Les personnes trans et intersexuées: la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers*, Luxembourg, 2012.

Parlement européen, Résolution du Parlement européen sur les droits des personnes intersexuées (2018/2878(RSP)), 14 février 2019.

Union européenne, Charte des droits fondamentaux, 7 décembre 2000.

- Rapports, documents et textes officiels de droit interne

1. *Lois*

Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

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

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

2. *Autres documents*

Assemblée nationale, Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique, BRETON Xavier et TOURAINE Jean-Louis, *Rapport d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, Paris, 15 janvier 2019.

Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil*, 2013.

Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, Paris, 2018.

Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, Paris, 28 juin 2018.

Défenseur des droits, *Décision cadre du Défenseur des droits*, Paris, 2016.

Défenseur des droits, *Avis du Défenseur des droits n°17-04*, Paris, 2017.

Délégation Interministérielle à la Lutte Contre le Racisme, l'Antisémitisme et la Haine anti-LGBT, *Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT*, 2016.

Sénat, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, BLONDIN Maryvonne et BOUCHOUX Corinne, *Les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, n°441, Paris, 23 février 2017.

- Rapports, documents et textes officiels de droit étranger

Afrique du sud, Judicial Matters Amendment Act 2005 (loi de 2005 portant modification de questions judiciaires), loi n°22 de 2005, 11 janvier 2006, Journal officiel, n°28391.

Allemagne, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (loi générale sur l'égalité de traitement), 14 août 2006 (BGBl. I S. 1897).

Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel*, Berne, 2012.

Malte, Loi «Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act», 14 avril 2015, ACT n°XI of 2015.

IV. Mémoires et Thèses

- Thèses

CATTO Marie-Xavière, *Le principe d'indisponibilité du corps humain: limite de l'usage économique du corps*, sous la direction de Véronique Champeil-Desplats, Université Paris Nanterre, 2018, 731 p.

COUSIN Clément, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, sous la direction de Brigitte Feuillet-Liger, Université Rennes I, 2016, 392 p.

FERRIE Scarlett-May, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine: essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, sous la direction de Grégoire Loiseau, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, 2018.

FONTANA-CONTENT Justine, *Binarité sexuée et états d'intersexuation : de l'opportunité du maintien de la mention du sexe à l'état civil*, sous la direction de François Violla, Université de Montpellier, 2017, 689 p.

GIRARD Lucie, *La demande de soins des personnes transsexuelles en France : prise en charge médicale et respect de la dignité*, sous la direction de Irène François-Pursell, Université Paris 5, 2013, 202 p.

KLEIN Noémie, *La justification des atteintes médicales au corps humain*, sous la direction de Patricia Hennion-Jacquet, Université Paris 8, 2012.

MATTIUSSI Julie, *L'apparence de la personne physique : pour la reconnaissance de la liberté*, sous la direction de Grégoire Loiseau, Université Paris I - Panthéon Sorbonne, 2016, 445 p.

OSELLA Stefano, *The legal regime of gender identity : a comparative enquiry*, sous le direction de Ruth Rubio-Marín, European University Institute, 2019.

PRIEUR Stéphane, *La disposition par l'individu de son corps*, Université de Dijon, 1999, 442 p.

- Mémoires

BAL Antoine, *Re-constituer son « histoire ». Une approche anthropologique des parcours de vie des personnes « intersexuées »*, sous la direction de Laurence Hérault, Université de Provence. Aix-Marseille 1, 2006.

MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, sous la direction de Dominique Fenouillet, Université Panthéon-Assas, 2010, 100 p.

V. Jurisprudence

- Jurisprudence nationale

TGI Laval, juge des enfants, 16 avril 2002, AJ Famille 2002, p. 222.

TGI Tours, 2^{ème} civ., 20 août 2015, Dalloz actualité, 16 octobre 2015, obs. Thomas Coustet.

CA Paris, 18 janv. 1974, RTD civ. 1974, p. 801.

CA Versailles, 22 juin 2000, Juris-Data n° 134595 ; JCP G 2001.

CA Orléans, 22 mars 2016, n°15/03281, RDS, n°71, 2016, p. 427-429.

Cass., ch. req., Teyssier, 28 janvier 1942, DC 1942. 63 ; Gaz. Pal. 1942. 1. 177.

Cass. civ., 20 mai 1936, Mercier, D., 1936, 1, p. 88.

Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1975, D. 1976, Jur. p. 397, note R. LINDON.

Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1988, n° 86-13.698, Bull. Civ., I, n° 76, p., 122.

Cass., 1^{ère} civ., 21 mai 1990, Bull. civ. 1990, I, n° 117.

Cass. Crim., 30 mai 1991, n°90-84.420, Bull. crim. n°232.

Cass., Ass. Plén., 11 décembre 1992, n°91-11900 et 91-12373, RTD Civ., 1993. 97.

Cass. soc., 8 juillet 2009, n°08-40.046, n°1609.

Cass. 1^{ère} civ., 13 février 2013, n°11-14.515, Bull. 2013, I, n°13.

Cass. Crim., 18 décembre 2013, n° 13-81.129.

Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189, JCP G, 2017, 663, 1129.

Cass. Crim., 17 octobre 2018, n° 17-86.161.

Cass. Crim, 6 mars 2018, n°17-81.777.

- Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 13 décembre 1979, *X. c. Autriche*, n° 8278/78.

CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, n°7601/76 et 7806/77.

CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76.

CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, n°8978/80.

CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81.

CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84.

CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n°13343/87.

CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n° 22985/93 et 23390/94.

CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n° 25803/94.

CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02.

CEDH, 26 mai 2002, *Fretté c. Royaume-Uni*, n° 36515/97.
 CEDH, 11 juillet 2022, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95.
 CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97.
 CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99.
 CEDH, 16 juin 2005, *Störck c. Allemagne*, n° 61603/00.
 CEDH, 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00.
 CEDH, 11 septembre, *L. c. Lituanie*, n° 27527/03.
 CEDH, 1 juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05.
 CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04.
 CEDH, 20 janvier 2011, *Hass c. Suisse*, n° 31322/07.
 CEDH, 8 novembre 2011, *V.C c. Slovaquie*, n° 18968/07.
 CEDH, 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, n° 4149/04 et 41029/04.
 CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06.
 CEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09.
 CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c. Turquie*, n° 14793/08.
 CEDH, 12 mai 2015, *Identoba et autres c. Géorgie*, n° 73235/12.
 CEDH, 17 mars 2016, *Vasileva c. Bulgarie*, n° 23796/10.
 CEDH, 6 avril 2017, *AP, Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.
 CEDH, 27 mars 2018, *Ibrahim Keskin c. Turquie*, n° 10491/12.
 CEDH, 11 octobre 2018, *S.V c. Italie*, n° 55216/08.

- Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 30 avril 1996, *P. v. S. and Cornwall Country Council*, C-13/94.

- Jurisprudence étrangère

Cour constitutionnelle de Colombie, 12 mai 1999, SU-337/99
 Cour constitutionnelle de Colombie, 2 août 1999, T-551/99
 Cour régionale de Cologne, 6 février 2008, *Völling*, n°25-O179/07.
 Cour constitutionnelle allemande, 10 oct. 2017, 1 BvR 2019 /16.
 Cour constitutionnelle autrichienne, 15 juin 2018, G 77/2018-9.

VI. Sources électroniques

- Supports audiovisuels

ARTE, LOHR Barbara, THULLIER Cécile et KLEINSCHMAGER Elsa, *France : n'être ni fille ni garçon*, 2016.

ARTE, ABADIA Régine, *Entre deux sexes*, 57 minutes, 2017.

ESPACE ÉTHIQUE, *Intervention de Benjamin Moron-Puech*, Assemblée nationale, 17 juin 2019
 [lien : <https://www.youtube.com/watch?v=BbXbRuUeW0&list=PLi-yyU8cpcgUJwMEz1h-wIDnjNJf9eQkT&index=10> consulté le 27 juin 2019].

ESPACE ÉTHIQUE, *Les variations du développement sexuel*, par Blaise Meyrat, Assemblée nationale, 17 juin 2019, [lien : <https://youtu.be/-6zNZaw1-8Q?list=PLi-yyU8cpcgUJwMEz1h-wIDnjNJf9eQkT> consulté le 27 juin 2019].

France Culture, « Paul B. Preciado : Le corps est la chose la plus politique et la plus publique qui soit », 28 mai 2019, 58 min. [<https://www.franceculture.fr/emissions/par-les-temps-qui-courent/paul-b-preciado>, consulté le 5 juin 2019].

Institut Emilie du Châtelet, Colloque international "Mon corps a-t-il un sexe? Détermination du sexe et contraintes du genre", *Communication de Claire Bouvattier*, Paris, 22 et 23 juin 2011 [lien : <https://www.dailymotion.com/video/xrhc0r>, consulté le 23 juin 2019].

- Articles en ligne

Le Monde, VINCENT Catherine, « Ni lui ni elle... alors qui ? », 8 septembre 2009. https://www.lemonde.fr/vous/article/2009/08/08/ni-lui-ni-elle-alors-qui_1226800_3238.html

Le Monde, « *L'absence systématique d'intervention chirurgicale précoce aurait de graves conséquences* » (Tribune), 4 juillet 2019. https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/07/04/l-absence-systematique-d-intervention-chirurgicale-precoce-aurait-de-graves-consequences_5485156_3232.html

RODRIGUEZ EVA, Fabriquer le sexe, éduquer le genre, <http://biosex.univ-paris1.fr/dossiers-thematiques/scientifiques-du-genre-2/> [consulté le 12 avril 2019].

UNGHARO Priscilia et BIRRAUX Jacques, *Votre enfant va être opéré d'un hypospadias*, Genève, Hôpitaux universitaires de Genève, 2013
[https://www.hug-ge.ch/sites/interhug/files/documents/hypospadias_05_13.pdf]

- Sites internet

Conseil de l'Europe, Orientation sexuelle et identité de genre : <https://www.coe.int/fr/web/sogi>

Site du Collectif Intersexes et Allié.e.s – OII France (CIA-OII France) : <https://cia-oiifrance.org/>

Site de l'Organisation internationale des intersexués (OII) : <https://oiieurope.org/>

Table des matières

Introduction.....	1
--------------------------	----------

TITRE 1 : Intersexuation et normalisation des corps : quel encadrement juridique des actes de conformation sexuée sur les personnes intersexes ?.....	9
--	----------

Chapitre 1 : Opérer les personnes intersexes : une nécessité médicale justifiée par la volonté des autorités médico-légales de maintenir la binarité des sexes.	10
--	----

Section 1 : Des actes soumis à l'exigence d'une finalité médicale.	10
---	----

§1. Une pratique médicale guidée par la volonté de guérir les personnes intersexes.....	11
---	----

A. Une prise en charge des personnes intersexes par le corps médical.	11
--	----

1. L'intersexuation : un trouble dans la binarité des sexes.....	11
--	----

a. Imposer une identité de genre.	11
--	----

b. La technique médicale au service de la binarité.....	12
---	----

1. Le sexe d'élevage : un tournant dans la prise en charge des personnes intersexes.	13
---	----

a. Distinguer le sexe et le genre.	13
---	----

b. Opérer dès la naissance.	14
----------------------------------	----

B. Définir le sexe selon le modèle de la binarité sexuée.	15
--	----

1. Des composantes multiples d'identification du sexe.	15
---	----

a. Le sexe biologique : socle de l'identification du sexe.....	15
--	----

b. Le sexe psychosocial : prise en compte tardive.	16
---	----

2. Des données biologiques à l'encontre de la binarité sexuée.....	17
--	----

a. Le refus de consacrer la diversité des sexes.....	17
--	----

b. La diversité des états d'intersexuation.....	18
---	----

§2. Une pratique médicale encadrée par l'exigence légale d'une finalité médicale.....	20
---	----

A. De « thérapeutique » à « médicale » : les contours de la finalité médicale.	20
---	----

1. Une évolution législative justifiée par la diversification de l'activité médicale.	20
--	----

a. Une finalité thérapeutique fidèle aux origines de la pratique médicale.....	20
--	----

b. Une finalité médicale conforme à l'évolution de la pratique médicale.	21
---	----

2. La nécessité médicale : un terme polysémique.....	22
--	----

a. Des significations multiples.....	22
--------------------------------------	----

b. La pluralité des finalité englobées par le terme de « nécessité médicale ».....	23
--	----

B. La justification de la finalité médicale des opérations de conformation sexuée.....	25
--	----

1. La prévention d'un mal-être à venir ?.....	25
---	----

a. Prévenir l'apparition de pathologies.....	25
--	----

b. Prévenir l'apparition de troubles psychiques.....	26
--	----

2.	Un mal-être corporel thérapeutique ou esthétique ?.....	26
a.	L'hypothèse d'un mal-être d'origine thérapeutique.	26
b.	L'hypothèse d'un mal-être d'origine esthétique.	27
Section 2 : Des actes justifiés par une pathologisation de l'intersexuation.		29
§1.	Corriger les états d'intersexuation : une nécessité thérapeutique.	29
A.	Répondre aux besoins des personnes trans : le syndrome de la dysphorie de genre.....	29
1.	Le refus initial d'opérer les personnes trans.	29
a.	Ne pas opérer des corps sains.	29
b.	La peur des condamnations.....	30
2.	La reconnaissance d'une pathologie afin de soustraire les opérations au droit pénal. ..	31
a.	Du pénal au médical : le « syndrome transsexuel ».	31
b.	Des opérations pratiquées dans un but thérapeutique.....	31
B.	Des interventions chirurgicales jugées nécessaires pour les personnes intersexes.	33
1.	L'acte médical pratiqué « pour la personne ».	33
a.	L'esprit du texte initial de l'article 16-3 du Code civil.	33
b.	La médecine pour répondre à une détresse.	33
2.	Des opérations de conformation sexuée pratiquées pour répondre à une pathologie.	35
a.	Une souffrance indirecte.....	35
b.	Un motif infondé de l'intérêt thérapeutique.....	35
§2.	Pathologiser : le refus de consacrer la liberté de choisir son sexe.....	36
A.	Le caractère pathologique pour justifier la pratique médicale.....	36
1.	Une pratique médico-légale paternaliste.	36
a.	Le poids du savoir médical dans la relation patient-médecin.	36
b.	Le poids de l'autorité légale dans l'assignation du sexe.....	37
2.	Un pouvoir des autorités médico-légales exercé sur les corps intersexués.	37
a.	Le choix du sexe réservé aux praticiens.	37
b.	Une difficulté générale à accepter les corps « hors-norme ».	38
B.	De la pathologisation à la démedicalisation.	39
1.	Le contrôle persistant du législateur de la question trans.	39
a.	Une démedicalisation progressive.....	39
b.	Une judiciarisation constante.....	39
2.	Vers une dépathologisation de l'intersexuation ?	40
a.	Le maintien contesté du caractère pathologique.	40
b.	La possibilité d'écarter la qualification pathologique.	41

Chapitre 2 : Opérer les enfants intersexes : un consentement aux traitements de conformation sexuée imposé par un impératif social.....	43
Section 1 : Des interventions médicales à l'encontre de la volonté individuelle en l'absence de consentement d'une personne intersexe.	44
§1. Des actes soumis au consentement des parents de l'enfant intersexe.	44
A. Consentir à l'acte médical : une exigence difficilement dérogeable.	44
1. La nécessité de recueillir le consentement de l'individu à un acte médical.	44
a. Un préalable indispensable à toute intervention médicale.....	44
b. Un consentement libre et éclairé.	45
2. Des exceptions au recueil du consentement prévues par le législateur.	46
a. La nécessité d'une intervention thérapeutique.....	46
b. L'incapacité à s'exprimer.	46
B. Un choix entre les mains des médecins et des titulaires de l'autorité parentale.	47
1. L'exercice de l'autorité parentale dans le cadre des opérations de conformation sexuée.....	48
a. La notion d'autorité parentale.	48
b. Les limites à l'exercice de l'autorité parentale.	48
2. La qualité du consentement des titulaires de l'autorité parentale.	49
a. Les difficultés à qualifier le consentement de libre.....	49
b. Le défaut d'un consentement éclairé.....	49
§2. La nécessité de réaliser des actes de conformation sexuée pour les personnes intersexes...50	
A. Des traitements disproportionnés quant à la finalité médicale poursuivie.	51
1. Des traitements dispensables à la préservation de la santé.	51
a. Nécessité médicale et état de nécessité.....	51
b. Assigner un sexe féminin ou masculin : l'absence d'urgence thérapeutique.....	52
2. Des actes particulièrement graves.....	53
a. Des techniques chirurgicales lourdes et répétées.	53
b. Des conséquences opératoires disproportionnées.	54
B. Des traitements dont la nécessité thérapeutique n'est pas justifiée.....	55
1. La correction de l'intersexuation : une nécessité en réalité « pour la société ».	55
a. Une volonté de prévenir l'intolérance sociale.....	55
b. Une volonté de répondre à l'inquiétude des parents.....	57
2. Une remise en cause du protocole médical actuel.....	58
a. Les difficultés à prouver l'efficacité des traitements.....	58
b. L'existence d'alternatives aux actes chirurgicaux.....	58
Section 2 : Des actes contraires au droit au respect à l'intégrité physique.....	60

§1. Laisser l'enfant participer à la décision.	60
A. Impliquer le mineur dans les décisions concernant sa santé.....	60
1. La nécessité d'attendre le consentement de l'enfant : une hypothèse controversée...60	
a. Attendre que l'enfant soit en âge de consentir.	60
b. Des positions divergentes entre le milieu juridique et médical.....	61
2. La prise en compte du degré de maturité de l'enfant.	62
a. Une attention accrue du législateur.	62
b. Les difficultés à saisir la notion de discernement.....	62
B. Garantir la liberté du mineur à prendre des décisions concernant sa santé.	63
1. Une protection du droit fondamental à la santé.	63
a. Une acceptation extensive.	63
b. Un enjeu majeur pour les minorités sexuées.....	64
2. Une protection garantie par le législateur.....	64
a. Favoriser l'autonomie des mineurs.	64
b. Limiter le pouvoir décisionnel des parents.	65
§2. Les mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité du personnel médical.....	66
A. Le régime de responsabilité applicable aux actes de conformation sexuée.....	66
1. La responsabilité des médecins sur le plan pénal.....	66
a. Les garanties du droit pénal en matière de droit au respect à l'intégrité physique.66	
b. Les garanties du droit pénal applicables aux opérations de conformation sexuée. 67	
2. La responsabilité des médecins sur le plan civil.	69
a. Une relation contractuelle.....	69
b. La nullité du contrat.	69
B. Les biais de la bicatégorisation du droit sur l'engagement de la responsabilité.	70
1. Une qualification erronée des actes de conformation sexuée.	70
a. Des actes pouvant être qualifiés de viol.	70
b. Des actes pouvant être qualifiés de violences.	70
2. Des mécanismes de responsabilité soumis aux délais de prescription.	72
a. Des difficultés à passer outre les délais de prescription.	72
b. Des difficultés à dépasser la notion d'obstacle insurmontable.	72

TITRE 2 : Intersexuation et droits fondamentaux : l'ancrage intangible de la bicatégorisation au sein de l'ordre juridique75

Chapitre 1 : Garantir les droits humains : la protection du droit au respect de l'intégrité physique. 76

Section 1 : La protection de l'intégrité physique contre les atteintes portées par autrui.77

§1. La protection des individus contre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants.....	77
A. Une garantie universelle.....	77
1. La force contraignante des dispositions.	77
a. Une interdiction absolue.....	77
b. Une obligation positive imposée aux Etats.....	78
2. Une qualification rigoureuse des actes.....	78
a. Un constat soumis à un seuil minimum de gravité.....	78
b. Une distinction des traitements selon leur intensité.	79
B. Un régime applicable aux opérations d'assignation sexuée.	80
1. Une dénonciation par les organes de protection des droits humains.....	80
a. Des traitements qualifiés de torture.....	80
b. Des traitements qualifiés de cruels, inhumains ou dégradants.....	81
2. La qualification éventuelle opérée par les juges européens.....	82
a. Le bien-fondé de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme. .	82
b. Le raisonnement éventuel de la Cour européenne des droits de l'Homme.....	82
§2. La protection des individus contre les atteintes au droit au respect de la vie privée.	84
A. Une problématique à l'origine abordée sous l'angle du changement de sexe à l'état civil.....	84
1. La frilosité originelle de la Cour en matière de transsexualisme.	84
a. Une large marge d'appréciation accordée aux Etats.	84
b. Une jurisprudence fondée sur l'évolution de la science.	85
2. Un changement de paradigme : l'arrêt <i>B. contre France</i>	85
a. Un constat inédit de la violation du droit au respect de la vie privée.....	85
b. Des conséquences directes en droit interne.	86
B. Une conciliation entre le droit au respect de la vie privée et le droit à l'intégrité physique.....	87
1. La condamnation de la condition de stérilité définitive.	87
a. En matière d'accès aux opérations de changement de sexe.....	87
b. En matière d'accès à la procédure de changement de sexe à l'état civil.	88
2. Une protection de la vie privée des personnes trans.	88
a. Un consensus international.	88
b. La reconnaissance de l'identité trans.....	89
Section 2 : La protection du droit à disposer de son corps.	91
§1. Droit à disposer de son corps et protection de l'identité de genre.....	91

A.	L'autodétermination : une subjectivisation du droit au respect de la vie privée.....	91
1.	Un principe en faveur de la liberté individuelle.....	92
a.	L'autonomie personnelle : une composante du droit au respect de la vie privée...92	
b.	L'autonomie personnelle : une protection de l'identité des individus.....	92
2.	Un droit susceptible d'être modéré.	93
a.	Le respect des obligations positives des Etats.	93
b.	Le respect de l'intérêt collectif.....	93
B.	L'autodétermination : un fondement pertinent en matière de transidentité.....	94
1.	La reconnaissance des personnes trans comme minorité sexuée.	94
a.	Une acceptation sociale accrue.	94
b.	La transidentité comme identité sexuée.....	94
2.	La nécessité de respecter le choix des personnes trans.	95
a.	Le droit de se soumettre à une opération d'assignation sexuée.	95
b.	Reconnaître juridiquement les opérations d'assignation sexuée.	96
§2.	Droit à disposer de son corps et droit de la non-discrimination.	96
A.	Le sexe comme motif de non-discrimination.	97
1.	Un motif envisagé pour la protection des droits des personnes intersexes.....	97
a.	Une notion entendue au prisme de la binarité.....	97
b.	Un outil mobilisable contre les discriminations envers les personnes intersexes ?..98	
2.	La jurisprudence des cours européennes en matière de discriminations fondées sur le sexe.....	99
a.	Le contentieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme.....	99
b.	Le contentieux devant la Cour de justice de l'Union européenne.	99
B.	L'identité de genre comme motif de non-discrimination.	100
1.	La consécration de l'identité de genre.....	100
a.	L'appréhension du terme par les organes de protection des droits humains.....	100
b.	L'identité de genre reconnu comme motif de discrimination.	101
2.	L'identité de genre : une protection des personnes intersexes comme minorité ?...102	
a.	La protection des minorités selon leur identité de genre.	102
b.	Application à l'intersexuation.....	103
Chapitre 2 : Préférer l'injustice au désordre : la bicatégorisation au fondement de l'ordre juridique.		
.....		106
Section 1 : La consécration de la binarité sexuée par l'ordre juridique : déconstruire une norme artificielle.....		107
§1.	La dualité des sexes comme fiction juridique et culturelle.	107

A.	La binarité sexuelle : une norme devenue juridique.	108
1.	La binarité sexuée : un modèle soi-disant incontestable.	108
a.	Un modèle relativement récent.	108
b.	Une différence entre les sexes universalisée.....	109
2.	Le discours juridique : traduction d’une injonction de la différence des sexes.	110
a.	L’affirmation de la binarité comme fondement de l’ordre juridique.....	110
b.	Le droit comme vecteur de la binarité sexuée.....	111
B.	La binarité sexuelle : une norme naturalisée.	112
1.	Les rapports entre les individus organisés selon leur capacités reproductives.	112
a.	La différence des sexes : le fruit de données biologiques.....	112
b.	Les rapports entre les sexes fondés sur la reproduction.	112
2.	Le maintien du sexe comme donnée biologique.	113
a.	L’affaiblissement du caractère biologique du sexe.	113
b.	La persistance d’une identité sexuée biologique.....	114
§2.	La production de normes juridiques et corporelles genrées.	115
A.	Le maintien d’une norme hétéronormée.	115
1.	L’hétérosexualité comme référence au sein de l’ordre juridique.....	116
a.	La dualité des sexes au service de l’hétéronormativité.	116
b.	Un raisonnement juridique empreint de la normativité hétérosexuelle.	116
2.	Le fondement hétéronormé du traitement médico-légal des personnes intersexes. .	117
a.	Des opérations d’assignation sexuée fondées sur une norme hétérosexuelle.	117
b.	Une appréciation des juges soumise à l’hétéronormativité.....	119
B.	La binarité sexuée consolidée par des stéréotypes de sexe.	119
1.	La reconnaissance par les droits humains du caractère stéréotypé des opérations de conformation sexuée.	120
a.	L’utilisation de la notion au sein des droits humains.	120
b.	Les préoccupations concernant les personnes intersexes.....	120
2.	L’assignation sexuée des personnes intersexes selon des normes stéréotypées.....	121
a.	Ressembler à une femme ou à un homme.	121
b.	Des opérations fondées sur des critères arbitraires.	121
Section 2 : La définition de la personne juridique grâce à la bicatégorisation : tentative de reconstruction d’une norme inadéquate.....		124
§1.	Le sexe binaire : dispositif d’identification de la personne juridique.	124
A.	Le sexe comme moyen d’identification au service de l’Etat.	125
1.	Le sexe comme partie intégrante de l’état des personnes.....	125
a.	L’état des personnes : le profil juridique des individus.....	125

b.	L'indispensable mention du sexe à l'état civil.....	125
2.	Le sexe biologique : marqueur d'identité des individus.....	126
a.	La dimension binaire du sexe civil.....	126
b.	Une identité sexuée basée sur des critères biologiques.	127
B.	Le sexe comme moyen d'identification par et pour la personne.	127
1.	Sexe et droit au respect de la vie privée.	128
a.	Du sexe biologique au sexe social.....	128
b.	L'identité de genre comme critère du sexe.	128
2.	Le sexe juridique et le droit au respect de son identité sexuée.	129
a.	La bicatégorisation : une atteinte au droit au respect de la vie privée ?	129
b.	La bicatégorisation : une atteinte au droit à la liberté de conscience ?.....	130
§2.	Le sexe : un critère pertinent d'identification de la personne juridique ?.....	131
A.	La consécration d'un sexe neutre à l'état civil.	131
1.	Une alternative privilégiée ?.....	131
a.	Une hypothèse régulièrement discutée.	131
b.	Les hésitations des juridictions françaises.....	132
2.	Les difficultés quant à l'acceptation d'un sexe neutre.	133
a.	La persistance du rapport binaire entre les sexes.	133
b.	Le caractère stigmatisant d'une troisième catégorie de sexe.	134
B.	La suppression du sexe comme moyen d'identification des individus.	135
1.	Le sexe comment élément résiduel de l'identification juridique de la personne.	135
a.	Présentation de l'hypothèse.	135
b.	Un faible intérêt des règles sexo-spécifiques.....	135
2.	La mise en œuvre pratique de la suppression du sexe comme catégorie d'identification.	137
a.	Se baser sur l'état de fait.....	137
b.	Vers une reconnaissance d'un « genre humain » ?	137
	Conclusion.....	138
	Bibliographie.....	140