Intersexuation et binarité, un état des lieux du droit français (2017)

Benjamin Moron-Puech

Enseignant-chercheur à l'Université Panthéon-Assas (Laboratoire de sociologie juridique)

Résumé : Après avoir rappelé ce qu'est l'intersexuation, en la situant par rapport aux notions de sexualité, de sexe ou de genre, ce texte décrit à titre introductif l'évolution de son appréhension par le droit au XX^{e} siècle. C'est ensuite sur la dernière évolution en cours, évolution liée à la prise en compte croissante des droits humains, que l'article se tourne. L'article dresse ainsi un rapport d'étape de cette évolution tendant à une meilleure inclusion des personnes intersexuées dans la société *via* un abandon des modèles binaires du sexe et de l'identité de genre. L'article montre que si les principes permettant d'asseoir cette sortie de la binarité sont bien présents en droit français, il reste encore d'importantes étapes à parcourir pour que ces principes soient pleinement appliqués et respectés.

Mots-clés : intersexuation, mutilation génitale, droits humains, identité de genre, vie privée

Introduction

Intersexuation et sexualité

Traiter [1] de la situation des personnes intersexuées – c'est-à-dire de ces personnes dont les caractéristiques sexuées ne correspondent pas aux normes dominantes du

1. Déclaration de conflit d'intérêt : l'auteur, usant d'une méthodologie participative de la recherche, a assisté bénévolement ces dernières années l'Organisation internationale intersexe et la personne ayant tenté d'obtenir en France l'inscription d'un sexe neutre à son état civil. Il a également été consulté en amont de certaines sources citées ci-après : DILCRAH, Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (2016), *Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT*, 21 déc. 2016, http ://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2017/01/plan demobilisationcontrelahaineetlesdiscriminationsanti-lgbtdilcrah.pdf (consulté le 25 sept. 2017) – DDD, Défenseur des droits (2017), *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, n^{o} 17-04, 20 févr. 2017, https ://juridique.defenseurdesdroits.fr/docnum.php ?explnumid=16177 – Sénat, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (2017), *Rapport d'information sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, n^{o} 441, 23 févr. 2017, https ://www.senat.fr/rap/r16-441/r16-4411.pdf (consulté le 26 sept. 2017) – De Bruyn, P. (2017), *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, Rapport à la Commission sur l'égalité et la non-discrimination, Doc. 14 404, http ://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp ?fileid=24027&lang=1. – Cass., 1re civ. 4 mai 2017 ; Cass. crim. 6 mars 2018.

masculin et du féminin [2] – dans un projet intitulé *Droits de l'Homme et Sexualité* peut étonner. En effet, le terme de sexualité, qui semble de nos jours renvoyer aux activités tendant à la recherche d'un plaisir charnel – sans forcément la présence du corps de l'autre – n'est pas le plus approprié pour identifier les personnes intersexuées. Celles-ci se distinguent des personnes masculines et féminines moins par leur sexualité que par leur sexe, ce dernier étant ici compris comme renvoyant aux organes situés dans la sphère génitale. Certes, naguère, le terme de sexualité avait un sens beaucoup plus large que celui qu'il a aujourd'hui [3], puisqu'il avait tendance à englober toute une série de concepts que des évolutions tant techniques que morales et scientifiques ont conduit à distinguer : la sexualité *stricto sensu*, l'orientation sexuelle, la reproduction, le sexe et le genre. Cette acception large n'a cependant guère plus cours aujourd'hui d'où le possible étonnement ressenti par le lecteur.

Et pourtant, en droit français contemporain, user du terme sexualité dans un sens large en y englobant l'intersexuation n'est peut-être pas si inadapté qu'il n'y paraîtrait au premier abord. En effet, le droit français n'a pas encore tiré toutes les conséquences qu'imposerait le passage d'une conception large de la sexualité à une conception stricte, en particulier compte tenu de l'absence de séparation tranchée des concepts de reproduction et de sexe. Continuant à lier reproduction et sexe, le droit français peine à envisager que le sexe – la même chose pourrait être dite du genre – ne soit pas binaire : la reproduction reposant sur la dualité des gamètes, le sexe – *idem* pour le genre – devrait être également binaire. Cette approche binaire du sexe occulte cependant le caractère construit de la définition du sexe [4] : malgré la diversité des formes que peuvent avoir les organes sexués, le droit a fait le choix de n'accepter que deux catégories construites à partir du modèle d'une reproduction impliquant deux gamètes. De fait, se trouvent mis de côté un certain nombre d'individus, notamment ceux combinant des caractéristiques sexués relevant du masculin ou du féminin ou ceux ayant un organe génital externe trop grand pour être perçu comme féminin mais trop petit pour être perçu comme masculin [5].

Quoi qu'il en soit, dans les lignes qui suivront, et afin d'éviter toute confusion chez le lecteur, nous nous en tiendrons à une acception stricte de la sexualité. Dès lors, compte tenu des problématiques juridiques se posant aux personnes intersexuées, il sera bien moins question de sexualité ou de reproduction [6] que de sexe et de genre, le terme « genre » désignant ici, pour reprendre partiellement la définition qu'en donne l'article 3c de la Convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, « les rôles, les

2. Pour des définitions similaires *cf.* le site du Collectif intersexe et allié : https ://ciaintersexes.wordpress.com/2017/09/04/10-choses-a-savoir-sur-lintersexuation/ (consulté le 22 sept. 2017) ou encore la Notice d'information *Intersexe* publiée par le Haut-commissariat aux droits de l'homme des Nations-Unies : https ://unfe.org/system/unfe-67-UNFEIntersexFinal_FRENCH.pdf (consulté le 22 sept. 2017).

3. Foucault, M. (1976), *Histoire de la sexualité*, T. 1, Gallimard, p. 168-264.

4. Mak, G. (2012), *Doubting sex. Inscriptions, bodies and selves in nineteenth century hermaphrodite case histories*, Manchester University Press – Catto, M.-X. (2014), « La mention du sexe à l'état civil », *in* Hennette Vauchez, S., Pichard, M. et Roman, D. (dir.), *La loi et le genre*, CNRS, p. 29-47.

5. Kessler, Suzanne J. (1998), *Lessons From The Intersexed*, New Brunswick, New Jersey, London, Rutgers University Press, 1998.

6. On laissera de côté les questions d'accès à l'assistance médicale à la procréation ou d'autoconservation des gamètes pour les personnes intersexuées.

comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés » pour les individus d'un sexe donné [7].

Évolutions contemporaines dans l'approche juridique de l'intersexuation

Jusqu'en 1970 le droit positif français contemporain ne comprenait guère de dispositions traitant de la situation des personnes intersexuées. Il ne faudrait néanmoins pas en tirer la conclusion que les défis que l'intersexuation posait à la société n'étaient pas traités en droit. Il est en effet possible de trouver quelques décisions de justice dans lesquelles notre société, par l'intermédiaire du pouvoir judiciaire, a été saisie des questions posées par les personnes intersexuées, principalement les questions du mariage [8] et de la déclaration du sexe à la naissance [9]. En dehors de ces décisions, nous n'avons trouvé aucune règle édictée qui témoignerait d'une volonté politique de s'occuper des personnes intersexuées [10]. Cela n'est guère surprenant tant l'existence de ces personnes vient mettre à mal le postulat de la binarité des sexes dont la Cour de cassation a pu récemment, non sans quelques exagérations [11], rappeler qu'il constituait un « élément fondateur » de notre « organisation sociale et juridique [12] ». Pour les mêmes raisons, rares sont également les auteurs à s'être sérieusement intéressés à cette question avant 1970. À notre connaissance, seules trois études juridiques d'envergure traitent de ce sujet [13] et encore, pour les deux dernières, le font-elles dans des revues étrangères au champ du droit, ce qui contrecarre l'effet de légitimation qu'induit le traitement d'une question par les « savants » du droit [14].

Depuis la deuxième moitié du XX^{e} siècle, cet état du droit français a quelque peu changé du fait des avancées médicales. Ces avancées ont en effet conduit des professionnels de santé à proposer une solution médicale aux défis posés par l'intersexuation à nos sociétés binaires. Suite aux travaux conduits à partir des années 1950 par le sexologue états-unien John Money, les professionnels de santé des pays occidentaux se

7. La Convention mentionne seulement les hommes et les femmes. Toutefois il a pu être démontré que cette convention permettait l'admission de genres non binaires : Agnello, F. (2014), « A New "Gender" Definition in International Law : the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence », *Spanish Journal of International Law*, vol. 18, p. 87-114.

8. Cass., Req., 6 avr. 1903 : *DP* 1904, 1, p. 395, Concl. Baudouin ; S., 1904 p. 273 obs. A. Wahl.

9. T. Civ. Corbeil, 15 juill. 1914 : *La loi*, 20 juill. 1915 – *RTD Civ.*, 1915, p. 493 obs. A. Wahl ; T. Civ. de chateau-Thierry, 26 janv. 1940 : *DH*, 1940, 2, p. 123 ; T. Civ. Soissons, 25 juill. 1945, *GP*, 1945, 2, p. 141.

10. Eugène Wilhelm mentionne toutefois l'existence d'une circulaire du Ministère de la justice de 1816 invitant les officiers d'état civil à ne « pas trop approfondir les erreurs de sexes », Wilhelm, E. (1911), « L'hermaphrodite et le droit », *Revue d'anthropologie criminelle*, 1911, p. 277. Nous n'avons pas cependant à ce jour trouvé trace de ce document.

11. Pour une critique de cette motivation, *cf.* Moron-Puech, B. (2017 *d*), « Rejet du sexe neutre : une "Mutilation juridique" ? », *Rec. Dalloz*, p. 1404-1408

12. Cass., 1re civ., 4 mai 2017 : Mauclair, S. (2017), « De la non-reconnaissance d'un troisième sexe », *Revue juridique personne et famille*, n^{o} 6, p. 17-20 – Gobert, M. (2017), « Sexe neutre ou de la difficulté », *Semaine juridique (édition générale)*, n^{o} 25, p. 1219-1228 – Binet, J.-R. « Sexe neutre, un refus catégorique », *Droit de la famille*, n^{o}7-8, p. 9-11 – Vaultie, J.-Ph. et Vialla, F. (2017), « Hermès ou Aphrodite : puisqu'il faut choisir », *Rec. Dalloz*, p. 1399-1403 – Moron-Puech, B. (2017 *d*), « Rejet du sexe neutre : une "Mutilation juridique" ? », *Rec. Dalloz*, p. 1404-1408.

13. Jalabert, P. (1872), « Examen doctrinal de jurisprudence civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 129-149, http ://gallica.bnf.fr/ark :/12148/bpt6k6572844w/f143.image (consulté le 25 sept. 2017) – Wilhelm, E. (1911), « L'hermaphrodite et le droit », *Revue d'anthropologie criminelle,* p. 267-294 – Lyon-Caen, G. (1961), « La condition juridique de l'hermaphrodite », *Revue du Praticien (Supplément)*, 1er mars, T. XI, n° 7, p. 645.

14. Jestaz, P. et Jamin, C. (2005), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, p. 246-252.

sont mis à penser que la médecine pourrait permettre de réintégrer dans une norme binaire les personnes intersexuées. Pour ce faire, les professionnels de santé ont œuvré sur deux terrains : celui du corps de l'enfant et celui de son esprit. Concernant le corps de l'enfant, des techniques ont été développées et mises en œuvre à grande échelle pour conformer le corps des enfants intersexués aux modèles masculin et féminin. Quant à l'esprit de l'enfant, la « science médicale » recommandait d'adopter une éducation correspondant au sexe assigné, en ne laissant aucune place aux doutes. Pour éviter que celui-ci ne s'installe dans l'esprit de l'enfant, il était recommandé de l'ôter de celui des parents. Ainsi les médecins ne devaient-ils en aucune manière révéler aux parents la condition de leur enfant (Kreisler, 1970). Largement diffusées en France (Martin, 1961), ces pratiques médicales sont sans doute venues à l'oreille des juristes du ministère de la Justice en charge des questions d'état civil. Ces derniers, voyant dans ces pratiques un moyen de régler un problème qui ne leur semblait jusque-là pas pouvoir l'être, mais aussi de réagir à la pratique de l'inscription d'un sexe indéterminé qui contrevenait au modèle de la dualité des sexes [15], entreprennent d'inscrire cette solution dans les textes. Ils le font par une instruction ministérielle du 19 février 1970, par laquelle l'Instruction générale relative à l'état civil va être complétée d'un article 228b donnant aux officiers d'état civil quelques lignes de conduite à suivre en cas de naissance d'un enfant de « sexe indéterminé », pour reprendre le vocabulaire de cette instruction. Cet article 228b, devenu depuis lors le § 55 d'une circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, s'en tient à une approche pathologique de l'intersexuation. L'intersexuation y est perçue comme un problème médical, qu'il appartient au pouvoir médical de régler. Découlent de cette conception les deux références de l'ex-article 228b aux traitements médicaux permettant de « déterminer » le sexe de l'enfant. Dans cette approche, c'est donc le corps des personnes intersexuées qui doit être adapté et non la binarité juridique des sexes [16].

Depuis lors, cet état du droit positif n'a pas changé. Le droit est même intervenu pour optimiser cette réponse médicale aux problèmes posés par l'intersexuation, d'abord en perfectionnant le financement des actes d'assignation sexuée, ensuite en coordonnant la prise en charge médicale des personnes intersexuées. S'agissant du perfectionnement du financement celui-ci a été opéré par une décision du 11 mars 2005 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie. Cette décision a procédé à une refonte de la liste des actes médicaux pris en charge par les caisses de sécurité sociale. Le titre même de cette liste est modifié puisque l'ancienne Nomenclature générale des actes professionnels des médecins, sages-femmes et auxiliaires médicaux (NGAP [17]) se trouve remplacée par la Classification commune des actes médicaux (CCAM). Or, à l'occasion de cette refonte, les dispositions consacrées à l'appareil

15. Catto, M.-X. (2014), « La mention du sexe à l'état civil », *in* Hennette Vauchez, S., Pichard, M. et Roman, D. (dir.), *La loi et le genre*, CNRS, p. 34.

16. L'instruction prévoit certes une adaptation des règles de déclaration de sexe, mais cette adaptation porte non pas sur la binarité des sexes, mais sur le moment de l'inscription. Le § 55 permet en effet aux parents, avec l'accord du procureur de la République, de suspendre la déclaration du sexe le temps que les médecins déterminent quel sera le « vrai sexe ». Ceci vient déroger – et la dérogation est sans doute illégale – à la règle de déclaration du sexe dans les cinq jours (C. civ., art. 54).

17. Arrêté du 27 mars 1972 portant Nomenclature générale des actes professionnels des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et des auxiliaires médicaux, *JORF*, 31 mars 1972, p. 3282.

urinaire et génital ont été fusionnées en un seul chapitre, chapitre au sein duquel ont été introduites des dispositions spécifiques aux actes d'assignation sexuée réalisés sur les personnes intersexuées. Ces dispositions ont été rassemblées dans une sous-rubrique 8.7.1. intitulée : « Correction des ambiguïtés sexuelles » – « ambiguïté sexuelle » étant le terme naguère utilisé par les médecins pour désigner l'intersexuation. Cette sous-rubrique se trouve dans une rubrique 8.7. intitulée « Modification de la morphologie sexuelle », laquelle fait suite à des rubriques dont il est indiqué dans l'intitulé qu'elles sont thérapeutiques. Il faut comprendre par là que, contrairement aux autres actes du chapitre 8, les actes listés dans la rubrique 8.7. ne se caractérisent pas par leur but thérapeutique, mais par leur but de modification de l'apparence. En détachant les actes de « correction des ambiguïtés sexuelles » des autres actes, ce que ne faisait pas la NGAP [18], les rédacteurs de la CCAM ont adapté le remboursement à la spécificité de ces actes médicaux, concourant ainsi à la rationalisation de la prise en charge.

La rationalisation passe également en droit par une meilleure coordination des soins, laquelle a été rendue possible par un arrêté du 12 juillet 2006 portant labellisation de centres de référence pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares. Cet arrêté a eu pour conséquence de garantir le financement d'un système de coordination nationale de la prise en charge de l'intersexuation – cette dernière étant désignée cette fois sous le vocable de « maladie rares du développement sexuel [19] » puis celui de « maladies rares du développement génital [20] ». Grâce à ces centres, il s'agit de s'assurer que l'ensemble des êtres intersexués, y compris les fœtus [21], soit pris en charge dans des « centres de compétence » supervisés par un site coordinateur et avec une possibilité de recourir à l'expertise de « sites constitutifs [22] ». Par ce dispositif, l'ordre juridique français permet au pouvoir médical de réaliser des actes d'assignation sexuée sur tous les enfants dont l'intersexuation est identifiée à la naissance ou de procéder à des avortements ou des traitements *in utero* sur des fœtus intersexués. En outre, cette prise en charge est réalisée selon des protocoles nationaux de diagnostic et de soins, élaborée pratiquement par le centre de référence sous le contrôle de la Haute Autorité de santé [23]. Ces protocoles visent à harmoniser la prise en charge dans les différents centres de compétence mais aussi à informer les médecins traitants susceptibles de découvrir l'intersexuation du patient et les encourager ainsi à renvoyer les « patients »

18. Ainsi, les titres IX, X et XI de la deuxième partie de la NGAP, concernant respectivement l'appareil urinaire, l'appareil génital masculin et l'appareil génital féminin ne comprenaient aucune disposition propre aux actes d'assignation sexuée.

19. Arrêté de 2006 précité.

20. Arrêté du 9 mai 2017 portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares, NOR : AFSH1730222A, BO Santé, 15 mai 2017, p. 24, http ://solidarites-sante.gouv.fr/fichiers/bo/2017/17-04/ste201700040000_0059.pdf (consulté le 25 sept. 2017).

21. Le nom complet du centre de référence en charge des formes rares d'intersexuation est d'ailleurs : « Centre de référence du développement génital : du fœtus à l'adulte. »

22. Pour une description du fonctionnement général des centres de référence, *cf.* http ://solidarites-sante.gouv.fr/soins-et-maladies/prises-en-charge-specialisees/maladies-rares/article/l-offre-de-soins (consulté le 25 sept. 2017).

23. Ces protocoles nationaux de diagnostic et de soins (PNDS) ont juridiquement pour auteur la Haute Autorité de Santé, seule habilité à les édicter en application de l'article L. 161-7, al. 1er, 2° du code de la sécurité sociale. Cependant, conscient des limites humaines et techniques de la haute autorité de santé, le *Plan national maladies rares (2011-2014)*, dans son axe A-3, a confié aux différents centres de références de maladies rares la mission d'élaborées de tels PNDS, lesquels sont ensuite adressés à la HAS qui, une fois validés, les met en ligne sur son site Internet. S'agissant de l'intersexuation, l'on trouve des PNDS sur les insensibilités aux androgènes (janv. 2018), l'hyperplasie congénitale des surrénales (avr. 2011), le syndrome de Turner (janv. 2008).

vers ces centres spécialisés. Tout ce dispositif de coordination et d'harmonisation des pratiques médicales participe donc là encore d'une rationalisation.

Ainsi, dans les textes juridiques, la problématique de l'intersexuation continue d'être appréhendée par le prisme de la médecine. Cette approche médico-centrée a même reçu le 4 mai 2017 un soutien implicite de la part de la plus haute instance judiciaire française, la Cour de cassation [24]. Interrogée sur le point de savoir s'il était possible pour une personne intersexuée d'inscrire à l'état civil la mention d'un sexe qui ne soit pas le masculin ou le féminin, la Cour de cassation a en effet répondu par la négative. Ce faisant, la Cour de cassation s'est écartée de la première décision rendue dans cette affaire où il avait été affirmé que la question de l'intersexuation « relève aujourd'hui de la sphère du droit plutôt que celle de la médecine [25] ». Implicitement mais nécessairement, la Cour de cassation a condamné cette opinion et a donc confirmé que la place de l'intersexuation était dans la liste des maladies et non dans le registre d'état civil, où sont consignés les sexes « normaux » des personnes.

Ce regard porté sur l'intersexuation est pourtant, en France comme ailleurs, en train d'évoluer. Ainsi, depuis 2014, au moins trois questions ministérielles ont été posées au Parlement sur la question de la prise en charge juridique et médicale de la naissance d'un enfant intersexué. En 2016, trois comités onusiens, dans le cadre d'observations conclusives au rapport périodique présenté par la France, ont alerté la France sur la manière dont les personnes intersexuées y sont traitées. Les recommandations formulées par ces comités ont été en partie entendues par le gouvernement français puisque, en décembre 2016, la direction interministérielle en charge des « personnes LGBT » a publié un plan de mobilisation visant à « arrêter les opérations et mutilations sur les enfants intersexes [26] ». Quelques mois plus tard, en février 2017, c'est le Sénat qui s'est ému du traitement des personnes intersexuées en France dans un rapport d'information sur la question [27]. Le Défenseur des droits, consulté en amont de ce rapport, a fait de même en rendant public l'avis qu'il avait préparé à l'attention des sénateurs [28]. Un mois plus tard, le Président de la République lui-même a également appelé à une « interdiction des opérations chirurgicales subies aujourd'hui par les enfants intersexes et qui sont de plus en plus considérées comme des mutilations [29] ».

24. *Supra*, note 7.

25. TGI Tours, 20 août 2015, http ://www.pitcho.fr/site/wp-content/uploads/2015/10/Cliquez-ici-pour-la-d%C3%A9cision-du-TGI-Tours-20-ao%C3%BBt-2015.pdf, p. 3

26. DILCRAH, Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (2016), *Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT*, 21 déc. 2016, htt p ://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2017/01/plandemobilisationcontrelahaineetlesdiscriminationsanti-lgbtdilcrah.pdf (consulté le 25 sept. 2017), p. 25.

27. Sénat, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (2017), *Rapport d'information sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, n°441, 23 févr. 2017, https ://www.senat.fr/rap/r16-441/r16-4411.pdf (consulté le 26 sept. 2017).

28. DDD, Défenseur des droits (2017), *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, n° 17-04, 20 févr. 2017, https ://juridique.defenseurdesdroits.fr/docnum.php ?explnumid=16177 – De Bruyn, P. (2017), *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, Rapport à la Commission sur l'égalité et la non-discrimination, Doc. 14 404, http ://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp ?fileid=24027&lang=1.

29. http ://www.dailymotion.com/video/x5f1wllmobilisation-contre-la-haine-anti-lgbtnews (consulté le 29 sept. 2017).

La cause de cette évolution n'est cette fois plus médicale mais juridique. Elle résulte de l'intégration des droits humains au fondement des ordres juridiques occidentaux. Cette évolution juridique, apparue dans la deuxième moitié du XX^{e} siècle avec la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen de 1948, suivie deux ans plus tard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHLF), s'est traduite par la création de mécanismes juridiques relativement efficaces permettant aux individus d'obtenir le respect de leurs droits humains par (ou contre) les États membres du Conseil de l'Europe. Au sein du Conseil Europe [30], cela a été rendu possible par la création d'une juridiction en charge du respect de la CSDHLF : la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Les décisions de cette Cour ont eu notamment une influence considérable sur le droit positif des États membres du Conseil de l'Europe, en particulier sur les questions des droits sexuels (*lato sensu*). Certes, la Cour ne modifie pas directement les législations nationales puisqu'elle n'est pas habilitée, contrairement aux juridictions nationales, à écarter ou même à abroger des textes au motif de leur contrariété avec les droits humains. La seule compétence de la Cour est de statuer sur les requêtes par lesquelles des requérants font grief à tel État membre du Conseil de l'Europe d'avoir violé la CSDHLF. Pourtant, lorsque la Cour constate l'existence d'une violation et que cette violation provient non pas des pratiques individuelles d'autorités étatiques, mais de dispositions directement contraires au droit européen alors, indirectement, la décision de la Cour doit conduire les États à adapter leur législation pour éviter de nouvelles condamnations. Mieux encore, ces dernières années la Cour a considéré qu'elle tirait des articles 1er, 41 et 46 de la CSDHLF le pouvoir d'« appeler » l'État reconnu responsable d'une violation « à choisir, sous le contrôle du Comité des ministres, les mesures générales [...] à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée [31] ». Nous comprenons dès lors pourquoi les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme jouent un rôle considérable en Europe et notamment en France. Sur la question des droits sexuels *lato sensu* peuvent notamment être cités l'influence qu'ont eu en Europe l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni* [32] à propos de la criminalisation de l'homosexualité, l'arrêt *B c/ France* [33] ou *AP, Garçon et Nicot c/ France* [34] relativement au changement de la mention du sexe et ses conditions ou encore l'arrêt *A. B. et C. c/ Irlande* [35] concernant l'avortement.

30. Pour le cas français, doit être aussi mentionné le rôle que le Conseil constitutionnel a pris au fil des années, en particulier depuis la création de la question prioritaire de constitutionnalité qui, depuis 2009, permet à toute personne de soutenir lors d'une procédure juridictionnelle qu'une disposition législative porte atteinte à ses droits humains. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, la question est transmise au Conseil constitutionnel qui, le cas échéant, peut abroger la disposition législative ou encadrer les interprétations qui pourraient être tirées de cette disposition.

31. CEDH, 13 juillet 2000, *Scozzari et Guinta c. Italie*, n^{os} 39221/98 et 41963/98, § 249 (usant des articles 41 et 46). *Adde* CEDH, 17 févr. 2004, *Maestri c. Italie*, n^{o} 39748/98, § 44 où la Cour affirme, sur le fondement des articles 1er et 46 qu'« en ratifiant la Convention les États contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci. Par conséquent, il appartient à l'État défendeur d'éliminer, dans son ordre juridique interne, tout obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation du requérant », Sudre, F. *et al.* (2009), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 5^{e} éd, PUF, p. 798.

32. CEDH, 24 févr. 1983, n^{o} 7525/76.

33. CEDH, 25 mars 1992, n^{o} 13343/87.

34. CEDH, 6 avr. 2017, n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

35. CEDH, 16 déc. 2010, n^{o} 25579/05.

Pour l'instant, aucun arrêt de cette Cour ne concerne la problématique de l'intersexuation, bien que les personnes intersexuées soient parfois mentionnées par la Cour [36]. Des arrêts sur cette thématique se profilent cependant [37] et il est très probable, au vu des droits reconnus par la CSDHLF et des méthodes de la Cour européenne des droits de l'homme, que les décisions à venir amènent à un changement des législations européennes et notamment française [38]. Il ne serait pas étonnant d'ailleurs – cela s'est récemment produit en France pour la question du changement du sexe à l'état civil [39] – que ce changement intervienne avant même que la Cour n'ait rendu sa première décision sur l'intersexuation, les gouvernants anticipant parfois ses décisions.

Dans le présent article, il s'agira de présenter un état des lieux de la situation juridique des personnes intersexuées en droit français, sans s'en tenir aux seules normes françaises positives, c'est-à-dire aux normes édictées par des autorités françaises et pouvant être utilisées comme telles dans l'ordre juridique français. Seront également évoquées des normes édictées par des autorités françaises mais ayant seulement valeur de recommandation et non invocables en tant que telles dans l'ordre juridique français. En particulier, cet article s'intéressera aux avis et rapports publiés en 2017 par le Défenseur des droits et le Sénat. En effet, ces normes, parce qu'elles émanent du législateur lui-même ou d'institutions qui, tel le Défenseur des droits, ont l'oreille du législateur, permettent d'anticiper le droit positif de demain. Seront également présentées les normes positives d'autres États ou organismes interétatiques. En particulier retiendront notre attention les législations allemandes ou maltaises, ainsi que les différents documents, rapports, résolutions ou recommandations produits par des organisations internationales afin que la situation des personnes intersexuées s'améliore. L'étude de ces normes s'avère importante car celles-ci doivent être prises en compte pour préciser la portée des droits humains reconnus par la CSDHLF, droits dont pourrait se prévaloir en France les personnes intersexuées. Rappelons en effet que la Cour européenne des droits de l'homme [40] exige des interprètes de la CSDHLF – interprètes qui sont en premier lieu les institutions publiques nationales [41] – qu'ils tiennent compte du droit international et du droit comparé européen [42]. Dès lors, dresser un état des lieux de la situation juridique des personnes intersexuées ne peut se faire sans tenir compte de ces autres normes.

36. CEDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 82 où la Cour, évoquant les « anomalies chromosomiques » affectant le sexe, mentionne l'« intersexualité » comme exemple de situation « où les critères biologiques [du sexe] à la naissance ne concordent pas entre eux ».

37. Une requête est par exemple pendante devant la Cour dans l'affaire française du « sexe neutre » ayant donné lieu à l'arrêt du 4 mai 2017 cité supra note 8.

38. Moron-Puech, B. (2017 *b*), « Le droit des personnes intersexuées, Chantiers à venir, 1re partie », *Socio*, *Combien de sexes*, vol. 9.

39. L'un des argument mis en avant par les promoteurs de l'article 54 de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle ayant assoupli les conditions du changement de la mention du sexe à l'état civil était la contrariété du droit français à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, au jour où cet argument avait été mobilisé, cette contrariété n'avait pas encore été constatée par la Cour ; celle-ci n'est intervenue que dans l'arrêt du 6 avr. 2017 cité supra note 21.

40. CEDH, gr. ch., 12 nov. 2008, *Demir et Baykara*, n° 34503/97, § 76.

41. Sauvé, J.-M. (2015), « La subsidiarité : une médaille à deux faces », *in Le rôle des autorités nationales*, Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 30 janv. 2015, http ://www.conseil-etat.fr/content/download/39321/341245/version/2/file/2015-01-30%20seminaire%20CEDH%20Subsidiarite.pdf (consulté le 25 sept. 2017).

42. Cohen-Jonathan, G. et Flauss, J.-F. (2009), « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 55, p. 765-780, http ://www.persee.fr/doc/afdi0066-30852009num5514095 (consulté le 26 sept. 2017).

Pour organiser cet état des lieux, nous partirons des revendications à l'autodétermination formulées par certaines personnes intersexuées, notamment dans la Déclaration de Malte publiée par une trentaine d'associations intersexes le 1er décembre 2013, à l'issue du 3e Forum international intersexe[43]. Le premier volet de cette autodétermination concerne leur intégrité (physique et psychique). La première demande des auteurs de la *Déclaration de Malte* est en effet que, « par le biais de la législation et de toute autre manière », « il soit mis fin aux pratiques mutilantes et "normalisatrices" telles que les chirurgies génitales, les traitements psychiatriques et autres procédés médicaux », réalisés sur les jeunes intersexués, à une époque où ils n'ont pas leur mot à dire. Le second volet de cette autodétermination concerne leur vie privée et plus exactement leur identité. Les auteurs de la Déclaration de Malte demandent ainsi à ce que leur identité intersexuée ne soit pas pathologisée – ce qui n'empêche pas toutefois certaines personnes intersexuées de se dire malade si elles le souhaitent – et qu'elles puissent inscrire sur les documents d'identité imposant la mention d'un sexe ou d'un genre, une mention correspondant à leur identité de genre et non une mention qui aurait été déterminée à leur place au moment de leur naissance. Analysées au prisme des concepts théoriques de sexe et de genre, ces deux revendications peuvent être comprises comme une volonté de sortir de la binarité et cela à un double titre. D'une part sortir de la binarité des sexes en reconnaissant juridiquement la normalité des corps et donc l'absence de justifications aux actes de « normalisation sexuée ». D'autre part sortir de la binarité des genres en admettant que, l'intersexuation n'étant pas une maladie, les personnes intersexuées qui en feraient la demande puissent être reconnues dans un genre autre que le masculin ou le féminin. C'est donc au prisme de ces deux objectifs que nous dresserons à présent un état des lieux du droit français.

1 Sortir de la binarité des sexes : où en sommes-nous ?

Comme de nombreux systèmes juridiques, le droit français protège l'intégrité physique et psychique des personnes, protection dont nous allons voir qu'elle renferme théoriquement un rejet de la binarité des sexes (1.1.). Pourtant, malgré cette protection, le droit français peine à sortir pratiquement de la binarité des sexes (1.2.).

1.1 La sortie théorique de la binarité des sexes

En France, la protection de l'intégrité de la personne est posée par la loi, la Constitution ainsi que divers traités internationaux. Concernant la loi, l'article 16-3 du code civil dispose qu'« [i]l 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 ». Cette protection est garantie par le biais du droit pénal qui érige en infraction le fait de porter atteinte à l'intégrité d'autrui. Techniquement, une intervention médicale réalisée sans but thérapeutique constitue une violence puisque le médecin qui la pratique, sortant du champ dans lequel il est habilité à intervenir, redevient un citoyen comme un autre et retombe sous l'empire des articles 222-7 et suivants du code pénal incriminant les « atteintes volontaires à l'intégrité de la personne ».

43. https ://oiifrancophonie.org/318/conclusion-du-3eme-forum-international-intersexe-de-lilga-manifeste-du-troisieme-forum-international-intersexe-du-1er-decembre-2013/ (consulté le 26 sept. 2017).

Quand bien même ce médecin aurait prétendu agir pour le « bien » de son « patient », ce mobile est indifférent. Seul compte aux yeux du droit pénal le fait que le médecin a eu l'intention de porter atteinte à l'intégrité physique en réalisant sur son « patient » un acte d'assignation sexuée non thérapeutique. Cette solution, appelée le principe d'indifférence au mobile, a notamment été affirmée par la Cour de cassation à propos d'un imam respecté qui, pour tenter de libérer une croyante du démon qu'il pensait l'habiter, s'était résolu à porter atteinte à l'intégrité de cette croyante [44].

La protection de l'intégrité physique est également assurée par la Constitution. Cette protection est assurée d'une manière générale par le principe de dignité de la personne humaine, principe tardivement dégagé par le Conseil constitutionnel, à partir d'une interprétation constructive de l'alinéa 1er du préambule de la Constitution de 1946, dans la décision n° 94 – 343/344 DC du 27 juillet 1994 relative à la première loi bioéthique [45]. Dans le domaine spécifique de la médecine, cette protection est également renforcée par l'existence d'un droit constitutionnel à la santé, droit affirmé au onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

Enfin, la protection de l'intégrité physique découle indirectement de divers textes internationaux directement applicables en France. Il peut s'agir soit de textes protégeant les droits de l'homme en général, telle la CSDHLF dont l'article 3 interdit les « traitements inhumains et dégradants », de textes protégeant le droit à la santé, tel l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaissant le droit de « toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre », ou encore de textes concernant une catégorie seulement d'individus, telle la Convention (onusienne) relative aux droits de l'enfant, la Convention (onusienne) relative aux droits des personnes handicapées ou encore la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique – en revanche il n'existe toujours pas de convention dédiée aux minorités sexuelles, sexuées ou de genre [46].

Ce droit à l'intégrité physique étant général, il profite également aux personnes intersexuées. Cela ne fait guère de doute pour les textes généraux de protection des droits de l'homme ou ceux protégeant spécifiquement le droit à la santé [47] ou le droit des enfants. S'agissant de la convention onusienne sur le handicap, son application aux personnes intersexuées paraît envisageable compte tenu de la définition large retenue du handicap par l'article 1er de cette convention [48]. Quant aux textes protégeant en particulier les femmes, ceux-ci paraissent également pouvoir bénéficier aux personnes

44. Cass., crim. 3 sept. 1996, n° 96-82633 : *Dr. Pénal* 1997, p. 4, obs. M. Véron.

45. Cons. const., 27 juill. 1994, DC n° 94.343/344, relative à la première loi de bioéthique.

46. N'existent que des « principes » établis par un groupe d'experts non mandatés par des États et réunis à Yogjakarta en 2006, les Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, dit Principes de Jogjakarta. Ces principes sont toutefois à l'origine d'une déclaration onusienne relative à l'orientation sexuelle et l'identité de genre du 18 décembre 2008.

47. Le Comité des droits économiques sociaux et culturels a d'ailleurs eu l'occasion de se saisir de la question de l'intersexuation en 2009 (E/C.12/GC/20) ou 2011 (E/C.12/DEU/CO/5, § 26).

48. « Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. » Il s'agirait semble-t-il ici de l'« incapacité » physique et/ou mentale de la personne intersexuée à correspondre aux modèles masculin et féminin.

intersexuées puisque le terme de femme peut y être compris comme renvoyant moins au sexe qu'au genre, de sorte que ces textes peuvent aussi profiter aux personnes ayant un genre féminin mais un sexe intersexué. En faveur de l'application de ces deux dernières catégories de textes aux personnes intersexuées, il convient de relever que deux comités de l'ONU (le Comité des droits des personnes handicapées et celui pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes), se sont déjà par le passé saisis de la question de l'intersexuation [49].

Par conséquent, l'ensemble de ces textes protège le droit à l'intégrité des personnes intersexuées, de sorte que ces personnes se trouvent protégées contre des actes médicaux qui seraient dépourvus de nécessité thérapeutique. En effet, permettre aux médecins de porter atteinte à l'intégrité du corps sans nécessité – et à plus forte raison en l'absence d'un consentement libre et éclairé de la personne – constituerait une atteinte à ce droit. Cela est clair au regard du droit français interne, mais également en droit international. La Cour européenne des droits de l'homme, dans des décisions relatives à la protection des individus contre des traitements inhumains et dégradants (art. 3 CSDHLF), a par exemple jugé que si « une mesure dictée par une nécessité thérapeutique du point de vue des conceptions médicales établies ne saurait en principe passer pour inhumaine ou dégradante », ce n'est qu'à la condition que cette « nécessité médicale [ait] été démontrée de manière convaincante [50] ».

Or, comme cela a été montré ailleurs [51], les actes médicaux de conformation sexuée ne répondent pas à l'exigence de nécessité médicale. D'abord, car l'intersexuation ne saurait théoriquement être considérée comme une maladie, compte tenu de ce qu'elle n'empêche pas aux individus de poursuivre des buts jugés vitaux par la société. Ensuite, car n'a nullement été établie la nécessité des traitements proposés pour y remédier. Intrinsèquement, n'a pas été établie la nécessité de ces traitements, en ce sens qu'il n'est pas prouvé que ceux-ci amélioraient le bien-être des individus par rapport aux personnes non traitées. Comme le rappelait récemment Cynthia Kraus [52], la seule étude fiable menée à ce sujet – certes réalisée il y a plus de cinquante ans – l'a été par le premier défenseur des opérations de « normalisation sexuée », John Money. Or, cette étude aurait conclu à l'absence de bénéfices des personnes opérées. La nécessité extrinsèque de ces actes n'est pas non plus démontrée, puisque leur supériorité par rapport à d'autres réponses moins dangereuses, en particulier les thérapies de groupe, n'est pas établie [53].

Soulignons que cette appréciation sur le caractère non thérapeutique de ces actes est partagée par un grand nombre d'organisations internationales, ce qui doit être pris en compte dans l'application de la CSDHLF. Au sein du Conseil de l'Europe,

49. Not. CRPD/C/DEU/CO/1, § 37-38 ; CRPD/C/URY/CO, § 44 ; CRPD/C/ITA/CO/1, § 45-46 ; CEDAW/C/DEU/CO/6, § 61-62 ; CEDAW/C/CRI/CO/5-6, § 40 ; CEDAW/C/NLD/CO/6, § 21-22.

50. CEDH, 11 juill. 2006, *Jallow c/ Allemagne*, n° 54810/00, § 69.

51. Cousin, C. (2016), *Vers une redéfinition de l'acte médical*, thèse sous la dir. B. Feuillet-Liger, Université de Rennes I, https ://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01425982/document – Moron-Puech, B. (2017 *b*), « Le droit des personnes intersexuées, Chantiers à venir, 1re partie », *Socio*, *Combien de sexes*, vol. 9.

52. *Variations sexuées : enfants et adolescents trans et intersexes*, journée d'études, Université Paris 13, https ://utrp. univ-paris13.fr/evenement/journee-detudes-variations-sexuees-enfants-adolescents-trans-intersexes/.

53. Money, J. (1952), *Hermaphroditism : An Inquiry into the Nature of a Human Paradox*, thèse de l'Université de Harvard.

l'Assemblée parlementaire [54], le Commissaire européen aux droits de l'homme [55] et divers experts mandatés par des institutions du Conseil de l'Europe [56] ont souligné l'absence de nécessité thérapeutique des actes de « normalisation » réalisés sur les êtres humains intersexués, y compris les fœtus [57]. De nombreux autres documents produits par l'Union européenne [58], l'ONU [59], la Commission interaméricaine des droits de l'homme [60] voire toutes ces institutions réunies [61], ont également abondé en ce sens. De même, cette position est partagée par plusieurs États membres du Conseil de l'Europe qui l'ont par exemple exprimé par la voix de leur législateur [62] ou celle de leur organe national de bioéthique [63]. Quant à la France, une position similaire a été défendue successivement par la DILCRAH, le Défenseur des droits, le Sénat et, dans une certaine mesure, par le Président de la République [64]. La DILCRAH a en effet

54. *Le droit des enfants à l'intégrité physique*, Résolution 1952 (2013), § 7.5.3. et de Bruyn, 2017.

55. *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Document thématique, juin 2015.

56. Schneider, É. (2013), *Les droits des enfants intersexes et trans sont-ils respectés en Europe ? Une perspective*, Conseil de l'Europe (éd.) – Zillen, Kavot, Garland, Jameson et Slokenberga, Santa (2017), *The Rights of Children in Biomedicine : Challenges posed by scientific advances and uncertainties*, https ://rm.coe.int/16806d8e2f.

57. Zillen, Kavot, Garland, Jameson et Slokenberga, Santa (2017), *The Rights of Children in Biomedicine : Challenges posed by scientific advances and uncertainties*, https ://rm.coe.int/16806d8e2f, p. 28.

58. Commission Européenne, Direction générale de la justice, *La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2012 ; Conseil de l'Union européenne, *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) persons*, 24 juin 2013 ; Agence européenne des droits fondamentaux, *The fundamental rights situation of intersex people*, focus, avr. 2015 ; Parlement européen, *Résolution sur la promotion de l'égalité des genres en matière de santé mentale et de recherche clinique*, 14 février 2017, cons. BC et § 20, 41 et 61.

59. De nombreux rapports et documents émanant de comités de l'ONU ou de rapporteurs spéciaux peuvent être cités en ce sens : A/64/272, § 49 ; E/C.12/DEU/CO/5, § 26 ; CEDAW/C/CRI/CO/5-6, § 40 ; A/HRC/19/41, § 57 ; CAT/C/DEU/CO/5, § 20 ; A/HRC/22/53, § 76, 77 et 88 ; CRC/C/CHE/CO/2-4, § 43-44 ; A/HRC/29/23, § 14, 53 et 78 ; CRPD/C/DEU/CO/1, § 38 ; A/70/213, § 84-86 ; CAT/C/CHE/CO/7, § 20 ; CRC/C/CHL/CO/4-5, § 48-49 ; CAT/C/AUT/CO/6, § 44-45 ; CAT/C/CHN-HKG/CO/5, § 28-29 ; CAT/C/CHN/CO/5, § 55-56 ; CAT/C/DNK/CO/6-7, § 23 ; CRC/C/FRA/CO/5, § 47-48 ; CRC/C/IRL/CO/3-4, § 39-40 ; CAT/C/FRA/CO/7, § 34-35 ; CRC/C/NPL/CO/3-5, § 41-42 ; CRC/C/GBR/CO/5, § 46-47 ; CRPD/C/URY/CO, § 44 ; CRPD/C/ITA/CO/1, § 45-46 ; CRC/C/NZL/CO/5, § 25 ; CRC/C/ZAF/CO/2, § 39-40 ; CEDAW/C/NLD/CO/6, § 21-22 ; CEDAW/C/CHE/CO/4-5, § 24-25 ; CEDAW/C/DEU/CO/7-8, § 23-24 ; CEDAW/C/IRL/CO/6-7, § 24-25 ; CCPR/C/CHE/CO/4, § 24-25. Des documents similaires émanent également d'institutions onusiennes davantage médicales : HCDH, ONU femmes, ONUSIDA, PNUD, UNFPA, UNICEF et OMS, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization*, mai 2014 ; OMS, *Sexual health, human rights and the law*, juin 2015. *Adde* la notice d'information du HCDH citée *supra* note 2.

60. CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, § 192-195.

61. *Discriminated and made vulnerable : Young LGBT and intersex people need recognition and protection of their rights International Day against Homophobia, Biphobia and Transphobia*, 13 mai 2015, http ://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx ?NewsID=15941&LangID=E ; *End violence and harmful medical practices on intersex children and adults*, 26 oct. 2015, http ://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx ?NewsID=20739&LangID=E.

62. Parlement maltais, *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, 14 avr. 2015, art. 14. Une loi ayant un objet semblable a également été discutée le 19 septembre 2017 au Portugal.

63. Conseil d'éthique (allemand), *Intersexualité. Avis*, http ://www.ethikrat.org/files/avis-intersexualite.pdf ; Commission national d'éthique pour la personne humaine (Suisse), 2012, *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'« intersexualité »*, prise de position n 20/2012, Berne, novembre 2012, http ://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/fr/NEKIntersexualitaetFr.pdf ; Commission nationale d'éthique (Luxembourg), *Avis relatif à la diversité des genres*, avis n° 27, juill. 2017, http ://cne.public.lu/content/dam/cne/fr/publications/avis/avis-27.pdf.

64. Peut être également mentionnée l'intervention publique donnée 26 sept. 2017 par la Présidente de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, lors du *Séminaire transidentité* organisé par le Conseil national des barreaux : https ://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/programmetransgenre0.pdf.

explicitement qualifié ces pratiques de « mutilation [65] », qualification ensuite reprise par le Président François Hollande [66]. Quant au Défenseur des droits et à la Délégation aux droits des femmes du Sénat, celles-ci se sont montrées moins catégoriques. Le Défenseur des droits a ainsi opéré une distinction entre les actes médicaux réalisés dans le passé et ceux réalisés actuellement. Pour les actes passés, le Défenseur des droits estime que l'existence d'une nécessité médicale « a depuis été largement revue [67] ». Quant aux actes actuels, il est relevé qu'il est « difficile de distinguer ce qui relève de la nécessité médicale ou non. Le but thérapeutique répond parfois à l'objectif de favoriser l'intégration de l'enfant dans sa famille, de ne pas le complexer et d'éviter sa stigmatisation [68] », mais le Défenseur des droits semble ne pas y voir là des buts thérapeutiques. Quant aux sénatrices, elles s'en tiennent quant à elles, pour les actes passés, à l'avis du Défenseur des droits [69] et, pour les actes actuels, elles se retranchent derrière les positions contradictoires exprimées devant elles par les experts interrogés, en appelant néanmoins à l'amélioration des protocoles médicaux [70].

Compte tenu de ces éléments, il ne fait guère de doute qu'en raison des normes internes et internationales, doivent être considérés comme dépourvus de nécessités médicales et donc illicites et interdits les actes d'assignation sexuée réalisés sur les enfants intersexués, peu important que les parents y donnent ou non leur consentement [71]. Dès lors, il est permis de conclure qu'il existe bien en droit français une protection théorique du droit à l'intégrité des personnes intersexuées, protection qui implique une reconnaissance de la non-binarité des sexes. En effet, admettre que les corps ne correspondant pas à cette binarité n'ont pas à être modifiés c'est nécessairement reconnaître qu'il n'existe pas que deux « vrais sexes », ayant seuls droits de cité. Pourtant, comme nous allons le constater, cette binarité des sexes se maintient en pratique.

1.2 Le maintien pratique de la binarité des sexes

Malgré cette illicéité théorique des actes d'assignation sexuée, ceux-ci sont encore très largement réalisés en France et plus généralement dans le monde, ainsi qu'en attestent les recommandations de comités onusiens – dont trois concernent à ce jour la France [72] – demandant à un nombre croissant d'États membres de mettre un terme à

65. DILCRAH, Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT (2016), *Plan de mobilisation contre la haine et les discriminations anti-LGBT*, 21 déc. 2016, http ://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2017/01/plandemobilisationcontrelahaineetlesdiscriminationsanti-lgbtdilcrah.pdf (consulté le 25 sept. 2017), p. 25.

66. https ://sexandlaw.hypotheses.org/140.

67. DDD, Défenseur des droits (2017), *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, n° 17-04, 20 févr. 2017, https ://juridique.defenseurdesdroits.fr/docnum.php ?explnumid=16177, p. 4.

68. DDD, Défenseur des droits (2017), *Avis relatif au respect des droits des personnes intersexes*, n° 17-04, 20 févr. 2017, https ://juridique.defenseurdesdroits.fr/docnum.php ?explnumid=16177, p. 7.

69. *Ibid.*, p. 40-41.

70. Recommandation n° 8 du rapport.

71. Pour que l'acte soit licite doivent en effet être respectées tant les règles sur la licéité du but poursuivi que sur le consentement : Cousin, C. (2016), « Vers une redéfinition de l'acte medical », Université Rennes 1, n° 647, spé. Note, p. 203.

72. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Observations finales concernant les septième et huitième rapports périodiques de la France*, CEDAW/C/FRA/CO/7-8, 22 juillet 2016, § 17 (f) ; Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France*, CRC/C/FRA/CO/5, 23 févr. 2016, § 47 ; Comité contre la torture, *Observations finales concernant le septième rapport périodique de la France*, CAT/C/FRA/CO/7, 10 juin 2016, § 34.

ces pratiques [73]. Pour la France, la preuve de la persistance de ces pratiques, réalisées quotidiennement sur le territoire français, résulte de plusieurs sources, outre les rapports précités des comités onusiens. Il y a d'abord la réponse ministérielle apportée en février 2017 par la Secrétaire d'État aux affaires sociales à une question qui lui était posée relativement à ces pratiques par la sénatrice Maryvonne Blondin [74]. Dans sa réponse, la Secrétaire d'État reconnaît que chaque année quelques 160 personnes intersexuées sont identifiées en France à la naissance [75] et que la plupart sont soumis à des opérations d'assignation sexuée, étant précisé que pour chaque enfant ce n'est pas une opération qui est nécessaire mais plusieurs, compte tenu notamment des « reprises » nécessaires lorsque les tissus opérés grandissent. La persistance en 2017 de ces pratiques se trouve également attestée par les témoignages de médecin recueillis par la Délégation aux droits des femmes du Sénat et reproduits en annexe du rapport précité [76]. On peut lire notamment dans ladite annexe cet aveu inquiétant d'un des médecins pilier de la coordination du Centre de référence du développement génital :

> « Toute la difficulté est de savoir si les techniques utilisées maintenant apporteront, dans vingt ans, des résultats satisfaisants et limiteront le nombre des interventions ultérieures. Nous ne sommes pas capables de l'affirmer aujourd'hui, mais nous l'espérons [77]. »

Or, malgré cet aveu d'ignorance, ce Professeur de médecine indique continuer à pratiquer ces opérations dans un cadre thérapeutique, au lieu de cesser ces pratiques ou, à tout le moins, de les inscrire dans un protocole expérimental comme cela s'impose en cas d'incertitudes.

L'existence de ces pratiques, dont nous avons souligné plus haut l'illicéité, ne fait par conséquent aucun doute et pourtant cela ne déclenche aucune réaction des institutions françaises qui continuent à ne pas poursuivre les auteurs de ces actes, à rembourser ces actes illicites, à les exonérer de taxe sur la valeur ajoutée et qui maintiennent enfin dans l'ordre juridique des textes les encourageant.

Concernant d'abord les poursuites pénales, à ce jour aucun officier du ministère public n'est intervenu pour mettre un terme aux actes d'assignation sexuée réalisés sur les nouveau-nés intersexués, alors pourtant que des actes proches, ceux par lesquels des excisions sont réalisées, font l'objet d'une vigilance accrue du parquet. Néanmoins, les actes d'assignation sexuée illicites ont été dénoncés dès 2009 dans la presse grand

73. L'association StopIGM.org, qui s'est spécialisée dans la rédaction de rapports parallèles destinés à informer les comités onusiens de l'existence de ces pratiques médicales illicites, a obtenu la dénonciation de ces pratiques dans vingt-quatre rapports différents de l'ONU concernant quinze pays différents (*cf.* les références citées supra note 38).

74. *JO Sénat*, 10 févr. 2017, p. 2485, https ://www.senat.fr/questions/base/2015/qSEQ15101276S.html.

75. Le chiffre est en réalité beaucoup plus important si est retenue une approche plus compréhensive de l'intersexuation, englobant l'hypospade, ces variations des caractéristiques sexués étant soumis à des actes de « normalisation » sexuée, Gogos-Gintrand, A. (2016), « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *Revue de droit sanitaire et social,* 2016, p. 920-929. Or, la fréquence de l'hypospade est de l'ordre de 1% des naissances, soit environ 8 000 naissances par an en France (*Reproduction et environnement*, INSERM, Expertise collective, p. 11, fig. 1.1.).

76. Sénat, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (2017), *Rapport d'information sur les variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, n° 441, 23 févr. 2017, https ://www.senat.fr/rap/r16-441/r16-4411.pdf (consulté le 26 sept. 2017), p. 174-197.

77. Sénat (2017), *ibid,* p. 186.

public française, les auteurs de ces articles évoquant la qualification de mutilation [78]. Les officiers du ministère public savent par ailleurs que ces actes existent bel et bien. Ils exercent en effet un contrôle sur les actes d'état civil, ce qui les conduit à avoir connaissance d'actes d'assignation sexuée lors de l'établissement, de la rectification ou de la modification de la mention du « sexe » sur l'acte de naissance. Même lorsque des magistrats du siège relèvent l'existence d'« opérations castratrices », cela ne donne lieu à aucune mise en mouvement de l'action publique [79].

Pourquoi une telle inaction ? Juridiquement, celle-ci paraît tenir au fait que lorsque le ministère public apprend la réalisation d'infractions sur le territoire, celui-ci est en droit de mener des enquêtes, mais n'en a pas l'obligation. Le ministère public a en effet l'*opportunité* des poursuites [80]. En outre, ces actions sont exercées bien après les faits, ce qui pose des problèmes de prescription. Sociologiquement, par ailleurs, cette inaction peut s'expliquer par la prégnance de la binarité des sexes dans l'esprit des magistrats, prégnance d'autant plus forte 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 de l'état civil. En effet, la procédure même de déclaration des sexes est un renfort considérable à cette binarité instituée [81]. C'est sans doute cette prétendue vérité binaire du sexe qui conduit les autorités de poursuite à se voiler la face quant à l'existence d'infractions pénales. S'ajoute à cela le fait que de très nombreux acteurs sont impliqués dans ces infractions, ce qui en rend la poursuite beaucoup plus délicate ou en tout cas plus impressionnante lorsque se pose la question de l'ouverture d'une enquête. Outre l'ensemble des professionnels de santé intervenus dans les trente-huit dernières années pour réaliser ces actes d'assignation sexuées, doivent être également mentionnés les parents des enfants opérés, les hommes politiques et fonctionnaires du ministère de la santé qui, informés de cette situation, l'ont laissé perdurer. Pour toutes ces raisons, il n'est guère surprenant que les quelques plaintes pénales déposés en France contre ces pratiques n'aient pas abouti soit parce que les juges d'instructions ne priorisent pas ces affaires très chronophages et fort complexes, comme c'est semble-t-il le cas pour une plainte actuellement instruite à Clermont-Ferrand [82], soit parce que les juridictions se montrent particulièrement rigoureuse sur la prescription [83], en méconnaissance des engagements internationaux pris par la France [84].

78. Vincent, C. (2009), « Ni lui ni elle… mais alors qui ? », *Le Monde*, 10 août 2009, p. 11. Il faut ensuite attendre 2012 pour retrouver un article dans la presse généraliste invoquant cette difficulté : Sauvage, S. (2012), « Ne pas être reconnus, une violence permanente », *Ouest France*, 22 août 2012. Par la suite, la fréquence de ces articles va croître, avec en particulier un net pic lors du procès du « sexe neutre ».

79. *cf.* le jugement du TGI Nanterre, 1er juin 1999, cité dans CA Versailles, 22 juin 2000, RG n° 7799-99.

80. *cf.* l'article 40-1 du Code de procédure pénal.

81. Catto, M.-X. (2014), « La mention du sexe à l'état civil », *in* Hennette Vauchez, S., Pichard, M. et Roman, D. (dir.), *La loi et le genre*, CNRS, p. 33.

82. https ://www.20minutes.fr/societe/2172971-20171126-personne-intersexuee-depose-plainte-contre-medecins-operee-devenir-homme. Cette affaire ayant été rendue publique plus d'un an après le dépôt de cette plainte, il est permis de penser que la médiatisation avait comme objectif de rendre public une affaire « bloquée » à l'instruction.

83. Cass. crim. 6 mars 2018, n° 17-81.777 où la Cour de cassation refuse de reporter le point de départ de la prescription dans le cas d'une personne intersexuée qui n'avait appris que tardivement que les opérations qu'elle avait subi n'étaient pas thérapeutiques mais visaient en réalité à conformer son corps aux stéréotypes féminins. Pour la Cour de cassation, cette personne était « en mesure de connaître tant la réalité que la finalité des interventions chirurgicales subies et des traitements (*sic*) suivis ».

84. *cf.* en particulier l'article 58 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, qui dispose que « les Parties prennent les mesures législatives et autres nécessaires pour que le délai de prescription pour engager toute poursuite

S'agissant de la prise en charge par l'assurance maladie des actes d'assignation sexuée celle-ci continue également malgré les mises en garde qu'a pu recevoir la Caisse nationale d'assurance maladie. Doit être ici rapporté le contenu d'une lettre du 29 février 2016 rédigée par le Directeur général de la CNAM [85] en réponse à un courrier que lui avait adressé l'Organisation internationale intersexe (OII) afin de souligner que le financement des actes d'assignation sexuée pouvait être assimilé à une complicité de crime d'eugénisme et de mutilations sur personnes mineures de moins de 15 ans. Après avoir rappelé qu'à ses yeux la prise en charge des actes médicaux par le régime général n'est possible que pour les actes à visée préventive ou curative – ce qui ne nous semble pas tout à fait exact [86] –, la Direction générale de la CNAM indique que « [j]usqu'à présent la nature médicale des actes pratiqués sur les personnes intersexuées paraît s'inscrire dans ce cadre, leur justification médicale étant approuvée par les acteurs de la santé ». Tentant de montrer sa bonne volonté à l'égard de la lettre qui lui avait été adressée, la CNAM indiquait néanmoins « nécessaire de procéder à une étude approfondie permettant de dégager un état des lieux précis de la prise en charge des soins et actes médicaux visant les personnes intersexuées en France ». Interrogée par l'OII à l'automne 2016 sur l'avancement de cette étude, la CNAM n'a pas donné suite, ce qui laisse penser que celle-ci n'aurait guère été mise en œuvre. La lecture du rapport du Sénat paraît confirmer cette impression puisqu'on ne trouve aucune mention de cette étude, alors que le ministère de tutelle de la CNAM a été interrogé par les sénatrices ayant rédigé ce rapport.

Le même phénomène s'observe pour les services fiscaux qui exonèrent de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), les actes d'assignation sexuée au motif que ceux-ci seraient thérapeutiques. Rappelons en effet qu'il existe une exonération de TVA pour « les prestations de soins à la personne effectuées dans le cadre de l'exercice des professions médicales et paramédicales telles qu'elles sont définies par l'État membre concerné [87] ». Or, tant les institutions européennes que françaises considèrent que l'expression prestations de soins impose des actes à caractère thérapeutique de sorte que les actes à visée esthétique ne peuvent pas bénéficier de cette exonération [88]. Malgré cela, les actes d'assignation sexuée réalisés sur les nouveau-nés intersexués demeurent exonérés de TVA, les services fiscaux considérant ce caractère thérapeutique établi dès lors que l'acte est remboursé par la sécurité sociale.

Enfin, il faut relever que plusieurs textes de l'ordre juridique français – textes auxquels on pourrait rajouter les protocoles nationaux de diagnostics et de soins précités – continuent à encourager la réalisation d'actes d'assignation illicites. Ainsi, la circulaire relative à l'état civil du 28 octobre 2011 déjà citée encourage les parents d'un enfant dont le sexe serait « indéterminé » à se tourner vers les médecins pour que soient réa-

du chef des infractions établies conformément aux articles 36, 37, 38 [mutilations génitales féminines] et 39 de la présente Convention, continue de courir pour une durée suffisante et proportionnelle à la gravité de l'infraction en question ».

85. Nicolas Revel, courrier du 29 févr. 2016, N/Réf : DDGOS/DREGL-D-2016-533, https ://sexandlaw.hypotheses.org/263/2016-02-29-reponse-assurance-maladie.

86. Moron-Puech, B. (2017 *a*), « Le droit des personnes intersexuées, Chantiers à venir, 2e partie », *La Revue des droits de l'Homme*, n°11.

87. Conseil de l'Union Européenne, *Directive relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée*, 28 nov. 2006, n 2006/112/CE, art. 132, 1., c). Cet article a été transposé à l'article 261, 4, 1° du code général des impôts.

88. Cousin, C. (2016), « Vers une redéfinition de l'acte medical », Université Rennes 1, n° 647, spé. n. 8.

lisés des « traitements appropriés ». Le même encouragement résulte de la décision de l'assurance maladie de 2005 par laquelle a été créée la CCAM. En effet, cette décision d'un des organismes placés sous la tutelle du ministère de la santé aboutit à permettre le remboursement des actes d'assignation sexuée, ce qui constitue nécessairement un encouragement de ces pratiques.

Au final apparaît donc en droit français un décalage important entre la condamnation théorique de ces pratiques, impliquant un modèle non binaire du sexe, et leur persistance pratique, fondée sur un modèle binaire du sexe. Un phénomène similaire peut s'observer quant au genre des personnes intersexuées.

2 Sortir de la binarité des genres : où en sommes-nous ?

Le traitement de la question de la binarité des genres en droit français pourrait se limiter, dans une lecture strictement positiviste de ce droit, à l'exposé de la solution rendue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 mai 2017 précité [89], à savoir que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ». Ceci serait toutefois une erreur. D'abord, car cette solution n'est que jurisprudentielle et qu'elle ne concerne en outre que l'ordre judiciaire. Rien ne garantit qu'elle sera reprise par d'autres juridictions judiciaires, administratives ou constitutionnelles. Ensuite, car l'examen d'autres sources laisse penser que cette solution n'est pas celle qui devrait être retenue en droit français. Après avoir présenté le maintien pratique de la dualité des genres dans le droit positif (2.1.), sera dressé un état des lieux des sources laissant penser que cet état du droit ne convient pas théoriquement au droit français (2.2.).

2.1 Un maintien pratique de la dualité des genres

Par son arrêt du 4 mai 2017 la Cour de cassation a résolument inscrit le droit (privé) français dans un paradigme de la binarité des genres, paradigme qu'avait tenté d'abandonner les premiers juges dans cette affaire. Avant d'exposer ces différentes décisions et d'examiner le renfort qu'elles peuvent recevoir de la part d'autres dispositions juridiques, il importe de souligner qu'il est bien question ici de genre et non de sexe. Cela n'est au premier abord guère évident à la lecture de la décision de la Cour de cassation où le terme utilisé est celui de genre et non de sexe, y compris d'ailleurs dans le moyen du requérant qui a sans doute hésité à user d'un mot, celui de genre, susceptible de heurter certains juges. Même le premier juge, celui du Tribunal de grande instance de Tours, plus disposé que ses collègues vis-à-vis du requérant, s'en tient au terme de sexe. Pourtant, il nous semble que lorsque le requérant entreprend une demande de rectification ou de modification de la mention du « sexe » inscrite sur son acte de naissance conformément à l'article 57 du code civil, il entreprend moins de changer son sexe, ses caractéristiques sexuées biologiques, que d'affirmer ou de changer son genre. Si cela pouvait être discuté au moment où le requérant a introduit sa requête, car à l'époque la notion de sexe utilisée par le droit avait incontestablement une assise biologique, cela ne nous semble plus pouvoir être le cas depuis l'introduction dans le code civil d'une Section 2bis intitulée « De la modification de la mention du sexe à

89. *Supra*, note 8.

l'état civil ». L'article 61-6 du code civil a en effet interdit au juge de refuser une demande de modification de sexe au motif que le demandeur n'aurait pas subi d'actes médicaux de réassignation sexuée. Or, une telle exigence semble conduire à un abandon de la composante biologique du sexe [90], de sorte que la notion de sexe utilisée en droit français n'a plus rien à voir avec le concept de sexe aujourd'hui compris en sciences sociales. En réalité, la notion du sexe utilisée à l'état civil correspond, sauf quelques hypothèses [91], au concept de genre [92].

Cela étant précisé, il convient d'ajouter quelques mots sur la décision de la Cour de cassation ayant rejeté la possibilité pour le requérant d'être rattaché à un sexe autre que le masculin ou le féminin [93]. Cette décision commence par affirmer que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ». Cette affirmation n'est assise sur aucun texte, ce qui n'est guère surprenant dans la mesure où aucun texte édicté ne la contient. Il serait téméraire de tenter d'évoquer l'existence d'une coutume puisque l'absence de prise en compte des personnes intersexuées résultait jusque-là moins d'un rejet conscient de la collectivité, que d'une ignorance de leur existence en droit français. Si le code civil ne les a pas pris en compte c'est tout simplement parce que les juristes pensaient que les vrais hermaphrodites n'existaient pas, ce que la biologie a depuis lors infirmé [94]. Dès lors, cette dualité, loin d'être affirmée par la loi, l'est en réalité par la Cour de cassation elle-même, laquelle tente bien maladroitement de se parer de la légitimité d'un législateur qu'elle n'est pas – encore qu'elle en rêve actuellement à voix haute en voulant développer sa fonction normative [95].

Même si cette affirmation peut se prévaloir de quelques arguments d'interprétation auxquels nous avons été un temps sensible [96], notamment la présence de textes utilisant les expressions « l'un ou l'autre sexe » ou « les deux sexes », ces arguments sont de peu de poids. La combinaison de l'ensemble des méthodes d'interprétation aurait dû aboutir au résultat inverse [97]. S'il n'en a pas été ainsi c'est parce que les magistrats, indépendamment de toute autre raison, ont personnellement rejeté cette approche d'un genre non binaire. Ceci ressort assez nettement du rapport rendu par le Conseiller rapporteur en amont de la décision. En effet, la discussion commence

90. Moron-Puech, B. (2017 *c*), « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », *Rec. Dalloz*, p. 994.

91. Ces hypothèses sont au nombre de deux : d'abord la déclaration du sexe à la naissance (art. 57 c. civil) ; ensuite les actions en rectification de la mention du sexe de l'enfant engagée par ses représentants légaux, à une époque où celui-ci n'a pas encore affirmé son genre.

92. Mesnil, M. (2017), « La démédicalisation du changement de sexe à l'état civil : une conception renouvelée du sexe et du genre », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, n° 16, p. 61-69.

93. Pour un commentaire (critique) plus approfondi du raisonnement suivi par la Cour de cassation, *cf.* Moron-Puech, B. (2017 *d*), « Rejet du sexe neutre : une "Mutilation juridique" ? », *Rec. Dalloz*, p. 1404-1408.

94. Wilhelm, E. (1911), « L'hermaphrodite et le droit », *Revue d'anthropologie criminelle,* 1911, p. 267-294 – Gogos-Gintrand, A. (2016), « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *Revue de droit sanitaire et social,* 2016, p. 920-929.

95. Haftel, B. (2015) « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *Rec. Dalloz*, p. 1378-1383.

96. Moron-Puech, B. (2010), *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de Master II, Fenouillet, D. (dir), Université Paris II – Panthéon-Assas, Banque de mémoires, https ://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/10dd4242-a25c-462b-8283-cb99a843f1d2.

97. Moron-Puech, B. (2017 *d*), « Rejet du sexe neutre : une "Mutilation juridique" ? », *Rec. Dalloz*, p. 1404-1408.

par des propos qui ne laissent aucun doute sur la volonté de ce magistrat de ne pas remettre en cause une vision binaire du genre. Usant d'un argument d'autorité, le rapporteur commence par citer un illustre juriste, Jean Carbonnier, liant dualité des genres et état de nature. Ce magistrat ajoute alors qu'« il ne fait pas de doute que [...] l'officier de l'état civil est tenu d'y porter l'indication du sexe masculin ou féminin [98] ». La mise à l'écart des règles d'interprétation s'explique également par le problème de légitimité ressenti par la Cour de cassation. Celle-ci, prétendant se comporter en législateur en dégageant des règles générales – ce qui ne lui était pas demandé par le requérant, souhaitant seulement à ce qu'il soit statué sur son cas individuel, et ce que la Cour n'a en outre pas le droit de faire en raison de l'interdiction des arrêts de règlement par l'article 5 du code civil –, éprouve néanmoins une angoisse quant à sa légitimité à dégager une règle générale aussi symboliquement importante : le rejet d'un modèle occidental multimillénaires de dualité des genres [99]. Cette angoisse transparaît manifestement dans sa (trop) brève motivation où la Cour indique « que la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination ».

Les discussions informelles que nous avons pu avoir avec des magistrats de la Cour ou des échos que d'autres ont eu avec ces magistrats ont confirmé que ce sentiment d'illégitimité avait joué un rôle dans la décision de la Cour de ne pas admettre un genre non binaire.

Ce sentiment d'illégitimité n'était toutefois pas partagé par le Tribunal de grande instance de Tours, lequel avait admis en première instance la demande du requérant (il l'était en revanche par la cour d'appel qui avait entendu elle aussi poser une règle générale). Pourquoi ? Tout simplement parce que ce juge de première instance s'en est tenu à son office de juge en ne statuant que sur le cas qui lui était soumis et sans prétendre dégager, contrairement à la Cour de cassation et la cour d'appel, une règle générale. Ce juge de première instance, sans doute moins loin des bancs de l'Université que ses collègues, l'avait d'ailleurs très nettement indiqué dans sa décision, encore que cela n'ait pas toujours été compris par les interprètes de l'arrêt, sans doute trop habitués à commenter les arrêts d'une Cour de cassation outrepassant son office :

> « La demande [du requérant] ne se heurte à aucun obstacle juridique afférent à l'ordre public, [...] ne s'agissant aucunement dans l'esprit du juge de voir reconnaître l'existence d'un quelconque "troisième sexe", ce qui dépasserait sa compétence, mais de prendre simplement acte de l'impossibilité de rattacher en l'espèce l'intéressé à tel ou tel sexe et de constater que la mention qui figure sur son acte de naissance est simplement erronée [100]. »

Cela étant, il doit être observé que les arrêts de la Cour de cassation et de la cour d'appel ne sont pas les seuls qui manifestent un attachement du droit français à

98. https ://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20sexe%20neutre.pdf (consulté le 28 sept. 2017), p. 4.

99. Même au Moyen Âge où l'on excluait la binarité des sexes, il y avait une binarité des genres. Les hermaphrodites devaient choisir : Maillet, C. (2017), « Intersexe au Moyen Âge », communication au colloque *De l'hermaphrodisme à l'intersexuation*, Université Paris-Diderot, 24 juin.

100. TGI Tours, 20 août 2015, précité, p. 4.

la binarité des genres. La circulaire du 28 octobre 2011 déjà évoquée et relative à l'état civil adopte elle aussi cette approche binaire du genre. En effet, à rebours d'une pratique antérieure moins hostile à des mentions autres que le masculin et le féminin [101], mentions qui pouvaient perdurer jusqu'à la mort de la personne [102], les officiers d'état civil sont invités, « lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain », à ne pas inscrire la mention « sexe indéterminé ». Même dans les cas exceptionnels où la circulaire offre la possibilité de n'inscrire aucune mention du sexe – vingt-huit cas était recensés en février 2017 par l'INSEE [103] –, cette absence de mention n'est ouverte que pendant une durée d'une à deux années. Au-delà, le sexe doit être déterminé, ce qui ne se fera qu'au regard du modèle binaire sous-jacent à l'article 55 de cette circulaire.

Les différents formulaires produits par les administrations s'en tiennent très largement à la binarité. Cela n'est guère surprenant pour des formulaires devant se calquer sur l'état civil, comme c'est le cas pour les formulaires où la mention du sexe est renseignée au titre des informations d'identité nécessaires à l'obtention d'un service, telle l'obtention d'un logement social (*cerfa* n°14069) ou d'un titre d'identité, qu'il s'agisse de la carte nationale d'identité ou du passeport (*cerfa* n°12102). Encore que, s'agissant du passeport, nous nous étonnons que cette binarité aille à l'encontre d'un règlement européen [104], par définition directement applicable en France. Cet attachement à la binarité est en revanche moins évident pour le formulaire rempli en cas de recensement. Pourtant, compte tenu de la finalité des données et de leur anonymisation, il ne paraît pas indispensable de s'en tenir à la mention du sexe présente à l'état civil de la personne. Au contraire, il pourrait même être soutenu que le besoin d'identifier le nombre de personnes non-binaires pourrait justifier que soit offerte la possibilité de choisir un genre non binaire. Or tel n'est pas le cas. Interrogée par l'Organisation internationale intersexe sur les raisons du maintien de cette binarité, l'INSEE s'est abritée derrière le risque d'inexactitude des résultats induits par le recensement d'un phénomène rare. Pour l'INSEE, « l'absence de modalités additionnelles aux catégories "homme" et "femme" s'explique ainsi par des raisons techniques et non par des raisons de nature discriminatoire [105] ». L'affirmation est discutable car le nombre de personnes n'ayant pas un genre binaire étant inconnu, il est impossible d'affirmer que ces personnes seraient trop peu nombreuses pour que les résultats soient fiables. Cela étant, il doit être remarqué que cette réponse est conforme à l'annexe du règlement européen qui organise le recensement et qui ne prévoit pour la mention du sexe (genre) que deux possibilités : homme et femme [106]. Il n'est pas certain pour autant

101. Catto, M.-X. (2014), « La mention du sexe à l'état civil », *in* Hennette Vauchez, S., Pichard, M. et Roman, D. (dir.), *La loi et le genre*, CNRS, p. 29-47.

102. Houbre, G. (2014), « Un "sexe indéterminé" ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecin au XIX^{e} siècle », *Revue d'histoire du XIX^{e} siècle*, p. 75 *sq.* – Mak, G. (2012), *Doubting sex. Inscriptions, bodies and selves in nineteenth century hermaphrodite case histories*, Manchester University Press, p. 20-21.

103. https ://sexandlaw.hypotheses.org/268.

104. La mention du « sexe » (genre) sur les passeports est réglementée par l'annexe au règlement du Conseil n° 2252-2004 du 13 décembre 2004, lequel renvoie directement à la documentation 9303 de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). Or, cette annexe prévoit trois mentions du sexe et non deux : « M », « F » et « X », « X » codant pour non spécifié.

105. http ://sexandlaw.hypotheses.org/23/2016-courrier-insee-a-oii.

106. Commission européenne, Règlement portant mise en œuvre du règlement (CE) n° 763/2008 du Parlement européen et du Conseil concernant les recensements de la population et du logement en ce qui concerne les spécifications techniques des thèmes et de leur classification, n° 1201/2009, 30 nov. 2009.

que l'annexe de ce règlement soit conforme aux droits humains, en particulier, dans le contexte de l'Union européenne, à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, texte qui protège le droit au respect de la vie privée. En effet, ce droit contient les ferments théoriques d'une sortie de la dualité des genres.

2.2 Une sortie théorique de la dualité des genres

À la suite de la décision rendue par le Tribunal de grande instance de Tours, plusieurs institutions françaises œuvrant dans le domaine des droits humains se sont saisies de la question de l'adoption d'un genre non binaire. Ainsi, tant le Défenseur des droits que la Délégation aux droits des femmes du Sénat ont abordé ce problème dans les avis et rapport qu'ils ont rendu sur l'intersexuation en 2017 [107]. Pourtant, aucune de ces institutions n'a considéré que la sortie de la binarité des genres était théoriquement impliquée par les droits fondamentaux. Tous deux ont inscrit cette question dans le champ de l'opportunité politique. Si le Défenseur des droits aborde bien l'hypothèse d'une création d'une « 3e catégorie de sexe à l'état civil type "indéterminé" », il indique ne pas vouloir « se prononcer sur une question qui appartient aux décideurs politiques », suggérant par là que la question ne relèverait pas du champ de sa compétence, à savoir la défense des « droits et libertés [des individus] dans le cadre des relations avec les administrations [108] ». Le Défenseur des droits se contente d'indiquer que dans le cas où il serait décidé d'accepter une sortie de la binarité du genre, il faudrait choisir des mentions non stigmatisantes telles, aux yeux du Défenseurs celles de « neutre » ou « intersexe ». En outre, il est suggéré que ce rattachement soit volontaire [109] puisqu'est déconseillée l'inscription à la naissance d'un « sexe d'éducation » non binaire. Quant au rapport du Sénat, celui-ci évoque les différentes positions des personnes interrogées par la délégation, d'un côté l'avis du Ministère de la justice selon lequel l'article 57 du code civil ne permettrait pas l'inscription d'un sexe neutre et de l'autre l'avis d'une avocate spécialisée dans la défense des droits des personnes intersexuées, Me Petkova, pour qui « le droit français ne semble pas s'opposer à la reconnaissance de plusieurs identités sexuées ». Entre ces deux position le rapport du Sénat ne prend pas non plus position et se contente d'indiquer que « s'il est indispensable de garantir le droit au respect de la vie privée des personnes "intersexes", toute réforme du statut juridique de ces personnes devrait exiger une réflexion très approfondie », compte tenu notamment des conséquences que cette reconnaissance pourrait avoir sur les règles de droit dépendant du genre. À nouveau se trouve donc suggérée l'idée que la reconnaissance d'un troisième genre relèverait d'un choix politique et non d'une nécessité juridique, découlant en particulier du droit fondamental au respect de la vie privée. Cette idée ne paraît cependant pas exacte ou, du moins, pas conforme aux normes adoptées sur ce point par des autorités nationales étrangères ou internationales, opinions qui ne sauraient être négligées pour déterminer si le droit

107. La DILCRAH en revanche est restée quant à elle totalement muette sur ce point, ce qui n'est pas totalement surprenant lorsqu'on se remémore que l'intitulé de cette institution se limite aux personnes « LGBT ». Le « I » (pour intersexe) n'y figure pas.

108. art. 4, 1° de la loi organique no 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

109. Le Défenseur des droits conseille maladroitement de ne l'ouvrir qu'aux adultes, oubliant que le mineur peut aussi être doté d'un discernement suffisant pour prendre une décision libre et éclairée.

à la vie privée reconnu par l'article 8 de la CSDHLF implique la reconnaissance d'un troisième genre [110]. Car là est en effet la question principale pour le juriste.

L'examen des positions prises par des autorités internationales sur la question d'une sortie de la binarité des genres, notamment pour les personnes intersexuées, révèle une nette tendance à considérer que le droit au respect de la vie privée implique la reconnaissance de genres non binaires. Ainsi, au sein d'abord du Conseil de l'Europe, qui est l'organisation internationale la plus pertinente s'agissant d'interpréter la disposition d'une Convention émanant de cette même organisation, plusieurs organes se sont prononcés pour une reconnaissance d'un genre non binaire. C'est le cas pour l'Assemblée parlementaire qui l'a fait une première fois en 2015 pour les personnes transgenres [111] et qui s'apprête à le faire en 2017 pour les personnes intersexuées [112], reprenant ainsi une proposition qui avait été formulée dès 2013 dans un rapport commandé par le Conseil de l'Europe et commun aux personnes trans ' et intersexuées [113]. C'est le cas également pour le Commissaire aux droits de l'homme qui a recommandé en 2015 aux États membres d'« offrir la possibilité de ne pas choisir un marqueur de genre spécifié, "masculin" ou "féminin [114]" ». Hors du Conseil de l'Europe, l'Union Européenne et l'Organisation des Nations-Unies ont d'ores et déjà explicitement indiqué que le respect des droits fondamentaux des personnes intersexuées impliquait la reconnaissance d'identités de genre non binaire. Pour l'Union européenne, cela a été affirmé par l'Agence européenne des droits fondamentaux [115]. Quant à l'ONU, une position similaire a été prise par le Haut-commissariat aux droits de l'homme [116], concrétisant par là leur recommandation plus générale de reconnaissance des identités de genre [117]. Certes, ces positions ne sont pas encore très nombreuses, mais il doit être remarqué qu'aucune position contraire n'a été entre temps formellement exprimée par des organismes internationaux. Dès lors, cela révèle l'existence d'une tendance internationale – tendance prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme pour déterminer les contours du droit au respect de la vie privée [118] – à considé-

110. *Cf. supra*, p. 6.

111. Résolution 2048 (2015), *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, § 6.2.4. : « [l'Assemblée appelle les États membres] à envisager de faire figurer une troisième option de genre sur les papiers d'identité des personnes qui le souhaitent ».

112. Rapport de Bruyn, Projet de résolution, § 7.3.3. : « [l'Assemblée invite les États membres du Conseil de l'Europe] lorsque les pouvoirs publics recourent à des classifications en matière de genre, à veiller à ce qu'il existe un ensemble d'options pour tous, y compris pour les personnes intersexes qui ne s'identifient ni comme homme ni comme femme ». La discussion de ce projet de résolution, déjà adopté à l'unanimité par la Commission sur l'égalité et la non-discrimination, intervient en session plénière le 12 octobre prochain. Auparavant, cette assemblée avait déjà affirmé que les personnes intersexuées avaient un droit à l'autodétermination, mais n'en avait pas tiré de conséquences précises quant au genre inscrits à l'état civil (Résolution 1952 (2013), Le droit des enfants à l'intégrité physique, § 7.5.3.), De Bruyn, P. (2017), *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, Rapport à la Commission sur l'égalité et la non-discrimination, Doc. 14 404, http ://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/XrefDocDetails-FR.asp ?fileid=24027&lang=1.

113. Schneider, É. (2013), *Les droits des enfants intersexes et trans ' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective*, Conseil de l'Europe (éd.), § 230.

114. Droits de l'homme et personnes intersexes, Document thématique, juin 2015, p. 9, recommandation n° 4.

115. The fundamental rights situation of intersex people, focus, avr. 2015, p. 1, « Key conclusions ».

116. Notice d'information citée supra note 2.

117. Rapport du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, n° A/HRC/29/23, § 79, i) : « [Les États devraient combattre la discrimination e]n établissant, sur demande, des documents d'identité officiels qui indiquent le genre que préfèrent les personnes ».

118. *Cf.* not. l'arrêt CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, n° 14793/08, § 108.

rer que le respect des droits fondamentaux des personnes intersexuées implique la reconnaissance d'un genre non-binaire. Relevons pour finir, même si cela n'est pas forcément lié avec l'exigence du respect des droits fondamentaux des individus, que les dernières conventions adoptées par la Commission internationale de l'état civil envisagent désormais l'hypothèse d'un genre non binaire [119].

Si l'on quitte à présent le droit international pour en venir aux droits nationaux étrangers – en s'en tenant aux États membres du Conseil de l'Europe puisque la législation des États non membres n'est pas prise en compte par la CEDH –, nous pouvons relever que des positions similaires ont été adoptées ces dernières années dans les États s'étant saisis de l'intersexuation. L'Allemagne tout d'abord, depuis 2013, à la suite de recommandations formulées par des comités onusiens, a adopté une loi permettant durablement aux personnes intersexuées d'être enregistrées sans aucune mention du sexe [120] et un recours est actuellement pendant devant le Tribunal constitutionnel fédéral pour savoir si ce texte, en ce qu'il ferme la voie à l'inscription d'une mention de genre non binaire – seule est permis l'absence de mention – ne serait pas contraire à la Loi fondamentale [121]. Plus récemment, Malte a rejoint la liste des États reconnaissant des mentions positives de genre non binaires [122], concrétisant enfin un droit à l'identité de genre affirmé par le législateur maltais en 2015 [123]. Il doit être également mentionné que les comités d'éthiques luxembourgeois [124] et portugais [125] ont récemment jugé qu'il était nécessaire de reconnaître un troisième genre et que des propositions en ce sens vont être présentées au Parlement Luxembourgeois [126] ou sont en train de l'être pour le Portugal.

Compte tenu de ces différents éléments de droit international et comparé, il est très probable [127] que la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle sera amenée à

119. Conventions n 25, annexe 2, § 3.4.3 et n° 34, annexe 3, § 12, c). Rappr., mais pour des raisons différentes car remontant à 1945 dans un contexte d'exode massif des populations, le Document 9303 émanant de l'Organisation internationale de l'aviation civile et permettant encore aujourd'hui l'inscription des lettres « F », « M » ou « X » sur les passeports de la Commission internationale de l'état civil qui admettent l'existence d'un troisième sexe.

120. *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften*, 7 mai 2013, http ://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav ?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s1122.pdf, art. 1, 6. Il n'était pas clair au départ si cette possibilité était ouverte aux personnes adultes enregistrées au jour de l'entrée en vigueur de la loi dans un « sexe » masculin ou féminin. La jurisprudence (OLG Celle, 21 mai 2015, 17 W 28/14, http ://dritte-option.de/wp-content/uploads/2015/01/OLG-Celle.pdf, § III, 3, p. 5 et *Bundesgerichtshof*, 22 juin 2016, XII ZB 52/15, § 23, traduit sur https ://sexandlaw.hypotheses.org/27), suivie par une réponse ministérielle (Réponse du Gouvernement fédéral, 20 janv. 2016, n° 18/7310), a depuis dissipé ces hésitations.

121. La décision devrait être rendue fin 2017 : http ://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresvorausschau/vs2017/vorausschau2017_node.html (consulté le 29 sept. 2017).

122. https ://sexandlaw.hypotheses.org/241.

123. *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, précité note 41, art. 3.

124. Commission nationale d'éthique, *Avis relatif à la diversité des genres*, n° 27, juill. 2017 et notre commentaire https ://sexandlaw.hypotheses.org/244.

125. Conseil national d'éthique sur les sciences de la vie, *Relatório e parecer sobre o projeto de proposta de lei que estabelece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa*, 94/CNECV/2017, mars 2017 et notre commentaire https ://sexandlaw.hypotheses.org/190.

126. L'actuel projet de loi relatif à la modification de la mention du sexe à l'état civil n'envisage pas cette question, qui sera peut-être intégrée par voie d'amendement. En revanche, le gouvernement a indiqué préparer le dépôt d'un projet de loi dédié à l'intersexuation (*cf.* l'avis du 10 juill. 2017 du Centre pour l'égalité de traitement sur le projet de loi, http ://chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/FTSByteServingServletImpl ?path=/export/exped/sexpdata/Mag/0004/073/8731.pdf, p. 2

127. Moron-Puech, B. (2016), « La mention du sexe sur les documents d'identité : par-delà une binarité obligatoire », Journées d'études *Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité*,

se prononcer sur la question des mentions de genres disponibles à l'état civil, considèrera que le droit au respect de la vie privée énoncé à l'article 8 de la CSDHLF implique la reconnaissance d'identités de genre non binaire. Le rapprochement des solutions théoriques et pratiques concernant le nombre de genres, mais aussi de sexes, n'est donc semble-t-il qu'une question de temps. Espérons pour le bien-être des premiers concernés que le respect de leurs droits ne tardera pas.

Remerciements

Que Clément Cousin, Mathieu le Mentec et Vincent Praud soient ici remerciés pour leur relecture et leurs conseils avisés sur ce texte dont l'auteur a seul la responsabilité.

https ://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403 – Gogos-Gintrand, A. (2016), « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », *Revue de droit sanitaire et social*, 2016, p. 920-929.